

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXX • Julio-Agosto 2004 • Núm. 684

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

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«A propósito de la publicidad registral, su regulación y problemática actual en el Perú», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	1625
«El domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria», por HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ	1635
«La equidad en la ejecución del planeamiento urbanístico y los parámetros que se utilizan para su medida», por CARLOS URRACA CAVIADES	1711

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«El futuro Código Civil Europeo de Contratos», por ENRIQUE MASIDE MIRANDA	1769
«Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio», por PEDRO SERRERA CONTRERAS	1831

DICTÁMENES Y NOTAS

«Cuestiones prácticas sobre la reclamación de deudas a copropietarios morosos en las comunidades de régimen de propiedad horizontal», por M. ^a JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN	1849
«La ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada. Estado de la cuestión en la normativa vigente (con ocasión de la STDS 237/2003, de 17 de marzo)», por CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO	1901
«La adquisición de la vivienda en Francia: Sistemas alternativos a la propiedad», por CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE	1925
«Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial (reflexiones sobre el art. 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado)», por MANUEL ORTELLS RAMOS	1931

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 1949

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Defensor judicial. Inexistencia, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1953

1.2. Derecho de familia:

— Reconocimiento de filiación extramatrimonial en acta de manifestación notarial, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1959

1.3. Derechos reales:

— Propiedad. Acción de deslinde. Necesidad de confusión de linderos como presupuesto de la acción, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1961

— Fe pública registral. Venta de cosa ajena, no doble venta, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1964

1.4. Sucesiones:

— Herencia. Colación: inclusión en el caudal hereditario del valor de los bienes colacionables. Efectos, por TERE-SA SAN SEGUNDO MANUEL 1969

1.5. Obligaciones y contratos:

— Interpretación de los contratos y error en la apreciación de la prueba, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1971

— Doctrina de los actos propios. Interpretación de los contratos, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1973

— Determinación del objeto cuando en escritura pública subsiguiente se precisan la totalidad de los datos, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1974

— Tercería de dominio. Alzamiento o no del embargo trabado, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1976

— Contrato de agencia. Contrato de comisión: mandato mercantil, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1977

1.6. Responsabilidad civil:

- Responsabilidad médica. Nacimiento de un niño con malformaciones genéticas. Falta de información a los padres, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 1979
- Responsabilidad de la empresa suministradora de electricidad por avería en el suministro. Improcedencia de imponer al usuario la carga de la prueba. Concurrencia de culpas, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 1987

2. DERECHO MERCANTIL

- Derecho de la competencia. Marcas y competencia desleal, por EVA MARÍA DOMÍNGUEZ PÉREZ 1990
- Propiedad intelectual. Violación del derecho exclusivo del titular de la marca, por JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ 1998

3. URBANISMO, por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- La situación de los propietarios no adheridos a una junta de compensación respecto de la confección e inscripción de un proyecto de compensación, por VICENTE LASO BAEZA 2005

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2019

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

- «Las comisiones bancarias», de M.^a DE LOURDES FERRANDO VILLALBA, por CARLOS BALLUGERA GÓMEZ 2033
- «Código Europeo de los Contratos», de VARIOS AUTORES, por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO 2036
- «Tratado de Extranjería», de ALBERTO PALOMAR OLMEDA, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO 2041

REVISTA DE REVISTAS 2047

ESTUDIOS

A propósito de la publicidad registral, su regulación y problemática actual en el Perú

SUMARIO: A MODO DE INTRODUCCIÓN.—1. CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: 1.1. REGISTROS DE SEGURIDAD JURÍDICA. 1.2. DEFINICIÓN Y CARACTERES.—2. REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL PERÚ: 2.1. PUBLICIDAD REGISTRAL. 2.2. PUBLICIDAD FORMAL.—3. ALCANCES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: 3.1. ALCANCES EN CUANTO AL CONTENIDO: ¿QUÉ ES LO QUE PUEDE CONOCERSE? 3.2. ALCANCES DE LA PUBLICIDAD EN CUANTO A LOS SUJETOS LEGITIMADOS: ¿QUIÉNES PUEDEN CONOCER?

A MODO DE INTRODUCCIÓN

La seguridad es uno de los grandes fines del Derecho; seguridad que exige certidumbre y, a esa certidumbre sirven los Registros Públicos (OLIVA).

A efectos de la oponibilidad de las situaciones jurídicas existentes en la sociedad, se precisa del previo conocimiento de tales situaciones por los terceros a través de mecanismos objetivos. En ese sentido, la publicidad ha jugado un papel muy importante en la historia; siendo que, la lucha contra la clandestinidad ha sido la constante (vg., hipotecas ocultas).

Desde un punto de vista histórico, puede apreciarse que la publicidad ha transitado desde fases en las que se requería del «conocimiento efectivo» de las situaciones jurídicas para oponerlas a terceros, hasta la fase actual —fase «registral»—, donde es suficiente para efectos de la oponibilidad que los terceros dispongan de un «medio oficial» (Registro) para acceder a tal información, antes que su «conocimiento efectivo», es decir, que exista «cognoscibilidad general».

La «cognoscibilidad general» es un elemento fundamental para la organización del sistema de oponibilidades en el Derecho en general. A diferencia

de la posesión, la publicidad registral constituye un mecanismo más eficiente para oponer derechos.

Sin embargo y desde una perspectiva histórica, no podría considerarse a la publicidad registral como última fase de desarrollo de la publicidad. A decir de TIRSO CARRETERO: «de tiempo en tiempo la publicidad (...) sufre crisis de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse (...)», para luego resurgir remozada, acomodada a los nuevos requerimientos sociales, muchas veces reforzada «para vengarse del período de loca clandestinidad» (1).

Analizaremos seguidamente, de manera breve, el contenido de la publicidad registral desde la perspectiva doctrinal y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano actual.

1. CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

1.1. REGISTROS DE SEGURIDAD JURÍDICA

La moderna doctrina distingue entre «registros de seguridad jurídica» y «registros de información administrativa». Así, los «registros de seguridad jurídica» presentan como características esenciales, la existencia de un control de legalidad o calificación, conexión entre los asientos registrales, carácter documental público de sus asientos, oponibilidad o eficacia de sus datos y cognoscibilidad general. A su vez, los «registros de información administrativa» básicamente constituyen archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales, etc. (2).

Es decir, todo «registro de seguridad jurídica» se distingue por su publicidad y eficacia sustantiva (3), es decir, por la oponibilidad de las situaciones

(1) OLIVA, ANTONIO, «Retorno a los principios hipotecarios», en *Libro homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S. A., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pág. 685.

(2) LEYVA, J. A., «Planteamiento general de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, núm. 591, marzo-abril de 1989, pág. 298.

(3) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, *Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del registro en la protección del tráfico jurídico inmobiliario*. Ponencia presentada en el «XVII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral», celebrado en Morelia, Michoacán, México, marzo de 2003 (en *Revista Fuero Registral*, núm. 2, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. En edición).

jurídicas que publicita, la legitimación de sus datos y la tutela del tercero registral (4).

1.2. DEFINICIÓN Y CARACTERES

En doctrina se define a la publicidad registral como la «exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general *erga omnes* y con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada» (5).

En efecto, se trata de una «exteriorización» en libros y asientos registrales. La publicidad registral busca hacer «públicas» las diferentes situaciones jurídicas relevantes para los terceros; asimismo, esta «exteriorización» no se agota en un solo acto, sino que permanece en el tiempo y sirve de sustento a aquellos que pretenden acceder al registro, siendo que el asiento registral en tanto se encuentre vigente surte plenos efectos legales (6).

La publicidad se halla organizada y administrada por una institución jurídica especializada del Estado, es decir, un tercero a las partes («heteropublicidad») (vg., Registro de la Propiedad Inmueble).

Ello se justifica por cuanto la necesidad de certeza requerida para la consolidación de relaciones jurídicas implica una investigación previa de las situaciones jurídicas registrales existentes, tarea que para los particulares resulta compleja y onerosa, por lo que es el Estado el llamado a asumir tal labor garantizando la autenticidad de los datos registrales, para lo cual se requiere «control» (calificación) y «selección» (sólo las situaciones que «afectan» a terceros) (PAU PEDRÓN).

Cabe advertir que el objeto de la publicidad está constituido por los derechos y situaciones jurídicas oponibles a terceros que se «derivan» de los documentos que conforman el título o expediente registral; es decir, no inte-

(4) CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, tomo I, 1994. El autor distingue entre registros que generan «publicidad efecto» y «publicidad noticia».

(5) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., T. I, pág. 41. Obra cuyas principales ideas seguiremos en este punto.

(6) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (vol. III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión). Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1995, pág. 509. El autor sostiene que los asientos no se «extinguen», ni desaparecen, sino que pierden vigencia, permaneciendo como dato histórico para el estudio de la partida registral. Véase además, CANO TELLO, CELESTINO, *Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1992, y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral (Elementos de Derecho Civil, III bis)*, Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1991.

resa tanto el acto en sí mismo (vg., compraventa, permuta, donación, adjudicación, etc.) sino la certeza de la existencia de efectos y su permanencia en el tiempo, es decir, las «situaciones jurídicas» resultantes (vg., titularidad registral, limitaciones dispositivas, etc.).

Tal exteriorización de situaciones jurídicas tiene como fin producir «cognoscibilidad general», es decir, la publicidad registral busca únicamente generar posibilidad de conocimiento del dato registral, antes que un efectivo conocimiento del mismo; así, la publicidad despliega sus efectos sustantivos de manera inmediata, independientemente si los terceros han conocido o no el contenido registral, de modo tal que «se garantiza y asegura el tráfico con preferencia al derecho subjetivo» (MANZANO SOLANO).

Las situaciones jurídicas publicitadas adquieren consecuentemente connotaciones cualitativamente superiores. En efecto, los asientos registrales gozan de una presunción de exactitud (7), prioridad, oponibilidad, etc. (8).

Propiamente, no existen inscripciones «declarativas», no obstante que vg., el derecho de propiedad pueda nacer extra-registralmente (9); dado que las inscripciones nunca son «neutras», sino que siempre generan cambios cualitativos —mayores o menores—, en favor de los derechos publicitados.

MANZANO SOLANO considera que debería incluirse entre los caracteres de la publicidad registral el «consentimiento» (10); dado que el principio de rogación informa a todo el sistema registral, pues sólo se harán públicos y se elevarán a un plano mayor de legitimidad aquellas situaciones que los sujetos privados establezcan a través de su presentación al registro (rogatoria), máxime si no existen inscripciones «de oficio».

En ese orden de ideas y desde el punto de vista de la publicidad registral, el registro se presenta como «proclamación oficial de situaciones jurídicas» a cargo de un órgano especializado creado y organizado por el Estado, que

(7) CABELLO DE LOS COBOS, LUIS, «El principio de legitimación», en *50 años de la reforma hipotecaria de 1944*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 1995, pág. 142.

(8) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, «Nulidad de asientos en el Derecho Registral peruano: Aspectos generales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, año LXXV, julio-agosto, 1999, núm. 653; véase además del mismo autor: «Apuntes sobre la legitimación registral», en *Legal Express*, publicación mensual de *Gaceta Jurídica*, Lima, año 1, núm. 4, abril de 2001.

(9) ARIAS-SCHREIBER, MAX, *Exégesis*, Tomo IV. Derechos Reales (CARLOS CÁRDENAS, ÁNGELA ARIAS-SCHREIBER, ELVIRA MARTÍNEZ), Lima, Gaceta Jurídica Editores, SRL, 1998, pág. 299.

(10) MANZANO SOLANO, ANTONIO, *Derecho Registral Inmobiliario (para iniciación y uso de universitarios)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, vol. I, 1991, pág. 26.

brinda a los terceros la necesaria certeza requerida para la consolidación de las diferentes relaciones jurídicas. Tratándose de inmuebles, el registro permite conocer de manera «oficial» los datos del bien, la identidad del titular, las cargas y gravámenes, etc.; en el caso de las personas jurídicas permite conocer su finalidad u objeto, los órganos de representación, la identidad de sus directivos, el régimen de poderes, etc. (11).

2. REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL PERÚ

Artículo 2.012 del Código Civil:

«Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

2.1. PUBLICIDAD MATERIAL

La «publicidad material» es el presupuesto básico de todo sistema registral, pues el acto, una vez inscrito, es oponible inmediatamente, sin requerir necesariamente —como condición de eficacia—, su conocimiento efectivo por los terceros.

El artículo 2.012 del Código Civil de 1984 citado regula lo que en doctrina se denomina «publicidad material» en los siguientes términos: «se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

Consideramos que la redacción del artículo 2.012 no se condice con la «cognoscibilidad general» propia de los «registros de seguridad jurídica», pues presumir *iure et de iure* el conocimiento del contenido registral resulta innecesario (se trataría más bien de una «ficción jurídica» antes que de una «presunción jurídica»), ya que la finalidad del registro —consistente en la publicidad de las situaciones jurídicas—, exige sólo su «apertura» a los terceros, pero «no impone la obligación de conocimiento, ni establece la necesidad de conocimiento efectivo de lo registrado para que la inscripción despliegue sus efectos» (PAU PEDRÓN).

En ese sentido, resulta suficiente la posibilidad de conocimiento, complementado con la efectiva puesta a disposición del contenido registral a los interesados, para que lo publicado sea oponible de manera plena, indepen-

(11) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de Práctica Registral*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1995, pág. 18.

dientemente de si el favorecido o perjudicado conoce o no de la existencia o de su contenido (12).

En el ámbito reglamentario, el artículo I del Título Preliminar del nuevo Reglamento General de los Registros Públicos establece que: «(...). El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo» (13).

Debemos reconocer el buen tratamiento conceptual dado por el nuevo Reglamento General de los Registros Públicos a la publicidad material al enfatizar que «el contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo» («cognoscibilidad general»).

Sin embargo, considerando la jerarquía normativa del Reglamento, opinamos que se requiere la modificación del artículo 2.012 del Código Civil a fin de consagrar plenamente la «cognoscibilidad general» en nuestro país, dadas sus múltiples virtudes en favor del sistema registral y la plena oponibilidad de las situaciones jurídicas publicitadas.

2.2. PUBLICIDAD FORMAL

La «publicidad formal» se refiere a los medios legales dispuestos para «conocer efectivamente» los datos registrales, los mismos que en virtud de la «publicidad material» nos resultan oponibles automáticamente, al presumirse *iure et de iure* su conocimiento.

El nuevo Reglamento General de los Registros Públicos, en el artículo II de su Título Preliminar, señala que «el Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo registral. El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro».

Desarrollando lo anterior, el artículo 127 del mismo Reglamento dispone que «toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa y obtener

(12) Artículo 221 de la Ley Hipotecaria del 8-2-1946 (BOE, núm. 58, del 27 de febrero 1946):

«Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos».

(13) Aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, núm. 195-2001-SUNARP/SN del 19 de julio de 2001, publicada en el diario oficial «El Peruano», el 23 del mismo mes y año. Norma que en su Tercera Disposición Final deroga el anterior Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Acuerdo de la Corte Suprema de fecha 16 de mayo de 1968.

del Registro, previo pago de las tasas registrales correspondientes: *a)* La manifestación de las partidas registrales o exhibición de los títulos que conforman el archivo registral o que se encuentran en trámite de inscripción; *b)* La expedición de los certificados literales de las inscripciones, anotaciones, cancelaciones y copias literales de los documentos que hayan servido para extender los mismos y que obran en el archivo registral; *c)* La expedición de certificados compendiosos que acrediten la existencia o vigencia de determinadas inscripciones o anotaciones, así como aquéllos que determinen la inexistencia de los mismos; *d)* La información y certificación del contenido de los datos de los índices y del contenido de los asientos de presentación» (14).

Debe destacarse que el acceso a la publicidad en nuestro ordenamiento es esencialmente «irrestricto», como regla general, tanto por el número de sujetos legitimados como por la amplitud de lo que puede conocerse, teniéndose como único requisito el previo pago de los derechos registrales. En efecto, toda persona tiene derecho a solicitar «sin expresión de causa» la información registral que desee, previo «pago de las tasas registrales correspondientes».

En la «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX», a fin de sustentar la necesidad de la regulación de la «publicidad formal», se argumenta que el artículo 2.012 sólo «encierra (...) un aspecto parcial de la publicidad», al establecer este dispositivo una «ficción legal» cuya aplicación aislada, sin otorgar la «posibilidad efectiva de acceso» al Registro, «implicaría un grave problema, referido al hecho de que las personas no puedan materialmente conocer aquello que la ley presume de su conocimiento» (15).

En ese mismo sentido, ORIHUELA IBÉRICO expresa que «para que funcione adecuadamente este precepto (art. 2.012), los reglamentos especiales (...) deberán ser sumamente severos (sobre) la forma en que esta publicidad se lleve a cabo», y que los mismos «deberán prever sanciones en caso de certificados y copias fraudulentas, en las que se desnaturalice el contenido de los

(14) En materia de publicidad debe tenerse en cuenta los términos en que se otorga: Artículo 139 del Reglamento General de los Registros Públicos:

«Cuando los certificados a que se refiere este título no sean conformes o acordes, según el caso, con las partidas registrales, se estará a lo que resulte de éstas, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda deducirse contra el Registrador y demás personas que intervinieron en su expedición».

Artículo 140 del Reglamento General de los Registros Públicos:

«Los certificados que extienden las Oficinas Registrales acreditan la existencia o inexistencia de inscripciones o anotaciones en el Registro al tiempo de su expedición (...)».

(15) «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984 (Registros Públicos)». Separata especial, publicado en el diario oficial «El Peruano», julio de 1989, pág. 15.

asientos registrales o se empleen fórmulas vagas o ambiguas, así como la negligencia o culpa por su demora al expedirlas(...)» (16) (17).

3. ALCANCES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

3.1. ALCANCES EN CUANTO AL CONTENIDO: ¿QUÉ ES LO QUE PUEDE CONOCERSE? (18)

¿Hasta dónde debe extenderse la publicidad y consecuentemente, la investigación de los datos registrales?; ¿la publicidad registral debe extenderse sólo al asiento registral o también al título archivado?

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones donde no se «archivan» los títulos que dieron mérito a la inscripción y consecuentemente el «estudio de los títulos» sólo debe hacerse en la partida registral (asientos contenidos en el tomo, ficha o partida electrónica); en nuestro caso sí se archivan tales documentos.

Agregado a lo anterior, el artículo 2.014 del Código Civil exige de manera genérica —en discordancia con los demás artículos del Libro IX, que se refieren a «inscripciones» o «asientos registrales»—, que los vicios que afecten al derecho del transmitente no consten «en los registros públicos»; redacción imprecisa que ha sido interpretada por el poder judicial (19) y un gran sector jurídico en el sentido que «los títulos de dominio (son) un complemento o una prolongación de los asientos del registro» o en sentido inverso, los asientos son sólo un «resumen» de los títulos (Exposición de Motivos Oficial

(16) ORIHUELA IBÉRICO, JORGE, «Comentarios al Libro de Registros Públicos» (colaboradores: MANUEL REÁTEGUI y NELLY CALDERÓN), en *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil* (compiladora: DELIA REVOREDO). T. VI, pág. 841.

(17) Artículo 138 del Reglamento General de los Registros Públicos: Reclamo por retardo o denegatoria por expedición de certificados:

«En caso que el Registrador retarde o deniegue indebidamente la expedición de los certificados o manifestación de los libros, títulos archivados, índices y demás documentos que libran en las Oficinas Registrales, los interesados podrán formular su reclamo ante el Gerente Registral. El referido funcionario, comprobado el retardo o denegatoria indebida, ordenará que se acceda a lo solicitado, sin perjuicio de adoptar las acciones correspondientes».

(18) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, «La publicidad registral y sus alcances. ¿Hasta dónde se extiende la publicidad regulada en el artículo 2.012 del Código Civil?», en *Diálogo con la Jurisprudencia (actualidad, análisis y crítica jurisprudencial)*, Lima, «Gaceta Jurídica», año 7, núm. 36, septiembre de 2001. Véase además del mismo autor: «Apuntes sobre el principio de fe pública registral en el Perú», en *Boletín del Colegio de Registradores de España, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, año XXXVII, septiembre de 2002, núm. 86.

(19) Casación núm. 2356-98-Lima, publicado en el diario oficial «El Peruano» el 12-11-99, pág. 3899. Resolución en la que se revisa el problema de los alcances de la publicidad y la protección del tercero registral.

del Libro IX); en consecuencia, en nuestro medio el «estudio de títulos» no sólo comprende el asiento registral que contiene la situación jurídica actual vigente, sino que se extiende a todos los «títulos archivados» (dentro del período máximo de prescripción de las acciones correspondientes).

Sin desconocer que nuestro sistema de transmisiones patrimoniales es «causalista» (no «abstracto») y a los efectos de la protección de los terceros registrales debería limitarse el «estudio de títulos» (búsqueda de posibles «inexactitudes registrales») al asiento registral que contiene la situación jurídica registral (titularidad, cargas o gravámenes, etc.).

Ello en atención a diferentes consideraciones: primero, por la rigurosa calificación registral existente en nuestro sistema, que se encuentra a cargo de un profesional del derecho (Registrador Público), y segundo, porque el asiento registral es más que un simple «resumen» del título, al determinar la nueva «situación jurídica registral» derivada.

Esta opción, a favor de limitar la publicidad registral y la subsecuente oponibilidad al asiento registral, permitiría ahorrar tiempo y dinero en la tarea del «estudio de títulos» (tarea muchas veces compleja que requiere de especialistas), es decir, supondría la reducción de los «costos de transacción».

Sin embargo y rectificando una opinión anterior, reconocemos que la regulación de la publicidad —en especial la que se deriva del art. 2.014 del Código Civil—, permite interpretar que la publicidad registral se extiende a los títulos archivados, con los problemas que ello supone al tráfico jurídico (interpretación que no compartimos); ello pese a las innovaciones reglamentarias dadas recientemente, que buscan revalorizar el asiento registral.

3.2. ALCANCES DE LA PUBLICIDAD EN CUANTO A LOS SUJETOS LEGITIMADOS: ¿QUIÉNES PUEDEN CONOCER?

La Constitución Política Peruana de 1993, en concordancia con los documentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú como la «Declaración Universal de los Derechos Humanos» y el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» —entre otros—, ha consagrado como derecho fundamental de toda persona, en su inciso 5) del artículo 2, el derecho a «(...) solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan a la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)».

En ese contexto normativo, el acceso a la publicidad es en principio irrestricto, por lo que todos estamos habilitados constitucionalmente para conocer el contenido del registro, teniendo como único requisito el previo pago de los correspondientes derechos registrales.

Sin embargo, cuando el acceso a la publicidad registral pueda afectar derechos fundamentales de las personas, como ocurre con el derecho a la intimidad (20) —o exista norma prohibitiva expresa—, entonces el Reglamento General de los Registros Públicos, en concordancia con la referida Constitución Política de 1993 (21) y el Código Civil (22), ha establecido en su artículo 128 ciertas limitaciones al acceso, según veremos seguidamente.

Así, el artículo 128 del Reglamento General de los Registros Públicos dispone que el responsable del registro no puede mantener en reserva la información contenida en el archivo registral, salvo cuando existan «prohibiciones expresamente establecidas en otras disposiciones» y cuando «la información solicitada afecte el derecho a la intimidad», siendo que ésta sólo podrá otorgarse a quienes acrediten «legítimo interés», conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Precisión que nos parece importante al consagrar reglamentariamente en sede registral la protección de los derechos fundamentales de los titulares registrales y de todos aquellos cuyos datos aparezcan contenidos en el registro.

A nivel doctrinal existe cierta discusión sobre la naturaleza de los datos de las personas que acceden al registro, es decir, si por haber accedido a una base de datos «pública» se «transforman» en tales o mantienen siempre su naturaleza de «privadas», sujetas consecuentemente a ciertas restricciones en cuanto a su acceso.

Desde un plano mayor y refiriéndonos a la información en general, debe destacarse que en estos últimos años se han aprobado numerosas normas que buscan revertir el *status quo* existente en el manejo de la información estatal, donde imperaba el criterio de la «reserva» o «secreto» —con las consecuencias negativas que conocemos en el manejo de lo público—, por un sistema de «transparencia» en el manejo de la información, salvo las limitaciones expresamente establecidas en la Constitución y las Leyes.

Doctor LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Miembro de la «Comisión Consultiva de
Derecho Civil (Registral)» del Colegio de Abogados de Lima

(20) MORALES GODO, JUAN, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Lima, Grijley, 1995, pág. 242.

(21) Artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993:

«Toda persona tiene derecho: (...). 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (...).».

(22) Artículo 14 del Código Civil:

«La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o, si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, exclusivamente y en este orden».

El domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria

SUMARIO: I. FIJACIÓN DEL DOMICILIO A EFECTOS DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES. FUNDAMENTO DE ESTE REQUISITO: A) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. B) EL DOMICILIO A EFECTOS DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES.—II. EL REQUERIMIENTO DE PAGO: A) EL REQUERIMIENTO JUDICIAL DE PAGO: 1. *Introducción*. 2. *Domicilio donde debe efectuarse el requerimiento de pago: el problema de la discordancia entre el domicilio real y el domicilio registral*. 3. *El conocimiento efectivo del requerimiento por parte del ejecutado*. 4. *El requerimiento de pago realizado por medio de edictos*. 5. *No es aplicable a las ejecuciones hipotecarias el requerimiento a través del correo, telegrama u otros medios semejantes*. B) EL REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGO (REQUERIMIENTO NOTARIAL): 1. *Introducción*. 2. *Finalidad del requerimiento notarial y requisitos formales del mismo*. 3. *Lugar donde se practica el requerimiento notarial*. 4. *Es un requerimiento personal*. 5. *Cumplimiento de la diligencia de requerimiento*.—III. FIJACIÓN DEL DOMICILIO EN EL CASO DE LA HIPÓTECA SOBRE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES.—IV. FIJACIÓN DEL DOMICILIO EN LOS SUPUESTOS DE HIPOTECA MOBILIARIA Y EN LOS DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN: A) LA HIPOTECA MOBILIARIA. B) LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN.—V. ¿ES POSIBLE FIJAR COMO DOMICILIO EL DEL ACREEDOR?—VI. CAMBIO DE DOMICILIO DEL DEUDOR O DEL HIPOTECANTE CUANDO SE TRATA DE BIENES INMUEBLES (NECESIDAD O NO DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR).—VII. CAMBIO DE DOMICILIO EN EL CASO DE LA HIPOTECA MOBILIARIA.—VIII. CAMBIO DE DOMICILIO EN LOS SUPUESTOS DE HIPOTECA NAVAL.—IX. LOS CAMBIOS DE DOMICILIO DEL TERCER POSEEDOR. LA NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 689 DE LA LEC: A) ¿QUIÉN ES EL TERCER POSEEDOR? B) CAMBIO DE DOMICILIO DEL TERCER POSEEDOR. C) DOMICILIO DE LA NOTIFICACIÓN AL TERCER POSEEDOR. D) FORMA DE LA NOTIFICACIÓN EFECTUADA AL TERCER POSEEDOR.—X. LA NOTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A OTROS TITULARES: A) INTRODUCCIÓN. B) DOMICILIO Y FORMA DE LA NOTIFICACIÓN.—XI. LA NOTIFICACIÓN DE LA SUBASTA AL DEUDOR: A) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. B) EL DOMICILIO PARA LA NOTIFICACIÓN DE LA SUBASTA.

I. FIJACIÓN DEL DOMICILIO A EFECTOS DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES. FUNDAMENTO DE ESTE REQUISITO

A) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en su Apartado XVII, recogiendo una teoría que venía postulando desde hace tiempo la doctrina, unifica los procesos de ejecuciones sobre bienes hipotecados o pignorados, evitándose la dispersión normativa existente hasta entonces en la Ley Hipotecaria (el derogado art. 131) y su Reglamento, en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión y en la Ley de Hipoteca Naval, unificándose criterios y haciendo comunes los trámites ejecutorios, pero manteniendo algunas especialidades, teniendo en cuenta el tipo de bien sobre el que se apremia. Tal es el caso de la ejecución de bienes hipotecados o pignorados, reforzándose el carácter propiamente jurisdiccional que tiene esta ejecución, cuestionado en alguna ocasión (1). Pero quizá más que unificar su régimen viene a refundir sus diferentes regulaciones específicas. Por ello actualmente existe un proceso de ejecución común, aplicable tanto si el título es judicial como si no lo es, y otro de ejecución especial en los casos en que se ejecuten bienes hipotecados o pignorados, incorporando la regulación que ya existía en la Ley Hipotecaria a la LEC.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LEC, se hace una regulación unitaria, clara y completa, diseñándose tan sólo un proceso de ejecución para cualquiera que sea el título ejecutivo, y ya sea una ejecución común o de garantía hipotecaria, aunque es evidente que la ejecución hipotecaria tendrá ciertas particularidades, como son el carácter constitutivo de la inscripción, la base registral de la ejecución, la limitación de las causas de oposición y suspensión, así como las limitaciones impuestas por el principio de especialidad. Además, este traslado de la ejecución hipotecaria a la ley procesal refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones. La regulación de la ejecución hipotecaria en la LEC 1/2000 respeta el anterior procedimiento judicial sumario, pues tal y como señala la Exposición de Motivos, introducir cambios sustanciales en el procedimiento alteraría gravemente el mercado del crédito hipotecario. Por ello se respeta el esquema clásico, que se caracteriza por la ausencia de contradicción y la limitación de los supuestos de suspensión y de las causas de oposición del ejecutado. Por tanto, la ejecución hipotecaria sigue teniendo las características que hasta ahora la

(1) Cfr. MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 157.

habían definido, cuales son la sumariedad y especialidad, es decir, la ejecución de los bienes hipotecados o pignoralados mantiene en lo sustancial el régimen precedente de ejecución hipotecaria, salvo en lo relativo a la fase de apremio (2).

Sobre los orígenes de este procedimiento de ejecución hipotecaria, debemos señalar que comienza su andadura en la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, pero encuentra su antecedente más inmediato en el procedimiento que se regulaba en la Ley de Ultramar, de 14 de julio de 1893. Pues bien, este procedimiento hipotecario que tuvo su origen en 1909 fue perfeccionándose por el Reglamento Hipotecario de 1915 y por la Ley de 27 de agosto de 1932. Además, sufrió posteriormente varias modificaciones, de diferente alcance, entre ellas la reforma de 1944-46, el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 y la reforma por ley de 14 de mayo de 1986 para, finalmente, ser modificado este procedimiento sumario por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992. Según la Exposición de Motivos del proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de 1909, el objetivo era favorecer la realización del crédito real inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios (3).

Así, con anterioridad a la regulación de la Ley Hipotecaria de 1909, los acreedores que gozasen de una hipoteca sólo podían acudir al juicio ejecutivo de la LEC o al declarativo ordinario que correspondiera por razón de la cuantía, puesto que no existía el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria. El proceso ejecutivo ordinario era inadecuado, ya que según ROCA SASTRE, «no sólo era complicado, sino que permitía fácilmente al deudor de mala fe entorpecerlo con incidentes y suspensiones, alargándolo más aún, aumentando su coste y aburriendo a los acreedores» (4). Este juicio ejecutivo era demasiado largo, a pesar de ser abreviado, antieconómico y complicado (5).

(2) De esta manera, en palabras de LASARTE ÁLVAREZ, «el procedimiento especial de ejecución hipotecaria regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil es claramente tributario y continuista del procedimiento judicial sumario regulado en el artículo 131 de la LH». LASARTE ÁLVAREZ, C., «Los diversos procedimientos de ejecución de la hipoteca. Del artículo 131 de la Ley Hipotecaria a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 12, abril de 2001, pág. 5.

(3) Cfr. CABRERA DELGADO, C., «El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 8, diciembre de 2000, pág. 22.

(4) ROCA-SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, IX, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, pág. 280.

(5) Por ello, estas dificultades provocaban un retraimiento de los prestamistas y con ello un aumento de los tipos de interés, por lo que se creó un procedimiento breve, rápido, sencillo y mucho más económico, con mayor seguridad de cobro para los acreedores. Cfr. BARONA VILAR, S., «El procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (sobre las SSTC 217/1993, de 30 de junio, y 296/1993, de 18 de octubre)», en *RDPC*, 1994, págs. 327 y 328.

No obstante, en este procedimiento se puede accionar con títulos con los que inicialmente cabe la posibilidad de formular también una acción hipotecaria en vía declarativa o en vía ejecutiva, sin que sea obligatorio o inexcusable el cauce de la ejecución a través de los artículos 681 y siguientes de la LEC. Es decir, el acreedor que tiene su crédito garantizado con una hipoteca, podrá elegir a los efectos de garantizar mejor la defensa de sus derechos, entre acudir al proceso de ejecución especial hipotecaria, siempre y cuando se den los requisitos exigidos por el artículo 682 de la LEC, o bien utilizar el proceso de ejecución común ordinario de la LEC, puesto que cuenta con un título ejecutivo de los previstos en el número 4.º del artículo 517.2 de la LEC. En principio será conveniente acudir al proceso de ejecución común si se considera que el valor del bien que se va a ejecutar forzosamente en la subasta no va a ser suficiente para cubrir el importe del crédito en la parte garantizada con la hipoteca. Asimismo, también existe la posibilidad de acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda conforme la cuantía, aunque esto no será lo normal, pues con ello se renunciaría a la rapidez que proporciona el proceso de ejecución, puesto que habrá que declarar el derecho aunque tenga un título ejecutivo no judicial (6).

B) EL DOMICILIO A EFECTOS DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES

A continuación apuntaremos ciertas cuestiones que trataremos posteriormente con mayor detenimiento. No obstante, creemos necesario realizar en este apartado introductorio un planteamiento general de la cuestión. El artículo 682 de la LEC determina los requisitos mínimos que deben contener las escrituras públicas constitutivas de hipotecas o prendas. Se establece un mandato legal al Registrador, el cual debe hacer constar tales datos en la inscripción, y debe denegarla si la escritura adolece de tales requisitos. Los datos mínimos que deben constar en la inscripción son el tipo de la subasta acordado por las partes y la fijación del domicilio *ad litem* del deudor, faci-

(6) Pero a pesar de lo anterior, debemos destacar que en la práctica diaria, el personal de los Juzgados y Tribunales venían aplicando las normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil en vez de las de los procedimientos especiales, olvidándose precisamente de la especialidad de los mismos. Además, los abogados otorgaban la mayoría de las veces, «carta de naturaleza a esa peculiar aplicación de la legislación procesal; en ocasiones, por un malentendido corporativismo y, en otros casos, por razones de utilidad práctica, pues es claro que el ejercicio de la profesión —de cara a los intereses del cliente— prima la eficacia sobre la pureza y ortodoxia procesales, dentro siempre de la licitud. Y es que puede ser más práctico hacer un requerimiento como quiere el Juzgado que no promover una interminable lista de recursos». ROMERO MIURA GIMÉNEZ, F., «Requerimientos y notificaciones en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *RGD*, núm. 511, 1987, págs. 1467 y 1468.

litando así con ello algunos aspectos de la eventual ejecución. De esta manera, la exigencia de fijación del domicilio del deudor es una consecuencia del deber que tiene el acreedor hipotecario de requerir siempre de pago al deudor, y en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiese dirigido la demanda (7). Si se omitieran estos dos requisitos, no podría acudir al procedimiento establecido en los artículos 681 y siguientes de la LEC para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca. Son cláusulas de tradicional inclusión en las escrituras de constitución de hipotecas. La omisión de la tasación de la finca o fincas que se van a hipotecar y del domicilio del deudor, no impide la inscripción de la hipoteca, pero no podrá utilizarse el procedimiento de ejecución hipotecaria, recogido actualmente en los artículos 681 y siguientes de la LEC y antes en el artículo 131 de la LH, tal y como lo declaró tempranamente la DGRN en su Resolución de fecha 11 de febrero de 1911 (8). Por tanto, si constan estos dos requisitos en la escritura de constitución de la hipoteca, podrá acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no será obligatorio. Efectivamente, siguiendo a DOMÍNGUEZ LUELMO, «no se exige que las partes pacten de un modo expreso la posibilidad de acudir a este sistema de ejecución, sino de que se hagan constar el precio de tasación y el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, lo cual supone abrir dicha posibilidad al acreedor cuando la ejecución se dirija a bienes hipotecados o pignorados en garantía de la deuda por la que se proceda» (9).

La finalidad o el fundamento de hacer constar un domicilio por el deudor en la escritura de constitución de la hipoteca es la de practicar en ese domicilio los requerimientos y notificaciones al deudor. Se trata con ello de garantizar que los requerimientos y notificaciones van a llegar a conocimiento del deudor, a la vez que se simplifica la tramitación de la ejecución desde la perspectiva del acreedor, evitando dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o por mala fe del deudor sufrirían los trámites procesales (10). La finalidad del requerimiento es que el deudor

(7) Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, *Los diversos procedimientos...*, cit., págs. 5 y 6.

(8) *CJC*, Tomo 120, núm. 59.

(9) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario del artículo 682 de la LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, VV.AA., dirigidos por LORCA NAVARRETE, A. M., y coordinados por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3387.

(10) La RDGRN de 15 diciembre de 1925 (*CJC*, Tomo 168, núm. 221) declaró inscribible un testimonio de adjudicación al acreedor en procedimiento hipotecario sumario aunque al ir a practicar el requerimiento al deudor el actuario se encontró con que la casa donde había fijado su domicilio no existía, por lo que se hizo el requerimiento por edictos, «porque la finalidad perseguida por la ley al exigir tal requisito es garantizar al deudor el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas» [nota retrospectiva contenida en la STS de 30 mayo 1947 (*RJ* 634)].

pueda pagar en el mismo acto y evitar así el embargo, pues sólo puede procederse a su práctica si el deudor no paga. Por tanto, el fin último de los requerimientos y notificaciones al deudor es, en primer lugar, que el deudor pueda satisfacer el importe adeudado, es decir, que tenga la oportunidad de poder cumplir antes de la subasta; en segundo lugar, la posibilidad que debe tener el deudor de intervenir en el procedimiento y poder por ello oponerse; y en tercer lugar, que esta posible intervención del deudor alcance a la fase de subasta. Por ello, la especialidad más patente de este procedimiento quizá sea la de la existencia de un domicilio electivo, pactado por las partes, para practicar los requerimientos y notificaciones al deudor hipotecario (11). Además sirve para evitar la indefensión de terceros poseedores, pues si no consta inscrito su domicilio nada sabrían de la existencia del procedimiento.

Este domicilio no tiene por qué coincidir con el domicilio legal o real, ni determina la competencia judicial territorial del artículo 684 de la LEC. Ello es porque es un domicilio a los solos efectos de requerimientos y notificaciones. Por tanto, siguiendo a MONTERO AROCA se trata de un domicilio electivo, que lo designa libremente el deudor. Podrán ser dos o más domicilios, en el caso de que los hipotecantes sean varios o en los casos en los que exista un deudor y un hipotecante no deudor. En este sentido, la RDGRN de 5 de septiembre de 1998 (12) consideró que la fijación de varios domicilios, uno para el deudor y otro para el hipotecante no deudor, podía facilitar en su día el desarrollo del procedimiento, esto es, se trata de una fijación prudencial de dos domicilios sin que pueda entenderse como un defecto, sino más bien por razones de prudencia (13). Pero ese domicilio no puede ser el del acreedor, en contra de la práctica que venían estableciendo los bancos acreedores. Cuando aparezca un tercer poseedor, el domicilio de éste será el que conste en la inscripción de su adquisición del bien (art. 683.3 de la LEC). Asimismo,

(11) La doctrina se ha preguntado cuál fue la finalidad que tuvo el legislador al dotar al domicilio de semejante importancia, entendiéndose que era la de tratar de conciliar los intereses contrapuestos del acreedor y del deudor, ya que el acreedor pretende que el procedimiento no se demore con dilaciones indebidas, y el deudor, el hipotecante y el tercer poseedor buscan que se fije un domicilio en el que se le den cuenta de las actuaciones ejecutivas, evitando de este modo cualquier riesgo de perturbar su derecho de defensa. Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, J. y DÍAZ GONZÁLEZ, H., «La constitucionalidad del artículo 131, regla 5.ª de la Ley Hipotecaria. La obligatoriedad de fijación de domicilio en la escritura de constitución de hipoteca, para incoar procedimiento judicial sumario de ejecución y su interpretación a la luz del nuevo Real Decreto de 13 de noviembre de 1992, que modifica el Reglamento Hipotecario», en *La Ley*, núm. 3308, 1993, págs. 238 y 239.

(12) *RJ* 6596.

(13) 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*, VV.AA., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 31, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 300.

cuando la hipoteca recaiga sobre un establecimiento mercantil, el domicilio no será electivo, sino que lo será necesariamente el local donde esté instalado el establecimiento que se hipoteca (14).

Llegados a este punto debe destacarse que el domicilio originariamente constituido puede ser variado con las prevenciones del artículo 683 de la LEC. La única novedad que se recoge con respecto a la regulación anterior, es que la LEC concreta lo relativo al domicilio del tercer adquirente, al señalar que a todos los efectos será el que aparezca designado como propio en la escritura de adquisición del bien, y a partir de ahí cualquier cambio de domicilio se regirá con arreglo a las reglas prevenidas para el deudor hipotecario. Se produce por tanto un cambio trascendente respecto a la regulación anterior, puesto que el párrafo séptimo del artículo 130 de la LH establecía que sin perjuicio de que el posterior adquirente de la finca pueda variar el domicilio que encuentre fijado al tiempo de la adquisición, «quedará subsistente el que aparezca en el Registro», pudiendo ser ese posterior adquirente tanto un tercer poseedor como un deudor que se hubiera subrogado en la obligación garantizada con la hipoteca.

En cuanto a la determinación del domicilio, el artículo 682.2 de la LEC establece que el domicilio lo fijará el deudor. Este requisito que se recoge en dicho precepto también lo contemplaba el derogado artículo 130 de la LH, estableciendo la necesidad de que constara un domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones que puede ser modificado por el deudor o por el tercer adquirente (15). El domicilio era fijado de forma unilateral por el deudor, destacando que la experiencia práctica había conducido a que como tal se fijara la finca hipotecada (supuesto normal en la financiación de vivienda, y además el más adecuado, teniendo en cuenta que en el futuro servirá para los ulteriores terceros poseedores de la finca). Ese domicilio actuaba como lugar en el que debían cumplimentarse el requerimiento de pago al deudor hipotecario y las notificaciones a los posibles titulares dominicales que pudieran resultar de la certificación que recogía la anterior redacción del artículo 131, regla 4.^a de la LH, y que actualmente se contempla en el artículo 686 de la LEC. Pero no era obligatorio que se señalase ese domicilio, y tampoco era el más conveniente cuando nos encontrábamos ante una finca arrendada o cerrada.

(14) Cfr. MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, VV.AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 882.

(15) Sobre esta cuestión, MORELL y TERRI señalaba al respecto que «la ley se muestra en toda esta parte exigente y tiránica, dando al domicilio una importancia que no merece». En MORELL y TERRI, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Reus, Madrid, 1918, págs. 99 y sigs.

No obstante la fijación como domicilio de la finca hipotecada plantea problemas, puesto que en la realidad es posible que se hayan hipotecado varias fincas. Además *a priori* no sabemos si esta fijación del domicilio se refiere a la concreta finca hipotecada sobre la que se ejercitará en el futuro el procedimiento de ejecución, o bien a todas las fincas hipotecadas simultáneamente en su caso, lo cual obligaría a hacer una multiplicidad de notificaciones cada vez que se produjese la ejecución de una sola de las fincas. Por eso, GARCÍA GARCÍA entiende que sería más lógico referirse a la finca sobre la que se ejercite el procedimiento de ejecución. Y así, siendo varias las fincas hipotecadas, podría fijarse como domicilio la finca hipotecada sobre la que en concreto se ejercite el procedimiento. Asimismo, estas imprecisiones no podrían suspender la inscripción, porque cuando se aluda a «finca o fincas hipotecadas» habiendo varias, habrá que entender que se trata de la respectiva finca hipotecada, a excepción de que en el caso concreto hubiese motivos para estimar lo contrario (16).

Lo que a nuestro juicio sería admisible es la posibilidad de fijar varios domicilios a efectos de requerimientos y notificaciones, sobre todo cuando existen varios deudores, pudiendo fijar un domicilio cada uno de ellos. Incluso cabría la posibilidad de que el deudor fijase varios domicilios teniendo en cuenta su doble residencia, lo cual siguiendo a MONSERRAT VALERO (17) sería discutible, porque se impone una carga al acreedor que no tiene por qué asumir, al tener que efectuar las comunicaciones en los domicilios designados.

Pero, ¿qué sucede con el hipotecante no deudor? ¿Puede establecer el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones? Realmente el domicilio lo fija el hipotecante no deudor, no lo fija el deudor, porque el título ejecutivo es la escritura de constitución de la hipoteca. Y por lo tanto, si en la escritura de constitución de la hipoteca sólo concurre el hipotecante no deudor, será éste quien fije el domicilio, que sirve de domicilio para el deudor y para el hipotecante no deudor. Esta conclusión se desprende de la lectura de los artículos 685 de la LEC (que establece que la demanda ejecutiva debe dirigirse también contra el hipotecante no deudor), artículo 686 de la LEC (que señala que debe requerirse de pago al hipotecante no deudor), artículo 132.1 de la LH tras la nueva redacción otorgada por LEC (que se refiere a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los proce-

(16) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 82; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 313 y 314.

(17) Cfr. MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 69.

(18) Este artículo 132 de la LH antes de ser modificado por la LEC 1/2000 establecía cuatro causas de suspensión del procedimiento hipotecario, que se resolverían por el

dimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados) (18), y el artículo 683.1 de la LEC (que establece que «el deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones»). En cambio, si en una misma escritura formal se documenta la hipoteca y el crédito, como concurren en el contrato de hipoteca el deudor y el hipotecante no deudor, puede fijarse en la hipoteca un único domicilio por el deudor junto con fijado por el hipotecante no deudor, a los solos efectos de los requerimientos y notificaciones, existiendo por tanto en estos casos una dualidad de domicilios. Así, en la práctica se puede fijar un domicilio para el deudor y otro diferente para el hipotecante no deudor, a pesar de que algunos Registradores se niegan a inscribir la constancia de más de un domicilio, solicitando la subsanación de este defecto (19). Nosotros compartimos este planteamiento de este sector doctrinal y podrían por tanto designarse varios domicilios, a pesar de que el artículo 682.2 de la LEC establezca que se debe hacer constar «un» domicilio.

Consideramos que esta dualidad de domicilios es admisible también cuando en el proceso exista un tercer poseedor. En efecto, siguiendo a MONTERO AROCA y basándonos en la STS de 23 de octubre de 1992 (20), puesto que esta sentencia admite la existencia de dos domicilios en los supuestos de propiedad indivisa entre dos personas de la finca hipotecada, no habría inconveniente en aplicar esta doctrina en otros supuestos, especialmente cuando nos encontramos en el procedimiento ejecutivo hipotecario con un deudor y un tercer poseedor (21). En el mismo sentido, la STS de 2 de abril de 1992 (22) admitió también la posibilidad de que en la escritura pública de hipoteca aparezcan dos domicilios distintos, es decir, el de los dos hipotecantes. Asimismo, no habría tampoco inconveniente en admitir que figuren dos domicilios cuando sobre la finca hipotecada existe un nudo propietario y un usufructuario (AAP de

incidente correspondiente. Pero el resto de las reclamaciones que pudieran llegar a suscitarse, se ventilarían en el juicio declarativo que correspondiese. En cuanto al plazo que habría para acudir a este proceso declarativo posterior, debía estarse a la regla de que la acción para reclamar la validez o eficacia de las actuaciones judiciales no está sujeta a ningún plazo especial de caducidad, y las personas que podrían acudir serían todas las que resultasen perjudicados por el resultado del proceso ejecutivo hipotecario, hubiesen intervenido o no en el proceso. Sobre la anotación preventiva de demanda como medida cautelar en el juicio declarativo de oposición al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, vid. MARTÍN PASTOR, J., «La anotación preventiva de la demanda del juicio declarativo en oposición al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria y al procedimiento ejecutivo extrajudicial “ex” artículo 132 de la Ley Hipotecaria», en *RGD*, núm. 658-659, 1999, págs. 8973 y sigs.

(19) Vid., al respecto la RDGRN de 5 de septiembre de 1998 (*RJ* 6596).

(20) *RJ* 8403.

(21) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., pág. 331.

(22) *RJ* 2772.

Girona de 3 de julio de 1995) (23), e incluso se permite que se fijen varios domicilios, de forma alternativa o acumulativa cuando hay varios deudores, y especialmente, cuando uno es el deudor y otro el hipotecante no deudor. Así se deduce de la interpretación del artículo 130 de la LH antes de la entrada en vigor de la actual LEC y del artículo 682.2.2.º de la LEC, poniéndolos en relación con lo que establece 13.5.ª de la LHMPSPD (24). No obstante, en modo alguno podría limitarse la fijación de varios domicilios cuando concurra el oportuno pacto. De la misma forma que tampoco aparecería como necesario hacer constar, como requisito *sine qua non*, el domicilio del hipotecante no deudor, puesto que la LEC hace referencia al deudor como sujeto que debe designar el domicilio.

Además, si existe hipotecante no deudor o tercer poseedor, no es necesario que éste fije un domicilio, sin perjuicio de que el hipotecante no deudor puede modificar el domicilio designado, tal y como lo establece el artículo 683 de la LEC. Pero puede plantearse el problema práctico de la fijación del domicilio del tercer poseedor, sobre todo en los casos en los que nos encontremos ante una hipoteca de un edificio en construcción, del que luego se procederá a la venta por pisos, con subrogación de los compradores en la parte proporcional de la hipoteca que grava el edificio ya construido. En estos supuestos suele señalarse como domicilio el de la empresa constructora o promotora. Pues bien, cuando se realicen las escrituras de compraventa y subrogación hipotecaria, la entidad bancaria acreedora tendrá conocimiento de la existencia de un tercer poseedor así como de su domicilio, puesto que en él comenzaría a cobrar los plazos a esos compradores. Pero ese conocimiento no se producía en todos los casos, ya que nunca se hacía constar por nota marginal en el Registro correspondiente. Pero a pesar de ello la jurisprudencia había declarado la nulidad de las actuaciones en alguna ocasión, por haber efectuado el requerimiento en el domicilio que seguía constando en el Registro, que no era otro que el de la empresa promotora o constructora. Por tanto, en estos supuestos, como el acreedor tiene conocimiento de la existencia de un tercer poseedor, debe dirigir la demanda frente al mismo, tal y como preceptúa el artículo 685 de la LEC, así como requerirle de pago, de acuerdo con lo señalado por el artículo 686 de la LEC 1/2000 (25).

Ni que decir tiene que si nos encontramos ante personas físicas, su domicilio real coincidirá normalmente con el convencional y registral. Pero si se trata de una persona jurídica y se ha fijado como domicilio electivo el de la

(23) AC 1772. En este Auto se entiende que la notificación realizada en cualquiera de los dos domicilios que se fijaron en la constitución de la hipoteca es válida.

(24) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., pág. 314, nota 51.

(25) Cfr. BARBANCHO TOVILLAS, F. J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, VV.AA., Iurgium editores, Barcelona, 2000, págs. 3091 y 3092; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 325 y sigs.

misma que consta en la comparecencia de la escritura, ese domicilio no será el del representante de la sociedad u otra persona jurídica, sino el que aparezca como de ésta en la intervención o representación de la persona que comparezca físicamente, en cuyo caso también se producirá la coincidencia señalada. Así se desprende de los artículos 51.9.º b) del RH y 156.6.º del RN.

A pesar de ello, no podemos olvidar que el deudor y el hipotecante no deudor en su caso tienen libertad absoluta para designar aquel domicilio que estimen más conveniente, ya sea el domicilio real, el domicilio legal o habitual, la finca hipotecada, el lugar de trabajo, el de un familiar, el de un representante o cualquier otro, es decir, se trata de un domicilio electivo, ya que la finalidad perseguida es la determinación de un lugar en el que efectuar los preceptivos requerimientos de pago y las correspondientes notificaciones derivadas del curso procedimental.

Incluso puede fijarse un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones que no sea la vivienda habitual del deudor, tales como locales industriales, oficinas, comercios, almacenes, plazas de parking, etc., sea o no sea la propia finca hipotecada. Y ello no puede ser considerado como un obstáculo o un defecto, a pesar de que puede entenderse como algo inapropiado de hecho. Para GARCÍA GARCÍA, en el caso de que se hipoteque un piso y una plaza de parking, lo normal y más razonable sería que se fijase como domicilio el del piso. Pero no es obligatorio proceder de esta manera, por lo que el titular de la plaza de garaje puede tener un casillero propio de correos en el edificio del parking o bien que tenga una persona encargada allí de recibir notificaciones. Pero de cualquier manera, si no se encuentra a nadie, quedaría el recurso del portero o conserje del edificio o en su defecto, del vecino más próximo (26).

Finalmente, decir que ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL consideran sobre la base del contenido literal del derogado artículo 130 de la LH, que a pesar de que el domicilio se fija en la propia escritura de constitución de hipoteca, ello no implicaba que su omisión pudiera ser suplida en una escritura complementaria otorgada por los interesados e inscrita debidamente en el Registro de la Propiedad, subsanándose así el defecto, por lo que una vez inscrita esta nueva escritura en el Registro, podría acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria. A la misma conclusión puede llegarse actualmente en virtud de lo previsto en el artículo 682.2.2.º de la LEC, pero, debe entenderse que, tratándose de la omisión del domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos, a diferencia de la omisión del requisito del valor o tipo de tasación de la finca hipotecada, no se requerirá el consentimiento de los posteriores titulares de derechos reales, es decir, de los pos-

(26) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., págs. 326 y 327, y nota 70; GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 80 y 81.

teriores a la constitución de la hipoteca pero anteriores a la escritura complementaria donde se fija el domicilio (27).

II. EL REQUERIMIENTO DE PAGO

Una vez presentada la demanda con sus documentos, el Tribunal podrá despachar ejecución, ordenando en el mismo auto que se proceda a requerir de pago al deudor, y en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiese dirigido la demanda, omitiéndose esta diligencia procesal si se hubiera procedido al requerimiento privado mediante acta notarial por lo menos con diez días de antelación a la presentación de la demanda, según establece el artículo 581.2 de la LEC. El requerimiento debe practicarse en el domicilio que esté vigente según el Registro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 686.1 de la LEC, requiriéndose al ejecutado por la cantidad reclamada por todos los conceptos que figuren en la demanda, es decir, principal, intereses y si se pactó, los posibles intereses de demora y la cantidad pactada para el pago de las costas y gastos del procedimiento (28).

La LEC 1/2000, de 7 de enero, al igual que con anterioridad la Ley Hipotecaria, regula dos tipos de requerimientos de pago: el notarial o extrajudicial y el judicial, entre los cuales el acreedor deberá elegir uno de ellos. Si escoge el notarial, el acreedor antes de presentar la demanda podrá requerir de pago a las personas indicadas, como mínimo con diez días de antelación a la presentación de la demanda, según lo previsto en el artículo 581.2 de la LEC. El requerimiento se practicará en el domicilio que conste en el Registro, bien personalmente si se encuentra el requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayor de catorce años que se hallare en ese lugar, y si no se encontrase a nadie, al portero o al vecino más próximo que fuere habido (art. 686.2 de la LEC). Pero si opta por el requerimiento judicial, éste tendrá lugar cuando el notarial no se ha practicado o cuando se ha practicado defectuosamente. Si el ejecutado paga, terminará la ejecución, con o sin imposición de costas al mismo, dependiendo del caso (art. 585 de la LEC). Si no paga, continuará la ejecución (29).

(27) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 325.

(28) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 340; 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*, núm. 4839, 1999, pág. 1634.

(29) Sobre el requerimiento de pago, la STS de 8 de junio de 1994 (RJ 4898) señala que la doctrina científica y jurisprudencial conceptúan el acto de citación del ejecutado en el procedimiento judicial sumario como un acto de intimidación que el acreedor eje-

Como decimos, debe requerirse de pago al deudor y en su caso, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor frente a los cuales se dirigió la demanda en el domicilio que resulte del Registro. Cada una de estas personas tiene derecho a ser requerido en el domicilio que hizo constar en su título adquisitivo, o bien, en el que posteriormente haya hecho constar en el Registro como consecuencia de su cambio, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 683 de la LEC. El requerimiento de pago es un trámite inexcusable, puesto que si faltase se produciría la indefensión del ejecutado y sin duda podría conllevar la nulidad del procedimiento. Además, el requerimiento al tercer poseedor debe ser siempre posterior al requerimiento practicado sin éxito al deudor, y solo será exigible en el inicio del procedimiento si el acreedor tiene conocimiento de la existencia de este tercer poseedor (30).

Ya hemos señalado que el requerimiento extrajudicial se produce antes de iniciarse la tramitación del procedimiento, pero el judicial una vez iniciado éste. Tanto en uno como en otro requerimiento, el destinatario es el deudor y el tercer poseedor, en su caso. El objeto es el pago, y el domicilio, el que figure en el Registro. La mecánica del requerimiento es idéntica en ambos casos, variando únicamente la forma de acreditarlo en los autos. El notarial se acreditará con el acta notarial de tal requerimiento, acompañando a la demanda, y el judicial, como se practica una vez iniciado el procedimiento, se acreditaba, por lo menos hasta la entrada en vigor de la LEC 1/2000, en la forma dispuesta en la LEC derogada para las notificaciones por cédula, regulado en el derogado apartado 2.º del artículo 268 de la LEC de 1881. Actualmente esta cuestión se regula en el artículo 152 de la LEC 1/2000 (31).

cutante dirige a las personas que deben soportar la ejecución, subrayando que persigue fundamentalmente el designio de que lleguen a noticia del deudor los planes del acreedor con la antelación suficiente para que pueda usar de sus derechos, de acuerdo con lo señalado por la STS de 27 de diciembre 1933 (*RJ* 1832), es decir, tiene la doble finalidad de garantizar al deudor el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas al mismo tiempo que asegura al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que, por razón de los cambios de residencia sufrirían los trámites procesales. De esta manera, la finalidad del requerimiento es la de invitación al pago para evitar así la ejecución de la garantía y el anuncio del procedimiento judicial. Así lo señaló el TS en la sentencia de 30 de mayo de 1947 (*RJ* 634). Pero más que una notificación o un emplazamiento, el requerimiento de pago es un acto intimidatorio para que se pague (cfr. JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados. Ley de Enjuiciamiento Civil* 1/2000, Bosch, Madrid, 2.ª ed., 2001, pág. 167).

(30) Cfr. CARBONELL LLORENS, *La ejecución...*, cit., pág. 307.

(31) Esta remisión que se producía a las normas de la LEC podría provocar la duda de con quién debería entenderse la diligencia, si con las personas que se mencionan en la LEC o bien con las que determinaba el artículo 131 de la LH, en su anterior redacción. Pues bien, la redacción derogada de este artículo 131 era muy clara, puesto que imperativamente señalaba que debía practicarse «en los domicilios y de la manera que se determina en el presente artículo». Como señalaba ROMERO MIURA GIMÉNEZ (*Requerimientos...*, cit., pág. 1470), la discusión es casi bizantina, pero el artículo 131 de la Ley Hipotecaria

El requerimiento de pago deberá efectuarse no sólo al deudor, sino también en su caso, al hipotecante no deudor y al tercer poseedor del inmueble, por ello el apartado segundo del artículo 686 de la LEC alude al «requerimiento o requerimientos», así como el primer apartado del precepto, que se refiere al requerimiento de pago al deudor y en su caso al hipotecante no deudor o al tercer poseedor. También se deduce esta conclusión de la nueva redacción del artículo 132 de la LH, que establece que la calificación del Registrador a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar las ejecuciones hipotecarias se extenderán al requerimiento de pago al deudor, al hipotecante no deudor y a los terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento en el que se expida la certificación de cargas en el procedimiento. Pero por lo que respecta más concretamente al caso del requerimiento de pago al tercer poseedor, deben distinguirse varios supuestos. En primer lugar, si el tercer poseedor adquirió el bien hipotecado antes de que la parte acreedora interpusiese la demanda, deberá dirigirse la demanda contra el tercer poseedor y además requerirle de pago, bien extrajudicial o judicialmente (arts. 685 y 686 de la LEC), siempre y cuando la parte ejecutante al tiempo de interposición de la demanda conociese su existencia porque le había acreditado el tercer poseedor al acreedor la adquisición del bien hipotecado. En este caso será totalmente indiferente que el tercer poseedor haya inscrito o no su título de adquisición. En el caso en el que el tercer poseedor haya adquirido el bien hipotecado una vez iniciado el procedimiento, cabe a su vez distinguir dos situaciones. Si el tercer poseedor está comprendido en la certificación de dominio y cargas que expide el Registrador de acuerdo con lo previsto en el artículo 688 de la LEC en relación con el artículo 656, deberá notificársele la existencia del procedimiento (art. 689.1 de la LEC), si no ha sido requerido de pago ni extrajudicial ni judicialmente. Pero si el tercer poseedor no se encuentra comprendido en la certificación de dominio y cargas, si acredita que la inscripción de su título es de fecha posterior a la nota marginal de la expedición, podrá tenersele como parte y se le dará traslado de la demanda y demás documentos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 662.1 de la LEC. Finalmente, si el tercer poseedor no se halla comprendido en la certificación de dominio y

y el artículo 268 de la LEC derogada, detallaban, en esencia, las mismas personas. Pero a pesar de que el artículo 131 de la LH era muy claro al respecto, el requerimiento, básicamente el judicial, no siempre se llevaba a cabo en el domicilio hipotecario o registral, puesto que la esfera procesal hipotecaria era invadida por las normas procesales de la vía de apremio que la LEC de 1881 regulaba para el juicio ejecutivo ordinario, y se practicaba conforme a lo preceptuado en los antiguos artículos 1.442 y 1.443 de la LEC de 1881. Actualmente esta disparidad no se produce, puesto que se acude a lo previsto en la LEC al integrarse el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria en el articulado de la ley procesal.

cargas, si acredita que la inscripción de su título es de fecha posterior a la nota marginal de tal expedición, podrán exhibírsele los autos en Secretaría, y desde entonces continuará el procedimiento con él como parte (32).

Asimismo, por lo que respecta al hipotecante no deudor, debemos señalar en primer lugar que en muchas ocasiones el deudor no siempre es el hipotecante. Esto sucede cuando un tercero distinto del deudor garantiza ante el acreedor el pago de la deuda por el deudor mediante la hipoteca de una finca de su propiedad. Ya que hipoteca sus bienes, y se va indirectamente contra él, es necesario requerirle de pago, ya que si no se le efectuase el requerimiento, podría colocársele en una posición de indefensión, puesto que en caso contrario no podría liberar sus bienes mediante el pago. Así, el hipotecante no deudor perdería la finca hipotecada en garantía de una deuda ajena, pero el deudor, como no hipotecó ningún bien de su propiedad, quedaría a cubierto de cualquier responsabilidad hipotecaria. Como el domicilio del tercero hipotecante debe figurar en la escritura de constitución de la hipoteca al señalar las circunstancias personales del hipotecante otorgante de la escritura, según el artículo 51.9.^a a) del RH, el acreedor conoce el domicilio del tercero hipotecante y por ello no hay ninguna dificultad para efectuarle el requerimiento de pago. Así, según un sector doctrinal (33), esta notificación al hipotecante no deudor sería un deber de equidad y de estricta justicia, que además encuentra su amparo legal en los artículos 14 y 24 de la Constitución. Pero hay quien va más allá, como por ejemplo, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, el cual entiende que «en el orden legal, sobre todo en el procesal, estamos ante un fiador solidario, por lo que *el requerimiento de pago previo a la ejecución tendrá que hacerse necesariamente a él*, siendo así voluntario por parte del acreedor el realizar, a su vez, otro requerimiento al deudor en el mismo sentido de comunicación para el pago». Pero no podemos compartir esta tesis maximalista de CAMY, puesto que la Ley Hipotecaria, que es ley especial, guardaba silencio sobre el tema. Además, la jurisprudencia impone la necesidad de requerir de pago al deudor en el domicilio señalado por él precisamente para eso, y la equidad, y aún el tácito mandato constitucional, de efectuar un requerimiento simultáneo al hipotecante no deudor. Pero debemos destacar que desde la reforma de la Ley Hipotecaria efectuada por la Ley 19/1986, de 14 de mayo, esta polémica está superada, ya que esta Ley al reformar la regla 7.^a-I del artículo 131 se refirió expresamente al hipotecante no deudor. Además, en la actualidad ya no hay duda, puesto que el artículo 686.1 de la LEC alude al hipotecante no deudor.

(32) Cfr. JURADO JURADO, *Procedimiento...*, cit., págs. 171 y 172.

(33) Cfr. ROMERO MIURA GIMÉNEZ, *Requerimientos...*, cit., págs. 1475 y 1476. Este autor se refiere al planteamiento de CAMY.

Todas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practiquen de acuerdo a los criterios previstos en la ley, serán nulas, pero no obstante lo anterior, si la persona notificada se hubiera dado por enterada del asunto y no denuncia la nulidad de la diligencia en la primera comparecencia ante el Tribunal, la notificación surtirá desde entonces todos sus efectos, como si se hubiese practicado con arreglo a la ley (34).

A) EL REQUERIMIENTO JUDICIAL DE PAGO

1. *Introducción*

El requerimiento judicial de pago, a pesar de ser el utilizado en la mayor parte de los procedimientos de ejecución hipotecaria, se concebía en la regla 4.^a del derogado artículo 131 de la LH con carácter subsidiario. Este carácter subsidiario, que suplía la omisión del requerimiento notarial, no tiene ninguna influencia sobre la eficacia y validez del procedimiento de ejecución hipotecaria, habiendo declarado la STS de 2 de abril de 1992 (35) que la omisión del requerimiento notarial no vicia de nulidad el procedimiento. Debía practicarse al deudor y al tercer poseedor de la finca hipotecada que hubiese acreditado la adquisición del inmueble al acreedor. Y lo mismo establece actualmente el artículo 685 de la LEC 1/2000. El lugar del requerimiento debía ser el domicilio vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él al deudor o al tercer poseedor, o en su defecto, al pariente más próximo, familiar o dependientes mayores de catorce años que allí se encontraren, y si no se encontrase a nadie, al portero o al vecino más próximo que fuere habido. Lo mismo señaló el TS en la sentencia de 30 de marzo de 1995 (36). No obstante, la regulación actual de la nueva LEC ha modificado ligeramente las personas receptoras del requerimiento judicial, ya que entre ellas no se alude al vecino (art. 161 de la LEC). En cambio en el requerimiento notarial del artículo 686.2 de la LEC, sí se alude expresamente al vecino. Por lo tanto, en el supuesto del requerimiento judicial, éste se efectuará en primer lugar con el requerido y si no se le encuentra en el domicilio vigente según Registro, se efectuará la entrega de la resolución a cualquier empleado o familiar mayor de catorce años que allí se encuentre (sin orden de prelación entre ellos), y si no se encuentra a ninguno de ellos, al conserje de la finca. Debe advertírsele al receptor de su obligación de entregar la copia de la

(34) Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P., «La nulidad de actuaciones en el procedimiento del artículo 131 LH según la jurisprudencia», en AC, núm. 21, 2001, pág. 29.

(35) RJ 2772.

(36) RJ 2787.

resolución o la cédula al destinatario de la misma, o darle aviso en su caso, si sabe su paradero (37). También podría intentarse en el lugar de trabajo no ocasional, entregándolo a persona que manifieste conocer al ejecutado. Como última alternativa, se podrá practicar el requerimiento por edictos, si no es posible localizar por otro medio al ejecutado. Es por ello un remedio supletorio y el último al que podrá acudir, pues tan solo es posible utilizarlo cuando efectivamente el demandado no resulta localizable, siendo necesario que la oficina jurisdiccional agote las gestiones tendentes a la averiguación del paradero del ejecutado por los medios normales a su alcance (38). Nosotros en cambio consideramos que esta alusión a los compañeros de trabajo o a los vecinos no es muy acertada, pues podrá darse la circunstancia de que no tengan buena relación con el destinatario del requerimiento y no le hagan llegar el mismo.

Al ser el requerimiento judicial gratuito, ORS SIMÓN entiende que será utilizado por la mayoría de los ejecutantes, evitando así el costo del instrumento notarial. Para este autor no es desacertado, en cualquier caso, una práctica común en nuestras Sedes Jurisdiccionales que, no obstante acompañarse requerimiento bajo fe de notario a la demanda, acuerden realizar este nuevamente, especialmente si la primera comunicación se había realizado con mucha antelación al planteamiento de la *litis*. Además, con independencia de que el requerimiento debe haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, no hay que olvidar el esencial principio de tutela judicial efectiva, por lo que no hay motivos para, si el deudor no se encontrara en tales señas y el acreedor conociera otras, se llevara a cabo el requerimiento de pago en el real paradero del ejecutado, evitando así la excesiva rigidez que preside, tanto en esta nueva norma como en las anteriores, la ejecución hipotecaria (39). Además, el artículo 582 de la LEC dispone, como norma general de la ejecución dineraria, que el requerimiento se practique en el domicilio que figure en el título ejecutivo, y alternativamente y a petición

(37) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., pág. 625. En cambio, para CASANOVA SANGUINO en el requerimiento judicial de pago no es posible acudir a estas personas, por lo que si no se encuentra al ejecutado en el domicilio que conste en el título ejecutivo, podrá practicarse sin más el embargo si el ejecutante lo solicita, sin perjuicio de poder intentar de nuevo el requerimiento de acuerdo a lo dispuesto en la LEC para los actos de comunicación mediante entrega de la resolución o de cédula, y en su caso, a la comunicación edictal. Por el contrario, por preverlo expresamente la ley, podrá acudir a los familiares, vecinos, etc., si el requerimiento es extrajudicial. Vid., al respecto, CASANOVA SANGUINO, F., «El requerimiento extrajudicial en la ejecución hipotecaria de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, núm. 5718, 13 de febrero de 2003, pág. 16.

(38) Cfr. CARBONELL LLORENS, *La ejecución...*, cit., pág. 308.

(39) Cfr. ORS SIMÓN, G., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, VV.AA., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 640.

del ejecutante en cualquier otro lugar en el que, incluso de forma accidental, el ejecutado pudiera ser hallado. De esta manera, consideramos que lo previsto en este precepto es de muy aconsejable utilización en la ejecución hipotecaria a los efectos de que lleguen a buen término los requerimientos y notificaciones, pudiéndose por ello intentar la comunicación en otros lugares donde pueda hallarse el destinatario.

Además, en la práctica durante la vigencia del procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, cuando la comisión judicial se personaba en el domicilio que constaba en el Registro para la práctica del requerimiento, y la diligencia tuviese un resultado negativo por no encontrarse a nadie que diese razón del paradero del deudor, porque éste no habitase ahí, o porque el domicilio señalado fuese inexistente, los órganos jurisdiccionales no aplicaban a esas situaciones la solución prevista expresamente por el legislador en el artículo 131 de la LH para estos supuestos de hecho, sino que la postura adoptada por los Jueces era seguir el criterio que se utilizaba en los procedimientos declarativos y en el procedimiento ejecutivo ordinario, lo cual trataba de evitar el legislador, en aras a los principios de simplificación, celeridad y economía que regían el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH. Pero los Jueces en vez de acudir al requerimiento a través de los edictos del artículo 269 de la LEC de 1881, requerían al ejecutante para que aportase un nuevo domicilio del deudor donde pudiese llevarse a cabo el requerimiento de forma personal, llegándose al extremo en algunos Juzgados de librar oficio dirigido a la policía a fin de que procediesen a comunicar al Juzgado un domicilio del deudor distinto al ya conocido en el que llevar a cabo el requerimiento personal de pago. Esta solución se inspiraba en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que en los supuestos en los que la persona que haya de ser notificada, emplazada o citada no tuviese domicilio conocido, se ordenará a la policía judicial la búsqueda o localización del mismo, antes de acudir a la citación, notificación o emplazamiento por edictos. Además, si en la documentación aportada por el ejecutante junto con la demanda figurase un domicilio del deudor distinto al consignado a los efectos del artículo 130 de la LH, se ordenaba la práctica de una nueva diligencia en aquél. El supuesto más típico era el del domicilio del deudor que figura en la comparecencia ante el notario a la hora de otorgar la escritura de préstamo hipotecario, puesto que es su domicilio real, y no el domicilio que señalaba a efectos de requerimientos y notificaciones, que era la propia finca hipotecada en garantía del préstamo concedido.

De esta manera se agotaban todas las posibilidades de llevar a cabo el requerimiento al deudor de forma personal o por cédula, puesto que a pesar de haber resultado negativo el requerimiento en el domicilio señalado al efecto, si por cualquier medio se tenía conocimiento de un domicilio del deudor distinto a aquél en el que se hubiese practicado la diligencia, se con-

sideraba que no se podía entender que se diesen los requisitos necesarios para poder acudir a la notificación por edictos, sistema último, ficticio y subsidiario de comunicación reconocido por la Ley, estimándolo así el TC en varias sentencias, entre otras, las de 3 de abril de 1987, la de 20 de abril de 1988, la de 2 de diciembre de 1988 y la de 30 de enero de 1989 (40). Al respecto, con MONTERO AROCA entendemos que tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, esto todavía está vigente, ya que según este autor son aplicables las normas generales de la LEC (arts. 152 y sigs.) a estos procedimientos, con la única especialidad del artículo 686 de la LEC sobre el domicilio, que no es el domicilio general de las notificaciones, sino el fijado por el deudor en la escritura de constitución de la hipoteca (41). Efectivamente, antes y después de la entrada en vigor de la nueva LEC es preferible agotar las posibilidades de encontrar el domicilio efectivo del ejecutado, en aras de su derecho de defensa. Además, el artículo 156 de la LEC, que permite la averiguación del domicilio efectivo del ejecutado, es aplicable a todos los procesos, incluido el de ejecución hipotecaria.

En cambio, para otro sector doctrinal esta argumentación que defendemos del TC intentando buscar el domicilio efectivo del deudor no es de aplicación a este supuesto, y sería una práctica ilegal, porque consideran que la línea jurisprudencial expuesta parte de supuestos en los que las notificaciones se debían realizar, conforme al artículo 264 de la LEC de 1881, en el domicilio de la persona que deba ser notificada, en su domicilio real de acuerdo con los artículos 40 y 41 del Código Civil, mientras que en la regla 4.^a del artículo 131 de la LH, en relación con la regla 3.^a del mismo precepto, nos remitía para su práctica al domicilio que constase en el Registro como vigente, que en principio era el señalado en cumplimiento del artículo 130 de la LH, que hace referencia, tal y como apunta GUASP, no al domicilio del deudor, sino a «un domicilio», un lugar para la práctica de requerimientos y notificaciones, al que se denomina «domicilio electivo». Y por ello para este sector doctrinal la pretensión de buscar a toda costa el domicilio real del deudor iría en contra de la naturaleza y finalidades del artículo 131 de la LH (42).

(40) RTC 39, RTC 72, RTC 234 y RTC 16, respectivamente.

(41) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones...*, cit., págs. 605 y sigs., 619 y 620.

(42) Cfr. PACHECO CIFUENTES, A., «El requerimiento judicial de pago al deudor hipotecario en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *RGD*, núm. 584, 1993, págs. 4365 y sigs.; GUASP, J., «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, 1941, pág. 594. Lo mismo establece en la obra del mismo título publicada en Bosch, Barcelona, 1951, págs. 111 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., pág. 189.

2. *Domicilio donde debe efectuarse el requerimiento de pago:
el problema de la discordancia entre el domicilio real
y el domicilio registral*

No está de más en este punto reiterar que desde que en 1909 se reformó la Ley Hipotecaria introduciendo el procedimiento especial de ejecución del artículo 131, se estableció la obligación de que en la escritura de constitución de la hipoteca se designase un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones. Si se analizan los antecedentes legislativos, se observa que la intención del legislador al establecer esta obligación de fijar un domicilio era doble: por un lado se buscaba la rapidez y simplificación del procedimiento, y por otro lado, se pretendía la tutela de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica se aprecia tanto para el acreedor como para el deudor. En el caso del acreedor, para que conociese el domicilio donde deberían practicarse los requerimientos, cualquiera que fuesen los deudores o terceros poseedores que adquiriesen la finca, y además servía para evitar a los deudores de mala fe, que pretendían eludir los requerimientos personales trasladándose sucesivamente de domicilio, y en el caso de los deudores y propietarios de la finca gravada, para que conociesen perfectamente el lugar donde notarial o judicialmente iban a realizarse los requerimientos, ya que teniendo una mínima diligencia no se verían sorprendidos ante un requerimiento del que no tuviesen noticia. Esta idea se recoge en la RDGRN de 15 de diciembre de 1925 (43), que expresamente señala, refiriéndose al artículo 130 de la LH, que «el repetido artículo, según se desprende de la discusión parlamentaria, ha sido redactado con la idea de alejar toda coacción y dejar al deudor en plena libertad de elegir su domicilio».

Por tanto, se entendía que fijando un domicilio donde se realizasen todos los requerimientos y notificaciones se abreviaría de forma evidente la duración del procedimiento de ejecución hipotecaria. Este domicilio pactado no tendría que coincidir forzosamente con el real, es decir, con el lugar de la residencia habitual del deudor, pues se hablaba en el artículo 130 de la LH del «domicilio que fijará el deudor», no del «domicilio del deudor», con lo que la finalidad de la fijación de este domicilio era la de evitar búsquedas y dilaciones innecesarias. Además, para GIMENO-BAYÓN COBOS antes de la vigencia de la LEC 1/2000, resulta que la eventual omisión del domicilio podría subsanarse ulteriormente, antes de que se iniciase la vía de apremio, aunque para algún sector doctrinal era necesario lograr el asentimiento de los posteriores titulares de derechos reales si los hubiere. Además, la falta de designación de domicilio registral vetaba tan sólo el cauce de la ejecución previsto

(43) *CJC*, Tomo 168, núm. 221.

en el artículo 131 de la LH, pero la hipoteca no era nula, por lo que podría ejecutarse por otros cauces. Además, si no fuera posible practicar el requerimiento en el domicilio designado, a juicio de este autor sería posible que se efectuase en el domicilio real de la persona que deba ser requerida, y si este domicilio fuese desconocido, por medio de edictos (44).

Tal y como destacan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, siguiendo a GUASP, debe hacerse notar que el anterior artículo 130 de la LH, y el artículo 682.2.2.º de la vigente LEC también, no hablan *del* domicilio, sino de *un* domicilio, es decir, se refiere a un lugar para practicar requerimientos y notificaciones. Es lo que se denomina *domicilio electivo*, el cual se rige por cánones completamente distintos del domicilio real o residencia habitual en el sentido del artículo 40 del Código Civil (45). Así, el domicilio electivo lo define GUASP siguiendo a CASTÁN, como el que se escoge para la ejecución de un acto o de una convención. Dicho domicilio lo admitió ya la jurisprudencia entre otras en la temprana STS de 15 de diciembre de 1914 (46), indicando que para los efectos procesales no se entiende exclusivamente como domicilio el real y efectivo, sino que también lo es el que las partes hayan fijado en el contrato (47).

Asimismo, debe destacarse que un sector doctrinal, apoyándose en la RDGRN de 15 de diciembre de 1925 (48), entiende que todo lo referente al modo y lugar en que han de practicarse los requerimientos debe ser una materia de incumbencia estrictamente judicial, no sujeta a la calificación de los Registradores al inscribirse el título de adjudicación, pues a estos efectos bastaría con determinar que se hicieron los requerimientos y notificaciones tal y como lo establece la ley, pero sin que hubiese necesidad de explicar si se hizo en el domicilio real, en el pactado o por edictos (49). Así lo establece la RDGRN al determinar que en los casos en que la designación del domicilio pactado sea equivocada o falsa, o cuando no se haya hecho constar en el Registro el cambio de dicho domicilio, se sobreentiende que se halla subsistente el que aparezca en el Registro, y que al Juzgado es a quien compete la apreciación de tales particularidades y del valor que tengan para los efectos procesales. En tal situación, la solución es intentar en ese domicilio equivo-

(44) Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, «Notificaciones en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Práctica Hipotecaria*, 2, *Procedimiento judicial sumario, artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, VV.AA., coordinados por GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1994, 19, 20 y 23.

(45) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 324.

(46) *CJC*, Tomo 131, núm. 187.

(47) Cfr. GUASP, J., *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 111.

(48) *CJC*, Tomo 168, núm. 221.

(49) Cfr. UCEDA OJEDA, *El artículo 131...*, cit., págs. 787 y 788.

cado o falso la notificación, y tras la diligencia negativa, se solicitaría la notificación edictal.

Sobre esta cuestión se establece claramente en la LEC 1/2000 que el requerimiento y las sucesivas notificaciones que se realicen al deudor no se harán en el domicilio real o legal del mismo, sino que se efectuarán en un domicilio pactado o convencional, denominado «domicilio electivo» por algunos y por otros «domicilio registral». ROCA SASTRE lo denomina «domicilio paccionado» (50). Debe destacarse que este domicilio registral se determina libremente por los interesados únicamente a efectos procesales. Puede coincidir o no con el domicilio real del deudor, o con el de otra persona, pero no es necesario que reúna las condiciones propias de un domicilio, puesto que puede ser imaginario, falso o erróneo, siendo indiferente que las calles o edificios hayan desaparecido o se hayan transformado, que haya constituido la morada del deudor hipotecario o que nunca haya residido en el mismo, pues en otro caso sería muy sencillo burlar la ley, tal y como señala la citada RDGRN de 15 de diciembre de 1925 (51).

No obstante, GARCÍA GARCÍA entiende que podría suceder que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiese inscrito un domicilio ficticio. En ese caso, el Registrador podría tener constancia manifiesta de esa situación, con una simple consulta de los índices del Registro, los cuales revelarían la inexistencia de tal número de calle o del piso que figura como domicilio. Sería entonces necesario complementar la escritura con las aclaraciones correspondientes (52).

Al respecto, la STS de 30 de noviembre de 1957 (53), parte de la consideración de que el artículo 40 del Código Civil considera domicilio de las personas naturales (54) el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que

(50) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 324.

(51) *CJC*, Tomo 168, núm. 221. En esta Resolución se señala que en la escritura de préstamo hipotecario quedó fijado el domicilio por el deudor, sin que el acreedor viniese obligado a averiguar si ese domicilio era o no cierto, puesto que en todo caso, ello afectaba únicamente al deudor, el cual sí procedió de mala fe, señalando un domicilio imaginario, pero no por ello había de perjudicarse el legítimo derecho de su acreedor. Por ello se declaró inscribible un testimonio de adjudicación al acreedor, aunque al ir a practicar el requerimiento al deudor el actuario se encontrase con que la casa donde había fijado su domicilio no existía, efectuándose el requerimiento por edictos, «porque la finalidad perseguida por la ley al exigir tal requisito es garantizar al deudor el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas». Vid. también la SAP de Barcelona, de 24 de julio de 1989.

(52) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., pág. 80.

(53) *RJ* 3569.

(54) En la comparecencia en la que tiene lugar la constitución de la hipoteca, cuando el deudor que comparece es una persona física, no surgen determinados problemas que tienen lugar cuando la parte deudora o hipotecante es una sociedad o persona jurídica

determine la LEC, y estimando que este precepto es una norma general, no impide que a veces, por prescripción legal o por convenio de los interesados se establezca, a efectos limitados, un domicilio especial, como sucede en la constitución de hipotecas, en las que para seguir el procedimiento judicial sumario ordenan los artículos 130 y 131 de la LH que se fije un domicilio por el deudor, para practicar en él los requerimientos y notificaciones que sean necesarios (55). La DGRN también se ha pronunciado sobre esta cuestión, y en el Considerando Tercero de la Resolución de 21 de julio de 1939 (56) establece «que el concepto legal de domicilio significa, más que una presunción, una verdadera ficción, estimando como presente, a los efectos procesales, a quien no lo está, siempre que se haya realizado en forma fehaciente y en toda su integridad el hecho de que deriva tal concepto...». Se entiende por tanto que el deudor no incurre en indefensión si las notificaciones y requerimientos se practican como si tuviera su domicilio en el lugar designado a tal efecto, estimándose presente a los efectos procesales a quien no lo está.

Así, aunque MONTERO AROCA señala que alguna vez el TS ha estimado eficaz el requerimiento practicado en el domicilio real del deudor, lo normal es que se declare en esos casos la nulidad de actuaciones en el proceso declarativo posterior si el requerimiento no se efectúa en el domicilio registral, tal y como lo hizo la STS de 8 de junio de 1994 (57). En este sentido, algunos autores (58) consideran que no es posible practicar los requerimientos a través de edictos, puesto que si existe y es real el domicilio, dicho requerimiento deberá practicarse en ese lugar con el interesado o con cualquier vecino o portero del inmueble, con independencia de que resida o no resida allí la persona que debe ser requerida. Y en el caso de que sea irreal o imaginario el domicilio pactado, la propia diligencia negativa tendrá la eficacia necesaria para dar por requerido al deudor. Asimismo, de acuerdo con este planteamiento, no se puede realizar la notificación en el domicilio real o verdadero si es conocido, debiéndose practicar en todo caso la diligen-

que actúa por medio de representante. Me refiero a la cuestión de que en la comparecencia aparecerá el domicilio del representante de esa sociedad, pero más adelante, cuando tenga lugar la intervención de la escritura, aparecerá el domicilio de la entidad deudora o hipotecante. Como la mayoría de las veces se señala que es el «domicilio del deudor o parte deudora que figura en la comparecencia», no podría ser el domicilio del representante. Pero otras veces la cuestión no parece tan clara, al aludirse al «domicilio de la comparecencia». Vid. al respecto, GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., pág. 81.

(55) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 324, nota 65.

(56) *RJ* 432.

(57) *RJ* 4898. Cfr. MONTERO AROCA, J., «Los requerimientos notarial y judicial en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *La Ley*, núm. 4440, de 17 de diciembre de 1997, pág. 1678.

(58) Vid. al respecto, ROMERO MIURA, *Requerimientos...*, cit., pág. 1470.

cia siempre en el que aparezca en la escritura de constitución de la hipoteca. De ello se desprendería por tanto la nulidad de los requerimientos practicados fuera del domicilio pactado.

En consonancia con el planteamiento anterior, también se ha señalado que de no encontrarse al interesado en el domicilio registral, aunque se tenga conocimiento exacto de donde reside, no debe requerírsele en este lugar, porque si se hiciera solamente este último requerimiento no surtiría los efectos del procedimiento, resultando que la práctica de algunos Notarios y Juzgados de verificarlo es una ociosidad contraria a la Ley. Y también se ha considerado que puesto que la Ley impone al deudor una clara obligación en orden a la manifestación del domicilio, así como en orden a su posible modificación, en el caso de que resultase negativo el requerimiento, no debe procederse a practicar ningún tipo de investigación o averiguación, ni publicar anuncios o edictos en los sitios públicos de costumbre, puesto que ante las obligaciones que la Ley le impone, es el propio deudor con su conducta quien asume ese riesgo, y de otro lado, su derecho quedaría salvaguardado por los diferentes anuncios y notificaciones que necesariamente van a realizarse a lo largo del procedimiento (59).

Pero nosotros consideramos que no podemos compartir esta opinión, puesto que de la práctica diaria judicial se desprende la dificultad de mantener el criterio señalado por estos autores, puesto que en ocasiones es imposible realizar la notificación en aquellos domicilios en los que no habita el deudor hipotecario, al negarse los vecinos a recoger cualquier tipo de notificación, y también sucede lo mismo en los casos de domicilios que se encuentran en el campo o alejados de cualquier población donde no se encuentran vecinos con los que entender la diligencia a practicar (60). Y ello sin referirnos a la indefensión en que podría situarse al requerido. Entendemos por tanto más defendible la opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO (61) que considera que puede resultar aplicable el primer párrafo del artículo 582 de la LEC, de acuerdo con el cual, aunque el requerimiento se debe efectuar en el domicilio que resulte vigente del Registro, el acreedor ejecutante tiene la posibilidad de solicitar que se realice además a cualquier lugar en que el ejecutado pudiera ser hallado, incluso de forma accidental. Por el contrario consideramos que el segundo párrafo del artículo 582 de la LEC no es aplicable a las ejecucio-

(59) Cfr. FERRER GUTIÉRREZ, A., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, VV.AA., Sepin, Madrid, 2000, págs. 1386 y 1387.

(60) Cfr. UCEDA OJEDA, *El artículo 131...*, cit., págs. 786 a 788.

(61) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario del artículo 686 de la LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. III, VV.AA., dirigidos por LORCA NAVARRERE, A. M., y coordinados por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3423 y sigs. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., pág. 605, nota 2.

nes hipotecarias. Este párrafo determina que si al efectuar el requerimiento judicial de pago no se encontrase al ejecutado en el domicilio, podría efectuarse el embargo si el ejecutante lo solicitase, sin perjuicio de intentar de nuevo el requerimiento con arreglo a lo dispuesto en la LEC para los actos de comunicación, mediante entrega de la resolución o de la cédula y en su caso mediante edictos. Y no se aplica en el proceso de ejecución hipotecaria porque en el mismo no existe embargo. Igualmente se ha considerado que en primer lugar debe practicarse el requerimiento de pago en el domicilio que resulte del Registro, sin perjuicio de que además, si lo pide el ejecutante, se pueda intentar en cualquier lugar donde pudiera hallarse el ejecutado, incluso de forma accidental (62).

Es decir, de lo que se trata es de que el domicilio donde debe practicarse el requerimiento sea el paccionado o electivo, sin que pueda suplirse por el domicilio real u otro. No obstante, para que el requerimiento llegue a buen fin, podrá practicarse también en el domicilio real o en otro del cual se tenga constancia, pero obligatoriamente antes deberá practicarse el requerimiento en el domicilio que resulte vigente en el Registro, pues para eso se estableció. Ahora bien, también es cierto que no existe ningún precepto legal que imponga la carga o la obligación de practicar el requerimiento en el domicilio real o en otro donde pueda hallarse accidentalmente el requerido cuando el requerimiento en el domicilio registral resulte infructuoso (63), pero a todas luces es conveniente y es por lo que nosotros abogamos, a efectos de no provocar en la persona que deba ser requerida indefensión (64).

Consecuencia de estas dificultades, la jurisprudencia del TS ha flexibilizado la interpretación sobre la naturaleza del domicilio pactado, destacando a este respecto lo recogido en las siguientes sentencias: en la sentencia de 30 de mayo de 1947 (65) sobre nulidad del procedimiento hipotecario sumario, el alto Tribunal entendió que realizar el requerimiento de pago en el domicilio real de la persona del deudor hipotecario en vez de realizarlo en el domicilio que figuraba en el Registro era válida, a pesar de que uno de los requisitos esenciales exigidos para que se pueda sustanciar válidamente el procedimiento judicial sumario que se regulaba antes de la reforma de la LEC en el artículo 131 de la LH, sea el requerimiento de pago realizado en el

(62) Cfr. CARBONELL LLORENS, *La ejecución...*, cit., pág. 307.

(63) Cfr. JURADO JURADO, *Procedimiento...*, cit., pág. 173.

(64) MONTERO AROCA sobre la base de las reglas 3.^a y 4.^a del antiguo artículo 130 de la LH, a pesar de entender que expresamente el legislador en este precepto lo que trataba era de huir de la búsqueda del domicilio efectivo del deudor, por lo que la búsqueda a toda costa del domicilio real parece que va en contra de la naturaleza y finalidad del antiguo artículo 131 de la LH, señalaba que era preferible agotar las posibilidades de encontrar al que debe requerirse (vid. MONTERO AROCA, *Los requerimientos...*, cit., pág. 1679).

(65) RJ 634.

domicilio que resultase vigente en el Registro. Pero a pesar de que en el caso de autos no se practicase el requerimiento en el domicilio que figuraba en el Registro, el deudor fue requerido en su verdadero domicilio con todas las garantías para él que a la diligencia asigna la RDGRN de 15 de diciembre de 1925 (66), por lo que «resulta indudable que se ha cumplido plenamente la finalidad del requerimiento en su doble aspecto de invitación al pago y de anuncio o notificación del procedimiento judicial» (67).

Asimismo, la STS de 29 de noviembre de 1984 (68), tratando un supuesto en que el requerimiento judicial se hizo no sólo en el domicilio pactado en la escritura de hipoteca de acuerdo con el entonces vigente artículo 130 de la LH, sino también en el nuevo domicilio que constaba en la escritura de compra posterior de la finca hipotecada, el TS entiende que no existen defectos en el requerimiento, puesto que a pesar de que en ninguno de esos dos domicilios residía el tercer poseedor, sino su esposa, de la que se había separado, no se hizo constar ningún cambio de domicilio en el Registro. Y además en la sentencia se entiende que la notificación practicada al portero o conserje del edificio, que entregó la cédula a la esposa separada, no es defectuosa, porque se cumplieron los requisitos que exigía el artículo 268 de la LEC de 1881.

La STS de 8 de junio de 1994 (69) estimó la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria porque no se hizo el requerimiento a la persona de la deudora y en el domicilio pactado en la escritura de constitución de hipoteca que constaba en el Registro de la Propiedad, sino en otro, y no personalmente (parece por tanto que si se hubiese hecho el requerimiento de forma personal y no a través de la esposa habría sido válido). Además, debemos destacar que no hay ningún obstáculo para que coexistan en el Registro una dualidad de domicilios, supuesto que se daría cuando el tercer

(66) *CJC*, Tomo 168, núm. 221.

(67) En el mismo sentido, alguna resolución de la denominada jurisprudencia menor como, por ejemplo, el AAP de Castellón de la Plana, de 28 de abril de 1993 (Base de Datos La Ley, @858/1995, marginal 1273), en línea con la STS anterior, consideró que a pesar de que el requerimiento de pago se efectuó con los deudores en su domicilio particular, diferente del designado al efecto en la escritura de préstamo y constitución de hipoteca, puesto que el requerimiento se había realizado conforme a derecho al cumplirse la doble finalidad de requerimiento, de invitación al pago y de anuncio o notificación del requerimiento judicial, era válido (*AC*, 1993-3, @965). En el mismo sentido, la SAP de Alicante, de 22 de enero de 2001 (*AC*, núm. 32, 3 al 9 de septiembre de 2001, @685, págs. 1497 y sigs.) declaró la nulidad de actuaciones en el procedimiento del artículo 131 de la LH, porque no se agotaron todas las posibilidades de comunicación con el interesado ni estaba justificada la utilización de la vía edictal, puesto que la entidad ejecutante no interesó la práctica de la diligencia en el domicilio habitual del deudor, del que podía tener pleno conocimiento por haberse hecho constar en la escritura de préstamo.

(68) *RJ* 5689.

(69) Base de Datos, *La Ley*, @1055/1994.

poseedor o titular inscrito no fuese titular de la totalidad de la finca hipotecada, sino solamente de un cincuenta por ciento, pudiendo introducirse el domicilio del nuevo titular propietario de la otra mitad de la finca. Así lo establece el TS en la sentencia de 23 de octubre de 1992 (70).

En este sentido, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, siguiendo a GARCÍA GARCÍA, en lo que respecta a la cuestión de la posible fijación de un domicilio múltiple, entienden que aunque el derogado artículo 130 de la LH hablaba, al igual que el artículo 682.2.2.º de la LEC de *un domicilio*, esta expresión «no tiene sentido numeral de único domicilio, sino un sentido de artículo o incluso adjetivo indefinido (algún) que permite fijar *uno o varios*, según conveniencia del deudor o del hipotecante no deudor», y así «puede haber varios deudores, en que cabe que fijen un solo domicilio o varios, uno para cada uno de ellos; puede que el deudor y el hipotecante no deudor fijen dos domicilios o uno solo; cabe que el único deudor fije dos domicilios, teniendo en cuenta su doble residencia, e incluso cabe que, siendo varias las fincas hipotecadas, se fije como domicilio el de la respectiva finca hipotecada sobre la que, en su caso, se ejercite el procedimiento» (71). También MONTERO AROCA admite la posibilidad de un domicilio múltiple, pudiendo fijarse varios domicilios de modo alternativo o acumulativo, sobre todo cuando son varios los deudores y, especialmente, cuando uno es el deudor y otro el hipotecante (72), planteamiento que a nuestro entender es conveniente y necesario para no provocar indefensión en el interesado.

De todo lo expuesto con anterioridad podemos entender que con una aplicación literal de lo preceptuado en la ley, sólo serían válidos los requerimientos y notificaciones efectuados en el domicilio que apareciese en el Registro de la Propiedad, pero la doctrina y la jurisprudencia del TS y de la DGRN han declarado en numerosas ocasiones la validez del requerimiento efectuado en el domicilio real y no registral del deudor, e incluso, por edictos. Por tanto, debe practicarse el requerimiento en el domicilio registral, y si a mayores el Juzgado lo considera necesario, puede realizarlo posteriormente también en el domicilio real, en el familiar del deudor o en otro lugar donde pudiera ser hallado incluso de forma accidental. Pero nunca debe obviarse el

(70) RJ 8403. Asimismo, la AP de Girona, en el Auto de 3 de julio de 1995 (AC 1772), a pesar de que directamente no reconoce que se puede designar más de un domicilio, estimó válidas las notificaciones realizadas en cualquiera de los dos domicilios diferentes que figuraban en la escritura de hipoteca de la finca (el de los padres de la ejecutada (usufructuarios) y el de la propia ejecutada (nuda propietaria), estimándose que las notificaciones realizadas en cualquiera de los mismos eran operantes, no observándose por ello defecto en los actos de notificación.

(71) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 327; GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., pág. 79; MONSERRAT VALERO, *El procedimiento judicial...*, cit., pág. 69.

(72) MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 313 y 314.

intento de practicar el requerimiento en el domicilio pactado, puesto que es una garantía fijada por la ley para los deudores y terceros poseedores de la finca, que pueden no encontrarse inscritos en el Registro, como puede suceder en los supuestos en que exista un tercer poseedor, por lo que el conocimiento del domicilio real del deudor no excluye la práctica del requerimiento en el domicilio pactado. Además, debe exigirse a los acreedores una cierta investigación sobre la localización exacta de la finca hipotecada en supuestos de cambio de numeración de las fincas o denominación de las calles en que se encuentra, puesto que basta con acudir al Ayuntamiento respectivo para obtener la ubicación exacta de la finca donde se fijó el domicilio. Y practicar de modo rutinario requerimientos por edictos sin realizar una mínima actividad investigadora no sería admisible, y podría acarrear por ello la nulidad del procedimiento (73).

Resumiendo, y a modo de conclusión, el requerimiento de pago se efectuará, en el domicilio que resulte vigente en el Registro, tal y como señala el artículo 686.2.2 de la LEC, que reproduce la derogada regla 3.^a del artículo 131.3 de la LH. Así, el domicilio donde se practique la notificación será el que conste en la escritura de constitución de la hipoteca, salvo en los supuestos en que se haya producido un cambio, tal y como recoge el artículo 683 de la LEC. Pero como ya hemos dicho, esta regla general tiene excepciones, y es que además de todo lo señalado, sería ineficaz el requerimiento en el domicilio registral cuando el ejecutante de mala fe, conocedor del domicilio real, solicita los requerimientos en el domicilio registral. Por tanto, tal y como se deduce del artículo 582 de la LEC, será válido el requerimiento hecho en el domicilio real del deudor aunque no coincida con el registral. Por ello, puesto que la doctrina y la jurisprudencia lo admiten, entendemos que cuando se conozcan el domicilio real y el registral del requerido, es conveniente realizar las notificaciones en ambos, para evitar que se produzca una posible alegación de indefensión por parte del ejecutado (74). Y por lo que al tercer poseedor se refiere, no difiere de la regla general, puesto que a efectos de notificaciones su domicilio será el que conste en la escritura de hipoteca. Reseñar que este domicilio puede ser diferente al consignado por el deudor, en cuyo caso deberá hacerse constar en el Registro (así lo establece el art. 683 de la LEC).

(73) Cfr. UCEDA OJEDA, *El artículo 131...*, cit., pág. 787.

(74) Establece con claridad esta posibilidad las SAP de Barcelona, de 14 de febrero de 1990 (Base de Datos la Ley, @49/1990, marginal 111).

3. *El conocimiento efectivo del requerimiento por parte del ejecutado*

¿Se puede considerar que es válido el requerimiento al deudor cuando llega a su conocimiento, a pesar de que no se haya practicado en el domicilio que figura en el Registro? Aunque se haga en domicilio diferente al que figura en el Registro, como puede defender su derecho, surgen las dudas. Se produce así un conflicto entre el domicilio registral y el real, como acabamos de ver.

A este respecto debe tenerse en cuenta que muchas veces el deudor traslada sin tener mala fe el domicilio, en ocasiones a otro conocido y otras en cambio sin dejar señas. En la práctica por ello la comisión del Juzgado practicaba, antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, una segunda diligencia de busca innecesaria en el domicilio del deudor, cuando era conocido, vulnerando así lo dispuesto en la regla 4.^a del derogado artículo 131 de la LH, que exigía que el requerimiento se hiciese en el domicilio que resultase vigente en el Registro, pero esto era en aras de no provocar indefensión en el requerido, tal y como ya hemos señalado. Asimismo, cuando el deudor se ausentaba de su domicilio, o del domicilio registral, o éste era inexistente físicamente, y no se le podía localizar, el Juzgado practicaba el requerimiento a través de edictos, regulados en el artículo 1.460 de la derogada LEC, y actualmente regulados en el artículo 156.4 de la LEC 1/2000, pero de manera residual.

En estos dos supuestos se protege sobremanera al deudor, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 131 de la LH, lo cual provocaría, a juicio de algún sector doctrinal, que de aplicar de manera estricta el artículo 6.3.º del Código Civil, tales requerimientos serían nulos de pleno derecho (75). Así, en consonancia con este planteamiento doctrinal, el TS en la sentencia de 23 de octubre de 1992 (76) estimó que no hace falta efectuar el requerimiento en el domicilio real, a pesar de que conste en el Registro por haberse inscrito posteriormente una compraventa, porque el domicilio debe ser el fijado en la escritura de constitución de la hipoteca, es decir, prevalece el domicilio registral. No hay por tanto nulidad del procedimiento a pesar de haber efectuado el requerimiento al tercer poseedor en el domicilio que constaba en el Registro de la Propiedad, por cédula entregada a pariente. Pero el TS entiende que puede haber mala fe en el acreedor hipotecario, porque se ampara en la realidad registral y a pesar de tener constancia del domicilio real del deudor o del tercer poseedor, solicita que se practiquen los preceptivos requerimientos en el domicilio registral para evitar interferencias perturbadoras. En este supuesto existe mala fe en el tercer poseedor porque es un pariente próximo

(75) Cfr. ROMERO MIURA GIMÉNEZ, *Requerimientos...*, cit., pág. 1470.

(76) RJ 8403.

del deudor que además reside en la misma población, por lo que no es creíble su ignorancia del procedimiento y realmente tuvo conocimiento de él. Pero a partir de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, la regulación ha cambiado, puesto que a efectos de requerimientos y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados es el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición (art. 683.3 de la LEC).

Pero además FERNÁNDEZ COSTALES y DÍAZ GONZÁLEZ, basándose en esta sentencia y analizando la legislación anterior, comentaban que los titulares de derechos reales, cargas, anotaciones, etc., conocían o debían conocer la hipoteca, y también en esa medida, aquel domicilio donde iban a efectuarse los requerimientos y las notificaciones, pero sin embargo no eran notificados en el domicilio que preveía la regla 3.^a del artículo 131 de la LH. Por ello consideraban que sería un contrasentido que para unos y otros el lugar de notificación fuese diferente, lo que haría necesaria una reforma legislativa en este sentido. Pero para ellos era muy loable lo que establecía esta sentencia del TS en su fundamento de derecho primero, apuntando una posible defensa del tercer poseedor de finca hipotecada, puesto que a pesar de no haber modificado el domicilio registral, podía notificar al acreedor hipotecario su domicilio real (77).

Sobre esta cuestión, el TS en la sentencia de 9 de diciembre de 1997 (78) señala que existe una maquinación fraudulenta o pasividad maliciosa por parte de los demandantes, puesto que ocultaron el domicilio del demandado, citándole por ello el Tribunal a través de edictos. Y existía una ocultación del domicilio del demandado porque a la hora de ejecutar la sentencia, los demandantes dieron a conocer al Tribunal cuál era el verdadero domicilio del ejecutado. En la misma línea se pronunció el TS en la reciente sentencia de 7 de septiembre de 2000 (79), al ordenar repetir un juicio por la actuación negligente de un banco que embargó una finca a un cliente al cual envió la comunicación de que se iba a iniciar el procedimiento judicial sumario a un domicilio equivocado. El TS entiende en la sentencia que el banco debía conocer los datos correctos del domicilio de su cliente, puesto que le había estado remitiendo los recibos correspondientes a los movimientos de sus cuentas e incluso el requerimiento para que abonara cantidades pendientes de un préstamo, que luego pagó, por lo que podrían existir aquí maquinaciones fraudulentas de la entidad crediticia a los efectos de embargar una finca sin el conocimiento del deudor. El TS considera que la omisión del banco es una «grave negligencia equiparable al dolo», debido a que la entidad bancaria está obligada «a tener presentes aquellos datos sobre el domicilio que obra

(77) Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES y DÍAZ GONZÁLEZ, *La constitucionalidad...*, cit., pág. 242.

(78) RJ 9035.

en poder del ejecutante como banco continuador en la titularidad del crédito». En el presente caso, el banco facilitó un domicilio que, a pesar de constar en la póliza, era erróneo, a sabiendas de que el verdadero domicilio era otro.

Pero el TC y el TS entienden que no hay indefensión cuando a pesar de las irregularidades en que se hubiera podido incurrir al hacer el requerimiento, las partes intervinientes en el proceso no muestran la debida diligencia, sin que puedan alegar indefensión, porque se han colocado ellas mismas en tal situación o no hubieran quedado en tal situación de indefensión de haber actuado con una diligencia razonablemente exigible (80).

Sentado lo anterior, según DOMÍNGUEZ LUELMO el artículo 582 de la LEC no permite prescindir del domicilio que figura en el Registro por tener carácter esencial, sino que lo que pretende, a mayores, es que el ejecutante pueda solicitar que además se realice en cualquier lugar en que el ejecutado pudiera ser hallado, incluso de forma accidental. Así se cubriría el hecho que podría darse en la práctica de que el domicilio registral, que es al que legalmente debe realizarse el requerimiento, no se corresponda con el domicilio real, evitando así que pueda apreciarse mala fe en el ejecutante (81). Este planteamiento que apuntamos se observa en la práctica de algunos Juzgados, que aplican el criterio que impera en el ejecutivo ordinario, y así, cuando en el domicilio que figura en el Registro no se encuentra a nadie que dé razón de la persona a requerir, se suele requerir al ejecutante para que comunique al Juzgado otro domicilio donde considere que se pueda localizar a la persona requerida. Para realizar esta práctica era conveniente utilizar el procedimiento del derogado artículo 1.443 de la LEC, es decir, la diligencia de busca y averiguación, e incluso la publicación de edictos, considerando que no dilataba excesivamente el procedimiento (82).

(79) *RJ* 7621.

(80) Vid., entre otras, la STC de 30 de junio de 1993 (*RTC* 217) y la STS de 7 de abril de 1995 (*RJ* 2987).

(81) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 686 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3425.

(82) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., pág. 193. A pesar de que consideramos que el criterio de DOMÍNGUEZ LUELMO es el adecuado, ya que la finalidad del requerimiento es que llegue al efectivo conocimiento del requerido, debemos señalar que este razonamiento ha sido criticado por un sector doctrinal, que considera que es más apropiado acudir directamente a la notificación por edictos que exigir al acreedor una actividad de búsqueda que excede de lo dispuesto por la ley. A esta conclusión llega basándose en la RDGRN de fecha 15 de diciembre de 1925, ya que esta Resolución señala que la fijación de un domicilio en el Registro en la inscripción de la hipoteca persigue un doble objetivo: «garantizar al deudor, que lo fija, el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas, al mismo tiempo que asegura al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o por la mala fe del deudor sufrían los trámites procesales» (cfr. PACHECO CIFUENTES, *El requerimiento...*, cit., pág. 4365).

Por su parte, ya hemos señalado que algún sector doctrinal entiende que basta con practicar el requerimiento al domicilio que figure en el Registro, sin que tenga que acudir a ninguna indagación sobre el domicilio real (83). En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA opina que si no se encuentra a nadie en el domicilio señalado para efectuar los requerimientos y las notificaciones en la escritura de constitución de hipoteca, debe darse por efectuado tal requerimiento en ese domicilio registral, siendo suficiente dicho requerimiento, y dándose por tanto por concluido el trámite y considerarlo bien efectuado. Todo ello sin perjuicio de que, a mayor abundamiento, pueda solicitarse que se efectúe el requerimiento en el domicilio real y se deje el requerimiento debajo de la puerta o en el casillero del correo, ante la eventualidad de que pudiese volver a ese domicilio el interesado. Y es que para este autor, debe tenerse en cuenta que una de las finalidades de establecer el domicilio convencional o pactado en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 fue precisamente con la finalidad de evitar retrasos y situaciones de mala fe del deudor. Por lo tanto, señala que «la pretensión de buscar a toda costa el domicilio real parece que va contra la naturaleza y finalidades del artículo 131 de la LH». Pero nosotros no compartimos este argumento, pues como hemos señalado, podrán hacerse averiguaciones tendentes a localizar al requerido, no solo en su domicilio real de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 del Código Civil, sino también en cualquier lugar donde se halle incluso de forma accidental. No obstante, para GARCÍA GARCÍA también podrá intentarse el requerimiento en otro domicilio, para mayor seguridad, pero sin que pueda prescindirse del domicilio convencional que figura en el Registro y sin que sea imprescindible a su juicio encontrar ese otro domicilio (84). Pero MONTERO AROCA, teniendo en cuenta la jurisprudencia, discrepa a nuestro modo de ver acertadamente de GARCÍA GARCÍA y entiende que siempre será preferible agotar todas las posibilidades razonables en aras de la defensa del derecho del ejecutado, de manera que se puedan cerrar las vías a un posible recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales. Además, tras la promulgación de la LEC 1/2000, debe averiguarse el domicilio efectivo del ejecutado, pues así se establece en el artículo 156, que es de aplicación a todos los procesos (85).

Asimismo, por lo que respecta al proceso de ejecución dirigido contra los dos cónyuges, surge una duda: ¿deben ser requeridos de pago ambos cónyuges? En opinión de MONTERO AROCA, la ejecución debe dirigirse contra los dos y los dos tienen que ser requeridos de pago, tanto en el caso en que la

(83) Cfr. ROMERO MIURA GIMÉNEZ, *Requerimientos...*, cit., págs. 1470 y sigs.

(84) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 188, 189, 199 y 218.

(85) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., 2001, págs. 619 y 620.

hipoteca se haya realizado por los dos (por estar la finca hipotecada inscrita en el Registro a nombre de ambos) como en el supuesto en que la hipoteca se realiza por uno con el consentimiento del otro (por estar el bien inscrito sólo a nombre de uno de ellos). Pero cuando ambos cónyuges habitan en el mismo domicilio, debe entenderse que el requerimiento hecho a uno de los cónyuges en el domicilio designado para las notificaciones y requerimientos en la escritura de constitución de la hipoteca se realiza también al otro cónyuge, lográndose así la protección de la vivienda familiar, que tiene un estatuto especial de protección en el Código Civil, de acuerdo con los artículos 1.320 y 96 del Código Civil, así como con el artículo 144.5 del RH (86).

Sobre este particular, la jurisprudencia, antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, señaló que cuando el bien que pretendía ejecutarse fuese ganancial, el consentimiento prestado para la constitución de la hipoteca implicaba un consentimiento también para los actos posteriores, por lo que no se exigía el requerimiento al cónyuge del deudor. Así, por ejemplo, se consideró en las STS de 19 de abril de 1967, 3 de marzo de 1969, 24 de marzo de 1984, 31 de julio de 1986 y 17 de octubre de 1986 (87), entre otras. No obstante, para GIMENO-BAYÓN COBOS por la calidad que tiene el cónyuge del deudor de hipotecante, debe ser también requerido (88). De la misma opinión es CALVO SÁNCHEZ, pues según esta autora, en los supuestos de ganancialidad de las fincas hipotecadas, junto al esposo debe demandarse a la esposa, pues al igual que aquél, es propietaria de los bienes hipotecados, dándose sin lugar a dudas una situación de litisconsorcio necesario. Por ello, la demanda debe dirigirse contra ambos cónyuges, en calidad de propietarios de los bienes hipotecados, debido no solo a la naturaleza real de la pretensión de ejecución deducida en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino también por la consideración de la hipoteca como un acto de disposición y no de mera administración, y además por la necesidad de deslindar la relación crediticia de la procesal, por lo que debe dirigirse la demanda contra las personas que como propietarios figuren en el Registro en la fecha de la interposición de la demanda, esto es, contra ambos esposos (89). Pero a pesar de lo acertado de los planteamientos anteriores, el TS, en la reciente sentencia de 17 de abril de 2000 (90), y basándose en la presunción legal de convivencia de los cónyuges (sean deudores o terceros poseedores) ha entendido que cuando el requerimiento se ha hecho a uno sólo de ellos, no debe declararse la nulidad de actuaciones,

(86) Así lo ha señalado la AP de Huelva en el Auto de 15 de mayo de 1998 (AC 5665). Vid. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 478 y 479.

(87) *RJ* 1947, 1138, 1610, 4624 y 5797, respectivamente.

(88) Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, *Notificaciones...*, cit., pág. 16.

(89) Cfr. CALVO SÁNCHEZ, *Procedimiento...*, cit., págs. 164 y 169.

(90) *RJ* 2566.

puesto que el otro habrá tenido conocimiento de la existencia del procedimiento por dicha presunción.

Finalmente, para concluir con este apartado, sólo resta señalar que el Registrador califica la práctica correcta de los requerimientos, de acuerdo con el artículo 132 de la LH, debiendo resultar del auto dónde y cómo se practicó el requerimiento, justificando en su caso el motivo por el cual el requerimiento no se produjo en el domicilio que consta en el Registro. El problema es que de acuerdo con el artículo 683 de la LEC no queda claro un aspecto: el requerimiento se produce al inicio del procedimiento y cuando aún no consta en el proceso la certificación registral. Pues bien, es posible que el Juez ordene practicar el requerimiento en el domicilio fijado en la escritura pero si el domicilio se había cambiado y así consta en el Registro, cuando el Juez observe la certificación que solicitará más tarde, tendrá que repetir el requerimiento en ese nuevo domicilio que aparece en el Registro porque se había cambiado. Por ello, sería conveniente que el legislador hubiese exigido que la certificación literal de la inscripción de hipoteca y de la de dominio y demás derechos reales sobre la finca se solicitase desde el primer momento, a los efectos de que tenga conocimiento *ab initio* de si existe un tercer poseedor a quien requerir, así como los domicilios donde deben tener lugar los requerimientos (91).

4. *El requerimiento de pago realizado por medio de edictos*

Antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, el requerimiento de pago debía realizarse temporal y alternativamente en primer lugar en el domicilio pactado en la escritura o el que resultase vigente en el Registro; en segundo lugar, en cualquier otro conocido, y por último mediante comunicación edictal (92). Asimismo, de acuerdo con la regla 4.^a del artículo 131 de la LH, se establecía una remisión a la LEC exclusivamente en lo relativo a las notificaciones por cédula, y por ello, primero debía estarse a la notificación al deudor en su persona (art. 262 de la LEC de 1881) y si no fuere hallado, debía realizarse la notificación por cédula prevista en los artículos 266 a 268 de la LEC de 1881 (93).

En la actualidad, de acuerdo con el artículo 686 de la LEC, el requerimiento de pago deberá realizarse en el domicilio que resulte vigente en el Registro correspondiente al deudor, y en su caso al que conste del hipotecante no deudor y del tercer poseedor. Asimismo, cuando la diligencia por la que

(91) Cfr. CARBONELL LLORENS, *La ejecución...*, cit., págs. 308 y 309.

(92) Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, *La nulidad...*, cit., pág. 34.

(93) Cfr. MONTERO AROCA, *Los requerimientos...*, cit., págs. 1679 y 1680.

se practica el requerimiento de pago en el domicilio pactado resulta negativa, puede utilizarse la vía edictal. El requerimiento a través de edictos es una práctica bastante frecuente cuando resulte desconocido el domicilio del requerido o se ignore su paradero, pues el requerimiento por edictos sin duda será el único medio que podrá servir cuando en el domicilio vigente en el Registro no vive ni tiene dependencias el notificado. Y desde ese momento se ha convertido en una práctica aceptada por la doctrina más cualificada y habitual en los Tribunales, reconocida incluso por el TC en sus sentencias, entre otras en la de 17 de abril de 1989 (94). No obstante, ya hemos aludido en otro lugar a que en la mayoría de los casos la notificación por medio de edictos no resulta eficaz. Así, la comunicación por edictos tiene carácter supletorio y excepcional. Por ello, a juicio de GONZÁLEZ GRANDA (95), lo más lógico sería acudir a la policía judicial a tal fin, como señala, en el ámbito penal, el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero como he señalado en el epígrafe anterior, antes de practicar el requerimiento a través de edictos por no poder efectuarse en el domicilio vigente según el Registro, con la finalidad de agotar las posibilidades de conseguir un conocimiento efectivo por parte del demandado de la existencia del proceso al que se le llama, tienen que practicarse actos de averiguación de otro posible lugar para efectuar los actos de comunicación al ejecutado, designando el ejecutante otros domicilios (art. 155.3 de la LEC) o realizando el Tribunal las averiguaciones necesarias (arts. 156 —a Registros, Organismos Públicos, Colegios Profesionales— y 157 de la LEC —al Registro Central de Rebel-des Civiles—).

5. *No es aplicable a las ejecuciones hipotecarias el requerimiento a través del correo, telegrama u otros medios semejantes*

A continuación argumentaremos el por qué de esta afirmación tan categórica. Por lo que respecta al régimen de los actos de comunicación, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma de los procedimientos de ejecución hipotecaria, introdujo una alteración de este régimen, puesto que la nueva redacción que se produjo del artículo 261 de la LEC de 1881, recogía una primera modalidad para la práctica de notificaciones, emplazamientos y citaciones, que era el correo certificado con acuse de recibo, que no regía para los requerimientos (según preveía el propio precepto), ya que estos continuaban sometidos a la forma tradicional que regulaban los artículos 262 y siguientes

(94) RTC 202.

(95) Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, VV.AA., Tecnos, Madrid, 2000, pág. 271.

de la LEC. La excepción se fundamentaba, para ORTIZ NAVACERRADA, en la posibilidad de respuesta por parte del requerido y en la necesidad de consignarla en diligencia que imponía el artículo 266 de la LEC. Y no sólo en atención a tal expresa previsión, sino en atención también a las particulares circunstancias que concurrían en el acto de requerimiento de la antigua regla 4.^a del artículo 131 de la LH, que era el primero y posiblemente único a practicar con el deudor o tercer poseedor (96).

También sobre la base de la legislación anterior se señaló doctrinalmente que por la propia naturaleza del acto a realizar y por la redacción del artículo 131 de la LH, era indudable que el requerimiento debía practicarse personalmente, sin que pudiese realizarse por correo certificado, ni siquiera cuando se utilizase el requerimiento notarial. La consecuencia que debería arrastrar este irregular sistema de requerimiento por correo sería la nulidad absoluta del mismo, si el Juez no suplía el requerimiento practicándolo judicialmente, tal como señaló la STS de 30 de octubre de 1982 (97), que se enfrentó con un requerimiento practicado notarialmente mediante correo certificado (98). Es decir, el requerimiento notarial no puede ser suplido por el mero depósito en correos por conducto notarial de una carta certificada con solicitud de acuse de recibo, ya que no equivale a un requerimiento notarial, puesto que el artículo 202 del RN exceptuaba de tal sistema el supuesto de carácter requisitorio, procediéndose por tanto a la nulidad de actuaciones. Esta opinión la comparte también LÓPEZ LIZ, que entiende que la jurisprudencia desautoriza para efectuar los requerimientos de pago la vía del correo certificado, siendo por tanto una forma no válida y desaconsejable, ya que es la forma ordinaria de efectuar las notificaciones en la vía judicial, pero nunca los requerimientos (99). Y a mayor abundamiento, en los casos en los que se realice el requerimiento judicial de pago, por no haberse efectuado el notarial o ser éste defectuoso, como debe ser personal, no puede utilizarse tampoco el sistema del correo certificado.

Asimismo, con la regulación de la LEC 1/2000, sigue manteniéndose el mismo criterio que antes, puesto que a pesar de que con la nueva Ley procesal se ha convertido el sistema del correo certificado con acuse de recibo en el medio normal de efectuar los actos de comunicación, en los requerimientos de la ejecución hipotecaria no puede aplicarse dicho sistema (100).

(96) Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, *La reforma...*, cit., pág. 1820.

(97) *RJ* 5581.

(98) Cfr. UCEDA OJEDA, *El artículo 131...*, cit., pág. 784.

(99) Cfr. LÓPEZ LIZ, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2.^a ed., 1998, pág. 363.

(100) Acorde con este criterio, la SAP de Córdoba, de 30 de octubre de 2001 (AC, núm. 11, 11 al 17 de marzo de 2002, @85, págs. 803 y sigs.) consideró que las notificaciones efectuadas en el procedimiento por correo certificado con acuse de reci-

B) EL REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGO (REQUERIMIENTO NOTARIAL)

1. *Introducción*

El párrafo segundo del artículo 686 de la LEC señala que a pesar de la notificación al deudor del despacho de la ejecución, no hay requerimiento judicial cuando se acredite haberse efectuado extrajudicialmente el requerimiento o requerimientos conforme a lo dispuesto en el artículo 581.2 de la LEC. Es decir, no se realizará el requerimiento judicial de pago cuando se acredite que se haya efectuado previamente de forma extrajudicial el requerimiento de pago, debiéndose haber practicado este requerimiento extrajudicial en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que deba ser requerido, o bien a la persona que es legalmente hábil para recoger la notificación, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 686 de la LEC.

Este precepto permite acompañar a la demanda ejecutiva acta notarial, acreditando que se ha requerido de pago al ejecutado al menos con diez días de antelación. A este respecto, DOMÍNGUEZ LUELMO destaca que el «precepto deja suficientemente claro que el requerimiento notarial tiene carácter potestativo», no siendo ya un presupuesto procesal, «frente al carácter inexcusable que antes de la reforma defendían algunos autores, en el sentido de que el requerimiento judicial sólo podía suplir los defectos formales en que se hubiera incurrido en el requerimiento notarial, pero no su omisión» (101). En cambio, el número 3.º de la regla tercera del antiguo artículo 131 de la LH, antes de ser reformada por la LEC 1/2000, determinaba que en primer lugar debía realizarse el requerimiento notarial de pago, y en defecto del mismo, la regla cuarta del precepto establecía el requerimiento judicial. Es decir, antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, el requerimiento extrajudicial de pago no tenía como actualmente carácter potestativo, sino que era obligatorio (102).

bo no suponen las garantías suficientes como para que los destinatarios de las mismas tengan conocimiento de lo que en ellas se pretende.

(101) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 686 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3427.

(102) Así, MANRESA entendía que de lo preceptuado en las reglas 3.ª (requerimiento notarial) y cuarta (requerimiento judicial) del artículo 131 de la LH se deducía que la regla 3.ª exigía la realización del requerimiento notarial en todo caso, como «preliminar indispensable para incoar el procedimiento», procediéndose al requerimiento judicial sólo cuando el notarial no se hubiese realizado en el domicilio fijado para requerimientos y notificaciones o cuando al realizarlo se hubiese incurrido en defectos formales, «y entonces, y solamente entonces, es cuando el juez debe ordenar la práctica de esos requerimientos para subsanar aquellos defectos». Por lo tanto, MANRESA señalaba que lo que preceptuaba la regla 4.ª sobre el requerimiento judicial «es, en realidad, una reproducción

La jurisprudencia también se ha manifestado sobre esta cuestión, entendiendo siempre que el requerimiento notarial no es preceptivo, a pesar de que del tenor literal de la legislación así no se dedujese. A modo de ejemplo, la STS de 4 de junio de 1952 (103) señaló que no constituye infracción de las normas del procedimiento no efectuar el requerimiento notarial y sí el judicial, porque a pesar de que la regla 3.^a «preceptúa que el acta de requerimiento de pago se acompañe al escrito de demanda, no le da el carácter de requisito esencial e insustituible, cuya falta implique la nulidad de las actuaciones, como lo demuestra el que la citada regla 4.^a admite clara y expresamente que aunque no se haya presentado esa acta notarial el juez mandará sustanciar el procedimiento ordenando que se haga el requerimiento...». Asimismo, el TS en la sentencia de 29 de junio de 1992 (104) estimó en el Fundamento de Derecho Tercero que «la normativa procesal del juicio ejecutivo, que regula el artículo 131 de la LH, exige que haya de practicarse requerimiento judicial de pago cuando no se llevó a cabo el precedente mediante acta notarial y tanto al deudor hipotecario, como al tercer poseedor».

La importancia de esta cuestión radica en cuanto a las costas, y ello porque si se produce el pago dentro del plazo legal marcado por la ley como consecuencia del requerimiento, en la anterior regulación las costas correrían a cargo de la parte ejecutante, al entender que el deudor se allanaba, ya que si se le hubiera requerido previamente, habría pagado y no habría sido necesario iniciar el procedimiento ejecutivo hipotecario (105). Y *a sensu contrario*, si hubo requerimiento notarial y el proceso se iniciaba posteriormente, las costas que se produjeran debían ser de cuenta del ejecutado siempre, aunque éste pagase, independientemente del momento en que lo hiciera. Además, cuando no se realizaba requerimiento notarial, se practicaba el judicial y el ejecutado pagaba dentro del plazo del requerimiento, las costas corrían a cargo del ejecutante, y si pagaba en cualquier momento posterior, eran de

del requerimiento que aparezca hecho defectuosamente». Pero GUASP, criticando esta doctrina de MANRESA, ya apuntaba la solución que se ha producido con la reforma, y es que a pesar de lo imperativo de la regla 3.^a, la interpretación de la regla 4.^a llevaba a la conclusión de que «la omisión del requerimiento notarial no es motivo bastante para denegar la admisión de la demanda», imponiéndose este criterio en la práctica (MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Tomo V, Madrid, 1920, pág. 656; GUASP, *La ejecución procesal...*, cit., 1951, págs. 124 y 125; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 469 y sigs.).

(103) RJ 1248.

(104) RJ 5455.

(105) Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, VV.AA., coordinados por CORTÉS, Madrid, 1985, págs. 476 y sigs.; MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 679; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial...*, cit., pág. 371 y sigs.

cuenta del ejecutado. Por tanto la referencia a los diez días del requerimiento se entendía que era para pagar sin costas, y así lo consideraba la jurisprudencia menor (106) y la mejor doctrina (107).

En cambio, debemos destacar que en la LEC 1/2000 existe tan sólo una regla general sobre la imposición de costas (en los arts. 539.2 y 583.2). El artículo 539.2 de la LEC establece que las costas serán a cargo del ejecutado sin necesidad de imposición expresa, y el 583.2 de la LEC dispone que aunque el deudor pague en el acto del requerimiento serán de su cargo todas las costas causadas, salvo que justifique que, por causa que no le sea imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución. De esto se desprende que no existe ninguna norma especial sobre las costas en la ejecución hipotecaria, por lo que para MONTERO AROCA y DOMÍNGUEZ LUELMO en este caso lo más conveniente sería aplicar lo dispuesto en el artículo 583 de la LEC. Y así, el deudor debe correr con las costas del procedimiento en todo caso, aunque pague en el plazo del requerimiento judicial, puesto que es difícil pensar un supuesto en el que pueda escudarse alegando que no pudo pagar por causa a él no imputable antes de que el acreedor promoviese la ejecución, y ello a pesar de que no se hubiera producido el requerimiento notarial. Además, en la práctica el deudor conoce los vencimientos periódicos del principal e intereses, y el acreedor en muchos casos habrá efectuado reclamaciones de pago privadas. Y aunque en la escritura de constitución de la hipoteca se hubiese establecido que las costas del cobro del préstamo fuesen a cargo del prestatario, puesto que la materia de las costas del proceso, al ser normas de orden público no pueden dejarse a la autonomía de la voluntad. En cambio, por lo que respecta al hipotecante no deudor y el tercer poseedor, MONTERO AROCA considera que no habiendo existido requerimiento notarial previo, si pagan en el plazo del requerimiento judicial, no se les impondrán las costas, puesto que podrán alegar que al no estar obligados al pago de la obligación garantizada con la hipoteca, no pudieron efectuar el pago antes, ya que nadie les había requerido de modo fehaciente para que realizaran el pago. Pero DOMÍNGUEZ LUELMO entiende que como la ley no dice nada del tercer poseedor, lo más lógico sería considerar que sólo debe abonar en concepto de costas las

(106) A modo de ejemplo, el AAP de Madrid, de 28 de abril de 1994 (AC 709), SAP de Zaragoza, de 20 de marzo de 1998 (AC 403), y SAP de las Palmas, de 18 de mayo de 1999 (AC 935).

(107) Cfr. MONSERRAT VALERO, *El procedimiento judicial...*, cit., pág. 139; LÓPEZ LIZ, J., *Procedimiento judicial...*, cit., pág. 377; ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 359; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 629 y sigs.; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 686 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3430.

estrictamente causadas por el requerimiento, y el resto correrían a cargo del deudor (108).

Además, también durante la vigencia del anterior procedimiento judicial sumario, se había considerado por algún sector doctrinal y jurisprudencial que el requerimiento extrajudicial de pago podía ser objeto de ilegalidad constitucional, puesto que la ejecución forzosa tan sólo debe estar reservada a los Jueces y Tribunales, y no a los notarios. Al respecto, el TS consideró, entre otras, en las sentencias de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 (109), que se producía una derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del segundo párrafo del artículo 129 de la LH, así como una inaplicación de los preceptos reglamentarios que lo desarrollan, puesto que en virtud del principio de jerarquía normativa no se aplicaban las normas reglamentarias que desarrollaban una disposición legal derogada por inconstitucionalidad sobrevenida, pues al ser leyes preconstitucionales no era necesario el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Así, el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se declaró inconstitucional por oponerse al artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, al artículo 117.3 de la Constitución, que establece los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción, y por ser la función del conocimiento del proceso de ejecución exclusivamente de los Jueces y Tribunales, y por vulnerarse el principio de legalidad procesal, porque la Constitución establece una reserva de ley de las normas de competencia y procedimiento, no pudiéndose por ello regular un proceso de ejecución hipotecaria en el Reglamento hipotecario. Por todo lo anterior, se consideró que el monopolio de la ejecución, en este ámbito, corresponde exclusivamente al poder judicial. Pero esta discusión hoy parece haber quedado superada, puesto que la ejecución extrajudicial ha sido reconocida expresamente en la LEC 1/2000 (110).

(108) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 635 y sigs.; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 686 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3431; ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., pág. 359, nota 146; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., pág. 372.

(109) *RJ* 3464 y 2589, respectivamente.

(110) Cfr., en este sentido, CASANOVA SANGUINO, *El requerimiento...*, cit., pág. 14. No obstante, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria por el TS antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, alguna sentencia de la Audiencia Provincial, concretamente la SAP de Sevilla, de 18 de diciembre de 2000 (*La Ley*, núm. 5247, de 14 de febrero de 2001), consideró que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria era válido, aun a pesar de estar declarado inconstitucional, con motivo de la inminente entrada en vigor de la LEC 1/2000, que confirma, consolida y mantiene el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Pero a pesar de que actualmente este procedimiento está reconocido en la Ley Procesal Civil, la AP de Sevilla en este supuesto se extralimita, pues la actual LEC en el momento del fallo no estaba en vigor, ya que aún no era el 8 de enero de 2001, por lo que efectuó una violación de la ley anterior, y la Disposición Final Novena, número 4, de la LEC 1/2000 no podía

2. Finalidad del requerimiento notarial y requisitos formales del mismo

El fin que persigue el requerimiento notarial es una invitación al pago, es decir, ofrecer al ejecutado la posibilidad de evitar la ejecución de la hipoteca y el inicio de la vía o fase de apremio si paga el débito garantizado con la hipoteca. Pero no es asimilable con la citación o emplazamiento para constituirse en parte o ser llamado a la *litis*. Además, el requerimiento de pago debe hacerse por acta notarial, por lo que no serviría el requerimiento hecho de cualquier otra manera aunque también fuese fehaciente.

Los requisitos del requerimiento extrajudicial los recoge el artículo 686 de la LEC. Efectivamente, de acuerdo con el último párrafo del artículo 686 de la LEC, el requerimiento extrajudicial de pago debe practicarse en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que deba ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallen en la habitación del que deba ser requerido, y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido. Además, el Reglamento Notarial, aprobado por decreto de 2 de junio de 1944, en los artículos 202 a 206, establece los aspectos formales de este requerimiento. También debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 236 del RH a estos efectos. Pero el artículo 206 del RN especifica que cuando se trate de notificaciones o requerimientos previstos por otras Leyes o Reglamentos, si establecen trámites distintos a los recogidos en el Reglamento Notarial, en cuanto a domicilio, lugar, personas con quien deban entenderse las diligencias o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes del RN. Por tanto, en cuanto a la forma del requerimiento debe estarse a lo previsto en el apartado 2.º del artículo 686.2 y el 581 de la LEC, y en lo no previsto por este artículo, hay que estar a lo establecido en los artículos 202 a 205 del RN (en la redacción dada por el Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio) (111).

aplicarse, por la irretroactividad de esta norma procesal civil. Además, el artículo 6 de la LOPJ prohíbe que los Jueces y Tribunales apliquen preceptos contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, por lo que en este caso se vulneró el principio de legalidad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, así como el respeto a la *auctoritas* del TS. En la actualidad no sabemos cuál va a ser el sentir del TS y del TC ante la nueva redacción del artículo 129 de la LH que da vida de nuevo al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, pero lo que es evidente es que este procedimiento está sin lugar a dudas en vigor en la actualidad, por recogerlo además expresamente la vigente LEC (vid. más ampliamente, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «El principio de legalidad procesal y la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *La Ley*, núm. 5361, de 27 de julio de 2001, págs. 1 y sigs.).

(111) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., pág. 491.

3. *Lugar donde se practica el requerimiento notarial*

Es el domicilio que resulte vigente del Registro (112), es decir, el domicilio fijado en la escritura de constitución de hipoteca, tal y como establece el artículo 682.2.2.º de la LEC, o bien será el domicilio que resulte vigente en ese momento, tras los cambios de dicho domicilio permitidos por el artículo 683 de la LEC. Así, la STS de 24 de septiembre de 1996 (113) declaró la nulidad de las actuaciones porque se infringió o hubo irregularidades en el cumplimiento de este requisito del lugar del requerimiento. Lo mismo establecía la regulación anterior, puesto que la regla 3.ª del artículo 131 de la LH preceptuaba que el requerimiento se debía practicar en el domicilio que resultase vigente en el Registro.

No obstante lo anterior, en los casos en los que el requirente y la persona que deba ser requerida se encuentren en poblaciones que corresponden a distritos notariales diferentes, el acreedor debe solicitar la intervención del Notario del domicilio del deudor, con el consiguiente desplazamiento necesario para practicarle el encargo, además de la posibilidad de la necesidad de intervención de dos notarios, es decir, el primero de ellos para recibir el encargo y el segundo para practicar la diligencia, lo cual eleva los gastos del procedimiento, por lo que será muy normal que en la práctica los acreedores hipotecarios no utilicen este procedimiento y acudan directamente al judicial, que es gratuito, y además con ello se ahorra tiempo y no se tienen que sufragar los gastos notariales (114).

4. *Es un requerimiento personal*

El requerimiento notarial debe hacerse personalmente al deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor en el domicilio señalado al efecto. El párrafo segundo del artículo 202 del RN preceptúa que el notario se personará en el domicilio donde deba practicarse el requerimiento o notificación, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de notario y el objeto de su presencia. Este precepto, en sus párrafos quinto y sexto, señala que se puede utilizar el sistema del correo certificado con acuse de recibo para efectuar estos requerimientos, pero en el caso que nos ocupa al igual que en el requerimiento judicial de pago, no procede este sistema,

(112) Todo ello recuerda al artículo 131, regla 3.ª, tercero de la LH en su anterior redacción, y los artículos 84, regla 1.ª, C) y 2.ª, y 92, regla 3.ª, de la LHMPSPD, y 41 de la LHN.

(113) *RJ* 6652.

(114) Cfr. CASANOVA SANGUINO, *El requerimiento...*, cit., págs. 15 y 16.

puesto que no lo permite el artículo 686 de la LEC. Sólo es aplicable el Reglamento Notarial cuando no exista una norma expresa que preceptúe lo contrario, como sucede en este caso. Por ello la STS de 30 de octubre de 1982 (115) declaró la nulidad de actuaciones por efectuarse el requerimiento por medio de correo certificado.

Al igual que la derogada regla 3.^a del artículo 131 de la LH, la regulación actual del artículo 686 de la LEC 1/2000 determina que si el notario no halla al destinatario (deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor) en el domicilio designado al efecto, el requerimiento se hará al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se encontraren en el mismo, y si no se encuentra a ninguna de estas personas, al portero o al vecino más próximo que se hallase, si se prestare a ello, sin que se prevea la posibilidad del deudor en paradero desconocido. Debe seguirse este riguroso orden excluyente, yendo de mayor a menor intimidad. Pero hay que destacar que en no pocas ocasiones sucede que el destinatario del requerimiento resulta desconocido en el lugar designado, y que a falta de estas personas (pariente más próximo, familiar o dependiente), tal y como señalan ORTIZ NAVACERRADA y LÓPEZ LIZ, es criticable practicar el requerimiento al vecino, puesto que en muchos casos puede no conocer siquiera al interesado, pudiendo incluso no tener medios de darle a conocer el requerimiento o negarse a ello. Además, si se efectúa el requerimiento al vecino, se hará fuera del domicilio pactado, infringiéndose por tanto el derogado artículo 130 de la LH y el 682.2.2.º de la LEC. Además, esta práctica sería lesiva para la fe pública notarial, al oponerse a lo regulado en el artículo 203 del RN (116).

Es por ello muy probable que en no pocas ocasiones el requerimiento extrajudicial resulte ineficaz, bien porque en la finca hipotecada no se encuentre a nadie, o porque no exista ni portero ni vecino próximo, o incluso porque el pariente, el familiar, el dependiente, el portero o el vecino más próximo no acepten el requerimiento, puesto que el fedatario público no puede obligar a nadie a aceptarlo, ni tampoco puede forzar a nadie a que abra la puerta de su domicilio, ni mucho menos entrar en él, porque si así ocurriese, se iría contra el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 18.2 de la Constitución. Sobre la base de ello, ORTIZ NAVACERRADA, antes de la publicación de la LEC 1/2000, consideraba que no parecía justificado, en aras de un formalismo extremo, atenerse a una realización del requerimiento meramente ficticia y claramente condenada a la ineffectividad, no ya en supuestos en que el sujeto a requerir resultase totalmente desconocido en el domicilio pactado, sino incluso de inexistencia física

(115) *RJ* 5581.

(116) Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, *La reforma...*, cit., pág. 1821, y LÓPEZ LIZ, J., *Procedimiento...*, cit., pág. 272.

y material de éste por demolición del propio edificio, según en ocasiones acaecía en la práctica. Por ello, ante tales razones, y con apoyo en la remisión que la regla 4.^a del derogado artículo 131 de la LH hacía a «la forma dispuesta en la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula», entendía este autor que cabría superar los rigurosos términos de los artículos 130 de la LH y 226.1.º del RH, y del propio artículo 131.4.3.º de la LH para, ante situaciones extremas como las anteriormente expuestas, se pudiese acudir en un segundo intento al domicilio real del deudor o a la publicación edictal, entendiéndose producida la circunstancia del artículo 269 de la LEC, de que «por haberse mudado de habitación se ignore su paradero» (117).

Asimismo, conviene reseñar que el artículo 686 de la LEC parece que presupone que el requerimiento se realizará siempre a personas físicas. Pero cuando nos encontremos con un requerimiento que debe efectuarse a una persona jurídica, a pesar de que en principio debe hacerse al representante de esa persona jurídica, las STS de 9 de abril de 1980 y 28 de febrero de 1992 (118) entienden que sería suficiente con entregar la cédula a una persona que trabaje para ella o a un dependiente (siempre que sea mayor de catorce años), o en su caso, al conserje o portero del inmueble. Cuando no se encontrase a nadie en los locales se entregará al vecino más próximo. Este criterio se recoge expresamente en el artículo 686 de la LEC (119). Por medio de esta ficción el requerimiento realizado a cualquiera de estas personas será considerado como personal.

Como el requerimiento notarial debe ser personal, no podrá acudir a la comunicación por medio de edictos. Pero a nuestro juicio, si el requerimiento

(117) Este criterio encuentra apoyo en la STS de 4 de febrero de 1982 (*RJ* 6878), que entendía que eran aplicables preceptos de la LEC en esta materia, ya que señalaba expresamente la sentencia que el artículo 131 de la LH se remitía a la LEC en su regla 4.^a. Concluye así ORTIZ NAVACERRADA su teoría señalando que existen precedentes de este criterio en la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 1947 (*RJ* 634), declara válido el requerimiento hecho en el domicilio real del deudor, puesto que «si bien es cierto que en el caso de autos no se practicó el requerimiento en el domicilio figurado en el Registro, distinto del que realmente tenía el deudor, también lo es que éste fue requerido en su verdadero domicilio con todas las garantías para él..., y así resulta indudable que se ha cumplido plenamente la finalidad del requerimiento en su doble aspecto de invitación al pago y de anuncio o notificación del procedimiento judicial». Pero como destaca LÓPEZ LIZ siguiendo a ROCA SASTRE, el que en esta sentencia se diese por bueno el requerimiento hecho en el domicilio real del deudor, no es sino la excepción que confirma la regla general de que el lugar debe ser el domicilio vigente en el Registro, es decir, el domicilio pactado para efectuar los requerimientos y notificaciones (cfr. ORTIZ NAVACERRADA, *La reforma...*, cit., págs. 1821 y 1822; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., págs. 270 y 271).

(118) *RJ* 1372 y 1248, respectivamente.

(119) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 686 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3428; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., pág. 271; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 496 y 497, nota 14.

se practica judicialmente, puede realizarse por medio de edictos, cuando el deudor fijó un domicilio inexistente en la escritura de hipoteca y no se sabe de la existencia de otro domicilio real, residencia no habitual o de un paradero donde encontrarlo. Igualmente, no cabe efectuar el requerimiento a través del sistema de correo certificado con aviso de recibo, puesto que el requerimiento debe ser personal (120).

5. *Cumplimiento de la diligencia de requerimiento*

El cumplimiento de la diligencia de requerimiento se produce con la entrega de la cédula, copia o carta suscrita por el notario, que debe contener el texto literal del requerimiento de pago y expresar el derecho de contestación del requerido, ya que tiene el derecho a contestar ante el mismo notario que le requirió dentro de la misma acta y en el plazo de dos días laborables siguientes al día en que se practicó la diligencia (así lo establece el art. 204 del RN). El notario no puede librar copia del acta sin hacer constar en aquélla la contestación, si la hay, y en caso contrario, tampoco puede expedir copia del acta pendiente de contestación antes de caducar el plazo.

En el supuesto en que la diligencia se entienda con persona distinta del deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor (es decir, con familiares o dependientes mayores de catorce años o con el portero o vecino más próximo), la cédula, copia o carta se puede entregar en sobre cerrado a estas personas. El notario les advertirá de su obligación legal de hacer llegar a poder del requerido el documento que le entrega, consignando en la diligencia este hecho, la advertencia y la respuesta que reciba. Asimismo, en el acta el notario expresará la manera en que se ha realizado el requerimiento y en el supuesto en que la persona con quien se hubiese entendido se niegue a dar su identidad o a indicar su relación con el destinatario, o si se negase a hacerse cargo de la cédula, copia o carta, también lo hará constar (121).

(120) A mayor abundamiento, señala la STS de 30 de octubre de 1982 (RJ 5581) que el requerimiento notarial efectuado por correo provoca la nulidad de las actuaciones del procedimiento judicial sumario, y por tanto, en palabras de LÓPEZ LIZ, «hay que huir de él como del demonio» (cfr. LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., pág. 273 y sigs.; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 497 y sigs.).

(121) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 686 de la LEC», en *Comentarios...*, cit., pág. 3429.

III. FIJACIÓN DEL DOMICILIO EN EL CASO DE LA HIPOTECA SOBRE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES

La hipoteca de establecimientos mercantiles se encuentra regulada en el Capítulo II del Libro II de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de 16 de diciembre de 1954 (en adelante LHMPSPD). Tal y como se preceptúa en el artículo 19 de la citada ley, para que pueda hipotecarse el establecimiento mercantil, el titular donde está instalado el local de negocio debe ser dueño o arrendatario del mismo, y tener además la facultad de traspasarlo (122). De esta manera, la hipoteca que constituya el dueño sobre su establecimiento será independiente de la que pudiera constituir el mismo sobre el inmueble de su propiedad, teniendo por tanto dos formas de garantía, a saber, la hipoteca inmobiliaria sobre la finca y la mobiliaria sobre el establecimiento mercantil (123).

Siguiendo a SERRANO GARCÍA, podemos definir el establecimiento mercantil, como «aquella serie de bienes instrumentales y de energías de trabajo, puestos por el empresario en una relación funcional, instalados en un local de negocio, de los que se vale para el ejercicio de su actividad». Pero tal y como pone de relieve este autor, la doctrina española no es unánime en este punto de qué puede entenderse por establecimiento mercantil, y así, para un sector doctrinal el concepto de local de negocio coincide con el de establecimiento mercantil, y para otro, en cambio, el establecimiento mercantil comprende más elementos que el simple local de negocio. En consonancia con esta última tendencia doctrinal, SERRANO GARCÍA entiende que el establecimiento mercantil está compuesto por el local de negocio, junto con sus instalaciones permanentes o fijas, el nombre comercial, el rótulo, las marcas distintivas y demás derechos de propiedad intelectual e industrial, máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo, mercaderías y materias primas. Así, cuando la hipoteca no incluya alguno de esos bienes, nos encontraremos ante la hipoteca de una parte del establecimiento (124). No obstante, la Exposición de Motivos de la LHMPSPD conceptúa al establecimiento mercantil como base física de una empresa, es decir, el

(122) A este respecto, señala FUENTES LOJO que si el hipotecante es el propio dueño no debe tener limitada la facultad de traspasar, y si es el arrendatario, no puede tener limitada esa facultad y además deberá tener el derecho de traspaso. Incluso puede haber arrendatarios que no tengan facultad de traspasar, a pesar de que en el contrato este derecho no se haya limitado. En FUENTES LOJO, J. V., *La hipoteca de establecimientos mercantiles y la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955, págs. 14 y 15.

(123) Cfr. FUENTES LOJO, *La hipoteca...*, cit., págs. 14 y 15.

(124) Así, extensamente sobre esta cuestión, y sobre las distintas corrientes doctrinales ver SERRANO GARCÍA, I., *La hipoteca de establecimiento mercantil*, EDESA, Madrid, 1975, págs. 68 y sigs.

lugar donde ejerce una persona una industria o profesión de forma habitual. Además, en la hipoteca de establecimiento mercantil no puede hipotecarse la clientela, ni siquiera por pacto expreso, ya que tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley, son «elementos de muy difícil o imposible sujeción a las normas de una hipoteca». Sí cabe en cambio pacto expreso para hipotecar las mercancías, puesto que el artículo 22 de la Ley lo prevé expresamente, siempre que sean propiedad del titular del establecimiento y tengan pagado su precio de adquisición.

Tras esta breve introducción, por lo que al domicilio del deudor en los casos de hipoteca sobre establecimiento mercantil se refiere, el domicilio necesariamente es el local en que estuviese instalado el establecimiento que se hipoteca, de acuerdo con lo previsto en el artículo 682.2.2.º, apartado 2.º de la LEC. Lo mismo se establecía desde sus orígenes en el apartado 2.º del artículo 82.1 de la LHMPSPD. Por tanto, al imponer la ley como domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca, se sustrae su fijación por el deudor, a diferencia de lo que sucede con el resto de bienes hipotecados, pues el deudor es el que fija libremente un domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones. Es decir, en estos casos, el domicilio para requerimientos y notificaciones ya no será electivo, teniendo que serlo necesariamente el local donde esté instalado el establecimiento mercantil que se hipoteca, y no podrá cambiarse ese domicilio en ningún caso, ni aun con el consentimiento del acreedor, como puede suceder con la hipoteca inmobiliaria.

Sobre esta cuestión, DOMÍNGUEZ LUELMO (125) considera que del artículo 682.2.2.º de la LEC podemos llegar a la conclusión de que no sólo el domicilio será el del local donde estuviese instalado el establecimiento que se hipoteca, sino que a mayor abundamiento, este es el único domicilio posible a efectos de requerimientos y notificaciones. Incluso podríamos entender que no es posible la modificación de dicho domicilio a los efectos del artículo 683 de la LEC. Y esto es así porque la hipoteca se extiende objetivamente tanto al derecho de arrendamiento sobre el local, como a las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento (arts. 20 y 28 de la LHMPSPD). Pero en los supuestos en que la hipoteca no incluya todos esos elementos del establecimiento mercantil, nos encontraremos ante una hipoteca de una parte del establecimiento (126).

(125) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 682 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3385.

(126) Cfr. FUENTES LOJO, *La hipoteca...*, cit., págs. 7 y sigs.; SERRANO GARCÍA, *La hipoteca...*, cit., págs. 71 y sigs.

IV. FIJACIÓN DEL DOMICILIO EN LOS SUPUESTOS DE HIPOTECA MOBILIARIA Y EN LOS DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN

A) LA HIPOTECA MOBILIARIA

La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión de 16 de diciembre de 1954 regulaba un procedimiento judicial sumario para la hipoteca mobiliaria en los artículos 82 a 85 de la misma, pero seguía las líneas marcadas por el procedimiento sumario de la hipoteca inmobiliaria. Esta Ley, de 16 de diciembre de 1954, fue reformada por la Ley 19/1986, de 14 de mayo, que prácticamente se limitó a seguir los pasos de la Ley Hipotecaria, pero no se han derogado expresamente por la LEC 1/2000 los artículos 89, 90 y 91. En cambio sí ha derogado los artículos 82 a 85 de dicha Ley de 1954, asumiendo en la LEC la mayor parte de las especialidades de su procedimiento (127). La LEC 1/2000 a pesar de que ha derogado estos preceptos en el apartado 2.8.º de la Disposición Derogatoria Única (128), no ha suprimido este procedimiento especial de ejecución, y junto al existente en la hipoteca naval, lo que ha hecho ha sido unificarlos, por lo que actualmente existe un proceso especial de ejecución hipotecaria, que comprende la hipoteca inmobiliaria, la hipoteca mobiliaria y la hipoteca naval. Por tanto, por lo que ahora nos interesa, en los casos de fijación del domicilio en la ejecución de hipotecas mobiliarias, deberá estarse a lo previsto en el artículo 682 de la LEC, es decir, en la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria deberá hacerse constar un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. Igualmente, en el artículo 13.5 de la LHMPSPD se establece que la escritura de hipoteca mobiliaria, entre otras menciones, deberá contener la fijación de un domicilio para requerimientos y notificaciones al deudor, y en su caso, al hipotecante no deudor (129).

(127) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 194 y sigs.

(128) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La ejecución hipotecaria dentro del concurso», en *Lex Nova, la revista*, noviembre-diciembre de 2001, pág. 7.

(129) Como excepción al concepto de hipoteca, que por naturaleza solamente puede recaer sobre bienes inmuebles, también se autoriza su constitución sobre ciertos bienes muebles y derechos, que se enumeran en el artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, al establecer cuáles son los bienes sobre los que se puede constituir hipoteca mobiliaria: establecimientos mercantiles, automóviles y vehículos de motor, tranvías y vagones de ferrocarril particulares, aeronaves, maquinaria industrial, propiedad intelectual y propiedad industrial.

B) LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN

También se ha unificado el tratamiento procesal de la ejecución de la prenda sin desplazamiento de la posesión, que antes se regulaba en los artículos 92 y 93 de la Ley de 1954, pero a pesar de que se ha integrado este procedimiento en la LEC, existen una serie de especialidades. En estos casos de prenda sin desplazamiento de la posesión, el título de ejecución viene representado por la escritura pública del crédito pignoraticio o la póliza de constitución de la garantía (130).

Debemos destacar que la LHMPSPD no prevé expresamente que para que sea aplicable el procedimiento judicial sumario, o su equivalente contenido ahora en los artículos 681 y concordantes de la LEC, que en el título constitutivo de la prenda sin desplazamiento se establezca un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones. En cambio, en la LEC para la hipoteca mobiliaria e inmobiliaria se prevé expresamente. Pero entendemos con DOMÍNGUEZ LUELMO que es necesaria la fijación de un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones también en estos casos, debido a que el artículo 686 de la LEC preceptúa que es necesario el trámite del requerimiento de pago para continuar con la ejecución. A mayor abundamiento, el artículo 29.7 del Reglamento del Registro de la LHMPSPD, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, prevé la constancia del domicilio del deudor y en su caso, el del pignorante no deudor (131).

V. ¿ES POSIBLE FIJAR COMO DOMICILIO EL DEL ACREEDOR?

GARCÍA GARCÍA opina al respecto que el domicilio no le corresponde fijarlo al acreedor, sino que debe hacerlo el deudor, por lo que este autor es contrario a que se fije como domicilio para notificaciones el propio domi-

(130) Como excepción al concepto de prenda, que conlleva el desplazamiento de la posesión de la cosa, según los artículos 52, 53 y 54 de la LHMPSPD, de 16 de diciembre de 1954, los bienes sobre los que se puede constituir una prenda sin desplazamiento de la posesión son: los frutos pendientes y cosechas esperadas dentro del año agrícola, los frutos separados o productos de explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias, las máquinas y aperos de las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias, los animales, sus crías y productos, las máquinas y demás muebles identificables por características propias, como número de fabricación, modelo u otras, siempre que no se trate de maquinaria industrial, las mercaderías y materias primas almacenadas, y los objetos de valor artístico o histórico, como cuadros, porcelanas o libros, formen o no parte de una colección. Además, el artículo 55 de la LHMPSPD regula que sobre los bienes susceptibles de hipoteca no puede constituirse prenda sin desplazamiento.

(131) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 682 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3386.

cilio del acreedor o de la entidad de crédito acreedora, puesto que esa fijación no sirve sólo al deudor, sino también a los sucesivos terceros poseedores, y puesto que el acreedor y el deudor tienen intereses contrapuestos en el procedimiento, no residiendo en ese lugar ni el deudor ni nadie relacionado con él, no es conveniente fijar el domicilio del acreedor a efectos de requerimientos y notificaciones. Dicha afirmación se desprende del contenido literal que tenía el artículo 130 de la LH antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, y lo mismo se mantiene en la regulación actual (art. 682.2.2.º de la LEC), puesto que ambos preceptos señalan que dicho domicilio lo «fijará el deudor», debiendo huirse de cualquier influencia del acreedor en este punto. Y todo ello sin perjuicio de que con su intervención, el acreedor influya en la determinación del domicilio, puesto que puede no firmar la escritura de hipoteca, a pesar de lo cual, «formalmente» debe constar que lo fija el deudor y no el acreedor. Y además, en el caso de que se fije en la escritura de hipoteca como domicilio el del acreedor, no será inscribible tal expresión de domicilio, siendo necesario subsanarlo para poder obtener la inscripción (132).

En cambio, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL entienden que por el principio de conservación de los actos propios y la necesidad de ir caso por caso, atendiendo a las circunstancias de cada uno de ellos, no puede llevarnos a considerar como regla general que el negocio jurídico hipotecario sea un contrato de adhesión o una condición general contractual impuesta por el acreedor al deudor, ni tampoco podemos considerar que sitúe siempre al ejecutado en una situación de indefensión del artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque puede haber casos en los que la fijación del domicilio de la entidad acreedora para requerimientos y notificaciones en el procedimiento de ejecución hipotecaria esté plenamente justificado, en supuestos como, por ejemplo, en los que sea el propio deudor el que fija voluntariamente dicho domicilio en la oficina de un Banco o Caja de ahorros en la que habitualmente acude, puesto que el requerimiento de pago se practicaría en dicha oficina bancaria, teniendo la obligación dicha oficina de ponerlo en conocimiento del deudor y haciéndole entrega de toda la documentación recibida. En tal supuesto, si se realiza así y el deudor firma el recibo correspondiente, no podría alegar indefensión, puesto que no se habría producido una falta de conocimiento de los hechos (133). En el mismo sentido, se ha defendido que la ley autoriza al deudor a señalar el domicilio donde se le habrán de hacer las notificaciones, y esta libertad de elección no impide que sea incluso la propia

(132) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 79 y 80; ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., págs. 331 y 332.

(133) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., págs. 331 y 332, nota 79.

sede del acreedor (134). Pero nosotros consideramos realizados en fraude de ley los contratos en los que la parte hipotecante, normalmente una entidad de gran potencial económico, fija con teórica aquiescencia de la otra parte contratante, como domicilio a efectos de comunicaciones el propio domicilio social de la entidad acreedora (135). Para DOMÍNGUEZ LUELMO si se establece una cláusula de este tipo en condiciones generales sería abusiva y por tanto nula (136).

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre esta cuestión, y así, la STS de 26 de marzo de 1996 (137), establece la posibilidad de que se fije como domicilio el del propio banco acreedor, siempre y cuando el deudor pueda cambiar a su voluntad de domicilio. Ahora se recoge esta posibilidad del cambio de domicilio en el artículo 683 de la LEC. No obstante, con anterioridad las Resoluciones de las Audiencias habían rechazado la posibilidad de que el domicilio pactado para requerimientos y notificaciones en la escritura pudiera ser el mismo que el del acreedor (138). Pero a pesar de lo que establece esta sentencia, parece que, *a sensu contrario*, lo que está manteniendo el TS es la imposibilidad de que figure como domicilio el del acreedor, entre otras razones porque la finalidad de éste es asegurar que el ejecutado tenga conocimiento de la existencia del procedimiento (139).

(134) Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, *La nulidad...*, cit., págs. 37 y 38.

(135) Cfr. ORS SIMÓN, *Comentarios...*, cit., pág. 637.

(136) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 682 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3386; MONSERRAT VALERO, *El procedimiento...*, cit., págs. 66 y 67.

(137) *RJ* 2444. El Fundamento de Derecho Quinto recoge lo siguiente: «Hay que partir de que la ley autoriza a señalar al deudor el domicilio donde se le habrán de hacer las notificaciones, y que esta libertad de elección no impide que sea la propia sede del acreedor. Que ello pueda en algún supuesto ser imposición coactiva que permita advertir cualquier asomo de abuso, no es imaginable en el caso de autos, si comprobamos que la hipoteca no fue constituida por la actora que adquirió la finca con la hipoteca ya constituida, si recordamos que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria concede al deudor el derecho a cambiar a su voluntad el domicilio para oír notificaciones y recibir requerimientos; si advertimos que la hipoteca se constituyó nada menos que en 1975, con tiempo suficiente para modificar domicilios, a sociedad realmente experta en negocios hipotecarios, pues hasta ha conocido de hipotecas posteriores, por cuyo cauce advino a ser titular registral (inscripción séptima), en la que el domicilio era el de la deudora; y si intuimos que al impugnar el procedimiento de ejecución, no está tratando de proteger a sus acreedores con los que llegó a convenio de ejecución en suspensión de pagos, sin que ni estos acreedores ni los titulares de las hipotecas posteriores (inscripción octava, décima y undécima) hayan instado proceso alguno impugnatorio».

(138) Cfr. MIRALBELL GUERÍN, L. M., «La ejecución sobre bienes hipotecados o pignoratados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, núm. 5220, 8 de enero de 2001, pág. 1605.

(139) Cfr. MONTERO AROCA, *Procedimiento judicial...*, cit., pág. 307 y sigs.; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 315 y sigs. En el mismo sentido, vid. la STS de 17 de junio de 2003 (AC, núm. 43, 17 al 23 de noviembre de 2003) y el AAP

De todo lo expuesto podemos concluir que la designación del domicilio no puede quedar en manos del acreedor, ni el domicilio debe ser precisamente el del acreedor. Ni que decir tiene que estos problemas no surgen en la hipoteca sobre establecimiento mercantil, ya que el acreedor no puede fijar el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, pues de acuerdo con el artículo 682.2, párrafo segundo de la LEC, necesariamente se entenderá por domicilio el local donde se encuentre ubicado el establecimiento que se hipoteca.

VI. CAMBIO DE DOMICILIO DEL DEUDOR O DEL HIPOTECANTE CUANDO SE TRATA DE BIENES INMUEBLES (NECESIDAD O NO DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR)

Venimos reiterando a lo largo de este trabajo que, según el artículo 682.2.2.º de la LEC, para aplicar las disposiciones de este capítulo sobre ejecución hipotecaria, es necesario que en la escritura de constitución de la hipoteca conste un domicilio, fijado por el deudor, para la práctica de los requerimientos y notificaciones, circunstancia que debe hacer constar el Registrador en la inscripción de la hipoteca. El artículo 683 de la LEC parte de lo anterior y regula los cambios que pueden producirse en el domicilio señalado. Respecto a las normas sobre el cambio de domicilio, la LEC en lo sustancial no modifica la regulación anterior en esta materia, pero introduce mejoras técnicas al acoger criterios y soluciones procedentes de la doctrina y de la jurisprudencia (140).

de Toledo, de 14 de noviembre de 1992 (AC 1586), que declara de oficio la nulidad de las actuaciones al entender que no se ha realizado el requerimiento si se efectúa en el domicilio del banco.

(140) En primer lugar, la LEC parte de la posibilidad de modificar el domicilio por parte del deudor o del hipotecante no deudor, puesto que son los que intervinieron en la constitución de la hipoteca. Esta posibilidad queda condicionada a la simple comunicación al acreedor a efectos de su conocimiento, o bien al previo consentimiento del acreedor. En segundo lugar, la LEC diferencia según sea el bien sometido a la hipoteca, es decir, se amplían los supuestos, ya que la Ley Hipotecaria solamente se refería a los bienes inmuebles. Efectivamente, para que se produzca el cambio del domicilio en la hipoteca naval, bastará con poner en conocimiento del acreedor el cambio, en la hipoteca mobiliaria se precisa consentimiento del acreedor en todo caso (art. 683 de la LEC), y en la inmobiliaria podrá realizarse el cambio del domicilio sin consentimiento del acreedor siempre y cuando el nuevo domicilio esté dentro de la misma población que se hubiese designado en la escritura o en cualquier otra que esté enclavada en el término donde radiquen las fincas y que sirven para determinar la competencia del Juzgado. En los demás casos es necesaria la conformidad del acreedor. Los cambios que se produzcan en el domicilio deben constar en acta notarial y en el Registro correspondiente mediante nota al margen de la inscripción de hipoteca (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C. M., *La ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El embargo. La vía de apremio.*

La regulación anterior, en concreto el artículo 130 de la LH, recogía la posibilidad de modificar el domicilio por acuerdo entre el acreedor y el deudor. Además, el deudor podía modificarlo unilateralmente, siempre y cuando el nuevo domicilio se encontrase en la misma población o partido judicial (141). Para que el cambio de domicilio se considerase válido, se debía formalizar en escritura pública, además de ponerlo en conocimiento del acreedor. Pero esto era así solamente en los casos en que la Ley Hipotecaria permitía al deudor cambiar el domicilio de forma unilateral, puesto que el resto de cambios de domicilio requerían el consentimiento del acreedor, tal y como preceptuaba el artículo 226.1.º del RH, pues sometía la validez del cambio de domicilio al consentimiento del acreedor, unido además a su constancia en el Registro de la Propiedad. Asimismo, debe destacarse de la regulación anterior la expresa posibilidad que tenía el tercer poseedor de modificar el domicilio designado por el deudor.

Por lo que respecta a la regulación actual, la finalidad del artículo 683 de la LEC es asegurar, en la medida de lo posible, que de las comunicaciones de una ejecución hipotecaria o prendaria tenga efectivo conocimiento el deudor, el hipotecante o el tercer poseedor, dejando por tanto la notificación a través de los edictos como medio residual y en último extremo, porque así lo ha señalado el TC. Se evitaría así una posible indefensión al presunto notificado. Cuando el artículo 683 de la LEC prohíbe el cambio de domicilio del deudor o del hipotecante no deudor, se refiere al domicilio *ad litem* y no al voluntario. Si cambia el domicilio voluntario sin cumplir lo preceptuado en este artículo 683, recibirá las notificaciones y requerimientos no en el nuevo domicilio, sino en el domicilio que figura en la escritura, y por tanto no podría oponerse eficazmente.

Así las cosas, puede modificarse el domicilio fijado en la escritura de constitución de la hipoteca e inscrito en el Registro por el deudor, por el hipotecante no deudor y por el tercer poseedor, durante la subsistencia de la hipoteca. El cambio implica que se haga constar en el Registro por medio de acta notarial, que se inscribirá como nota al margen de la hipoteca. Por tanto, la modificación del domicilio debe hacerse en escritura pública, porque el domicilio originario también figuraba en ese mismo instrumento. Del acta notarial en que figure el cambio de domicilio debe tener conocimiento el acreedor, también a través de acta notarial. Esas dos actas (que normalmente será una única acta) constarán en nota marginal en la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, constando así en el Registro el cambio

Ejecución de hipoteca y prenda. Textos legales, comentarios y formularios, Comares, Granada, 2001, págs. 307 y 308).

(141) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., págs. 328 y 329.

de domicilio. De esta manera, si la modificación no consta en el Registro, no sería válido el cambio de domicilio, a pesar de que constase en acta notarial. Asimismo, cuando se requiere el consentimiento del acreedor para el cambio de domicilio, es necesario que el acta de modificación del domicilio sea remitida al acreedor y éste preste su consentimiento, puesto que de otra forma no sería admisible la nota marginal. Pero a juicio de algún sector doctrinal, este consentimiento puede ser tácito, acudiendo a lo regulado en el artículo 204 del RN, que permite el consentimiento tácito en las notificaciones notariales (142). Además, a los terceros adquirentes de bienes hipotecados se les aplicarán estas mismas reglas. No obstante, entendemos que puede dudarse de la constitucionalidad del artículo 683.1.1.^a de la LEC, al privar al deudor o al hipotecante no deudor, e incluso al tercer poseedor de la libertad de cambio del domicilio, al tener que contar con la conformidad del acreedor.

El artículo 683.1 de la LEC establece dos reglas diferentes para el cambio de domicilio en el caso de la hipoteca inmobiliaria, según sea o no necesario el consentimiento del acreedor para que se produzca este cambio. Podrá producirse el cambio con la sola voluntad del deudor, del hipotecante no deudor o del tercer poseedor, puesta en conocimiento del acreedor, en caso de hipoteca naval y para los bienes inmuebles, cuando el nuevo domicilio esté dentro de la misma población del que se hubiese designado en la escritura o de cualquier otra que esté enclavada en el término (municipal) donde radican las fincas y que sirve para determinar la competencia del Juzgado. Por el contrario, será necesario el consentimiento del acreedor para practicar el cambio del domicilio en el caso de la hipoteca mobiliaria, y para la hipoteca inmobiliaria cuando el nuevo domicilio no esté dentro de la misma población del que se hubiese designado en la escritura o cuando esa población no esté enclavada en el término (municipal) donde radican las fincas y que sirve para determinar la competencia del Juzgado.

En este supuesto no es posible aplicar el artículo 51.9.e) del RH, introducido por la reforma reglamentaria del Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, puesto que contradice lo preceptuado por la LEC, norma de rango superior. El citado artículo del Reglamento Hipotecario señala que en cualquier momento, el titular inscrito podrá instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio a efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito. De la lectura de este precepto DOMÍNGUEZ LUELMO (143) entiende que este artículo se refiere a las circunstancias personales de transmitente y adquirente que deben constar en la

(142) Así lo ha considerado BARBANCHO TOVILLAS, *Comentarios...*, cit., págs. 3092 y sigs.

(143) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 683 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3389.

inscripción, cuando no puede haber perjuicio para tercero. A este respecto señala GARCÍA GARCÍA que este precepto reglamentario tendría aplicación en el procedimiento judicial sumario (llamado ahora procedimiento de ejecución hipotecaria) o en el juicio ejecutivo para los acreedores o titulares de derechos reales posteriores a la hipoteca, pero no para el requerimiento o notificación al deudor, tercer poseedor e hipotecante no deudor, puesto que la Ley Hipotecaria en su artículo 130, antes de la reforma, lo regulaba en forma concreta, al igual que el actual artículo 683 de la LEC (144).

DOMÍNGUEZ LUELMO comparte acertadamente la opinión de GARCÍA GARCÍA y añade que el precepto aplicable, en su caso, sería el artículo 226.1.^a del RH, ya que la reforma de los artículos 129 y siguientes de la LH efectuada por la Disposición Final Novena de la LEC 1/2000, no recoge ninguna referencia a la cuestión. De acuerdo con este precepto del Reglamento Hipotecario, el cambio de domicilio del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria deberá ser puesto en conocimiento del acreedor hipotecario. Pero tanto ese conocimiento, como la conformidad necesaria no producirán efecto alguno para la tramitación del procedimiento sumario si no se hubiesen hecho constar por nota al margen de la inscripción o inscripciones correspondientes. Por tanto, el artículo 226.1.^a del RH, al ser norma de rango inferior no puede contradecir lo dispuesto en el artículo 683 de la LEC, por cuanto el número dos del artículo 683 de la LEC ha suprimido la necesidad del conocimiento del acreedor del cambio de domicilio. Lo único que puede aclarar el artículo 226.1.^a es que el cambio de domicilio y, en su caso, la conformidad del acreedor cuando sea necesaria, no surte efectos para la ejecución hipotecaria mientras no se hagan constar por nota marginal de la inscripción de hipoteca, no bastando la simple constancia en acta notarial, debido a que van a afectar a terceros y puesto que el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene su base exclusivamente registral (145). En cambio, en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del acreedor para que se produzca el cambio del domicilio, no será necesario tampoco su conocimiento del mismo, aunque bien es cierto que si el acreedor quiere saber si se ha producido un cambio de domicilio, bastará con que efectúe la consulta del Registro, pues el cambio producido constará por nota al margen de la inscripción de la hipoteca.

(144) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 83 y 84.

(145) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 683 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3389; GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 83 y 84.

VII. CAMBIO DE DOMICILIO EN EL CASO DE LA HIPOTECA MOBILIARIA

Debe destacarse que el artículo 13.5.º de la LHMPSDP determina que el domicilio para requerimientos y notificaciones al deudor, y en su caso, al hipotecante no deudor, debe fijarse en la escritura de constitución de hipoteca, tal y como ocurre con la hipoteca inmobiliaria, con la diferencia de que en la hipoteca mobiliaria se alude expresamente al hipotecante no deudor. En estos casos de hipoteca mobiliaria, el artículo 683.1.2.º de la LEC establece que siempre se precisará para el cambio la autorización del acreedor, puesto que no sólo cambia de domicilio el deudor, sino también el bien que garantiza el crédito, por lo que el acreedor debe conocer en todo momento la situación exacta donde se encuentra el bien. Y se habla de que será necesario el «consentimiento» del acreedor (146), no bastando la simple «conformidad» como en el caso de la hipoteca inmobiliaria, lo cual planteaba ya dudas de constitucionalidad, más pronunciadas por tanto en la mobiliaria. Asimismo, de acuerdo con el artículo 683.2 de la LEC, el cambio de domicilio de notificaciones y el consentimiento del acreedor deberá hacerse constar en acta notarial y además se anotará en el Registro correspondiente mediante nota marginal.

VIII. CAMBIO DE DOMICILIO EN LOS SUPUESTOS DE HIPOTECA NAVAL

La Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, en sus artículos 39 a 51 regulaba un proceso especial de ejecución. La LEC 1/2000, ya hemos señalado que no ha suprimido este proceso especial de ejecución, pues lo que ha hecho ha sido unificarlo junto con el que existía para la hipoteca inmobiliaria, y actualmente podemos decir que existe un solo proceso especial de ejecución hipotecaria, que comprende tanto la hipoteca inmobiliaria como la hipoteca naval y la hipoteca mobiliaria. Y por lo que respecta a la aplicación de este procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en los artículos 681 y siguientes de la LEC, diremos que se utiliza en los dos primeros casos señalados en el artículo 39 de la LHN, esto es, al vencimiento del plazo para la devolución del principal o de los intereses, de acuerdo con lo previsto en el artículo 681.2 de la LEC (147).

(146) Lo mismo se recogía en el artículo 82.1 de la LHMPSDP.

(147) Cfr. MONTERO AROCA, *El nuevo proceso...*, cit., pág. 881.

En cuanto al domicilio de los buques («home port»), es un dato que sirve para identificar el buque, y normalmente viene a coincidir con el del puerto donde el buque está registrado. Destacar que en España el domicilio equivale a la matrícula, entendiéndose por puerto de matrícula de un buque, o simplemente matrícula, el de la capitanía marítima donde se halle registrado (art. 12 del Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo). Por tanto es muy importante saber cuál es el domicilio de los buques. Además, el titular del buque tiene la facultad de elegir libremente el puerto de matriculación del mismo, pero una vez realizada la matrícula definitiva, ésta tendrá el carácter de permanente e invariable mientras el buque conserve el derecho a enarbolar el pabellón nacional (art. 13 del Real Decreto 1027/1989) (148).

Por lo que al cambio de domicilio en los casos de hipoteca naval se refiere, ya hemos señalado que el artículo 683.1.3.^a de la LEC establece lo mismo que el derogado artículo 41 de la LH, es decir, se puede cambiar el domicilio con la simple puesta en conocimiento de este hecho al acreedor. No se precisa el consentimiento del acreedor para el cambio de domicilio, porque es propio de un navío por su naturaleza, el cambiar constantemente de situación, pero sí que se le haga saber el cambio. Otra cosa diferente es que ese cambio se haga constar en el Registro de Bienes Muebles, pues el cambio de domicilio no surtirá efectos si no se ha realizado por acta notarial, y además, se debe hacer constar por nota al margen de la inscripción de la hipoteca del buque en la Sección 1.^a del Registro de Bienes Muebles. A juicio de DOMÍNGUEZ LUELMO (149) es más dudoso que el cambio de domicilio deba hacerse constar también en el Registro de Buques y Empresas Navieras (150).

(148) Cfr. GABALDÓN GARCÍA, J. L. y RUIZ SOROA, J. M., *Manual de derecho de la navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 182.

(149) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 683 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3392.

(150) No obstante, el artículo 75.4 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, determina que el régimen de inscripción en el Registro de Buques y Empresas Navieras no exime de la obligación de inscripción en otros Registros Públicos, sobre todo en la Sección Primera del Registro de Bienes Muebles, dedicada a Buques y Aeronaves. Pero este Registro no se ocupa tan sólo a dar publicidad de los derechos reales, y el administrativo tampoco se limita a los aspectos técnicos o de identificación del buque. Por ello, debido a la coordinación y armonía existente entre ambos Registros, cuando se haga constar en el Registro Mercantil de Buques el cambio de domicilio, se debe notificar dicho cambio al Registro de Buques y Empresas Navieras.

IX. LOS CAMBIOS DE DOMICILIO DEL TERCER POSEEDOR. LA NOTIFICACIÓN DEL ARTICULO 689 DE LA LEC

A) ¿QUIÉN ES EL TERCER POSEEDOR?

Es evidente que el deudor es el sujeto pasivo de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, es decir, es el obligado personalmente al pago del crédito, prescindiendo de su carácter hipotecario. También se le denomina hipotecante, pues como decimos es el sujeto pasivo de la hipoteca. El hipotecante no deudor es la persona que concurre al acto de constitución de la hipoteca, ofreciendo un bien propio como garantía de una deuda ajena por la que no está obligado personalmente. Pero donde surgen mayores problemas es a la hora de determinar a quién podemos considerar como tercer poseedor. Consideramos que la figura del tercer poseedor y la del tercer adquirente son la misma, siendo aquella persona que adquiere la propiedad del inmueble que fue hipotecado por su transmitente. Es por tanto una persona ajena a la deuda garantizada con la hipoteca, a pesar de la responsabilidad que tiene la finca sobre la deuda. Por ello, el tercer poseedor deberá soportar la ejecución forzosa y la realización de la finca que adquirió, por lo que el requerimiento de pago realmente es para él una notificación. Pero también tiene unos derechos, como el de poder satisfacer la deuda reclamada, liberando así la finca que adquirió con el gravamen (151).

B) CAMBIO DE DOMICILIO DEL TERCER POSEEDOR

ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, sobre la base de la legislación anterior a la LEC 1/2000, señalaban que el domicilio fijado en la escritura de constitución de la hipoteca para requerimientos y notificaciones al deudor era también aquel donde debían verificarse los requerimientos y notificaciones al tercer poseedor [entendiendo este concepto en sentido amplio —se ha considerado incluso que el concepto de tercer poseedor comprende también al de hipotecante no deudor— (152)]. Por lo tanto, era un domicilio que fijaba el deudor y que era único para él mismo y para el tercer poseedor. Así se desprendía del artículo 131, reglas 3.^a (párrafo segundo) y 4.^a de la LH. Pero

(151) Cfr. JURADO JURADO, *Procedimiento de ejecución...*, cit., pág. 211. En cambio discrepa, cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, *Notificaciones...*, cit., págs. 14 y 15. Y para LÓPEZ LIZ, el tercer poseedor es «el adquirente registral, total o parcial, de finca hipotecada, que asume y queda obligado al pago de la deuda hipotecaria» (cfr. LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., págs. 480 y 481).

(152) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 193 y 194.

el tercer poseedor podía cambiar el domicilio designado por el deudor, lo cual se recogía expresamente en el último párrafo del artículo 130 de la LH. Y así se entendía en la legislación anterior que en el procedimiento judicial sumario el domicilio era único no sólo para el deudor y el tercer poseedor, sino también para el hipotecante no deudor, en el caso de que el crédito se hubiese formalizado en la misma escritura en la que se constituyó la hipoteca por el hipotecante no deudor y si solamente se fijaba un domicilio. Y si el fiador real vendía después la finca hipotecada, el comprador que fuera tercer poseedor debería ser notificado y requerido en dicho domicilio inicialmente fijado, que también lo era para el deudor. Pero si primero se formalizaba el crédito y luego se constituía la hipoteca por el fiador real en escritura separada en garantía de aquél, el domicilio sería el que se fijase en esa escritura para requerimientos y notificaciones, tanto para el deudor como para el hipotecante no deudor (153).

Además, cuando la hipoteca se constituye por el promotor o el constructor sobre todos y cada uno de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en estos casos lo habitual es señalar como domicilio para requerimientos y notificaciones el piso o local correspondiente, es decir, la finca hipotecada, por lo que los requerimientos y notificaciones se verificarán en esa finca, en caso de ejecución judicial de la misma. Pero si en vez de fijar como domicilio la finca hipotecada se fija el domicilio del promotor o constructor, los requerimientos y notificaciones no podrán hacerse en dicha finca ni tampoco a los que se hubieren subrogado en la deuda hipotecaria, puesto que los requerimientos y notificaciones se practicarían en el domicilio del promotor o constructor. Pero a pesar de ello, el tenor literal de la ley se habría cumplido, por lo que para salvaguardar su derecho, los compradores y subrogados deberían haber ejercitado el derecho de cambiar el domicilio señalando uno nuevo en el que puedan recibir todos los requerimientos y notificaciones, pues si no realizan este cambio de domicilio, el requerimiento practicado en el domicilio designado originalmente en la escritura de hipoteca priva de efectividad *per se* a la correspondiente diligencia, con la consiguiente indefensión de los demandados. De cualquier manera, consideramos que el promotor o constructor no tiene la obligación de dar traslado de la comunicación o requerimiento al titular subrogado si este no ha cambiado de domicilio para efectuar los requerimientos y notificaciones, pues pudiendo efectuar el cambio, el interesado no lo hizo. No obstante, actualmente tras la LEC 1/2000 será muy difícil que el tercer poseedor pueda alegar indefensión por falta de comunicación del procedimiento, pues el artículo 689 de la LEC establece que si de la certificación registral la persona que aparece con la

(153) Cfr. ROCA-SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IX, cit., págs. 327 y 328.

última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago ni notarial ni judicialmente, deberá notificársele la existencia del procedimiento en el domicilio que conste en el Registro, y de acuerdo con el artículo 683.3 de la LEC, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición, que no será nunca el domicilio del constructor o promotor del inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal.

Sobre esta cuestión MONTERO AROCA comentaba que se había empezado a cuestionar la constitucionalidad de la regla 5.^a, I, del artículo 131 de la LH, puesto que se establecía que la notificación al tercer poseedor se realizaría en el domicilio que figurase en el Registro fijado con anterioridad por el deudor o por el promotor o constructor como acabamos de ver en los casos de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, y no el real del tercer poseedor. En estos casos, si el tercer poseedor había puesto en conocimiento del acreedor su adquisición de la finca, y además su domicilio real, debería entenderse que la notificación si se realiza en el domicilio fijado por el deudor en la escritura de constitución de la hipoteca es una ficción, ya que el tercer poseedor no llegaría a tener conocimiento de la existencia del procedimiento judicial sumario (154). Pero la declaración de nulidad del precepto no llegó a producirse, y en estos casos podría apreciarse mala fe del acreedor hipotecario, porque realiza el requerimiento de pago en el domicilio que figura en el Registro fijado por el deudor a sabiendas de la adquisición del inmueble por el tercer poseedor. Por ello, si no quiere que se aprecie esa mala fe, el acreedor hipotecario debería practicar la notificación en el domicilio real de este tercer poseedor, del cual tiene conocimiento porque previamente le dio a conocer su condición de tercer poseedor así como su domicilio, a los efectos de ser notificado de la ejecución hipotecaria sobre el inmueble.

Así pues, el artículo 130 de la LH, en su apartado 7.º, en la anterior redacción que tenía antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, disponía que «todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio fijado al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados y, en su defecto, quedará subsistente el que aparezca en el Registro». Este precepto por tanto parecía que permitía al tercero adquirente cambiar el domicilio consignado por el deudor o por el hipotecante no deudor en la escritura de constitución de la hipoteca, por lo que este domicilio a efectos de notificaciones podría no ser el del deudor, el cual no podría tener conocimiento de los requerimientos y notificaciones.

En estos casos no habría problema cuando el tercero se subrogase en la deuda, pues no supondría nada la falta de conocimiento por parte del deudor

(154) Cfr. LÓPEZ LIZ, *El procedimiento...*, cit., págs. 420 y sigs.; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 328 y sigs.

de los requerimientos y las notificaciones, ya que el deudor sería el tercer adquirente de la finca. Pero sí habría problemas cuando fuese un tercer poseedor que no se hubiese subrogado en la deuda. No obstante lo cual, algún sector doctrinal, basándose en la STS de 30 de octubre de 1992 (155), entiende que no se puede apreciar inconstitucionalidad parcial sobrevenida del artículo 130 de la LH, ya que el nuevo titular de la finca encontraba en la Ley Hipotecaria (el mismo art. 130, párrafos tercero y cuarto) y en el Reglamento Hipotecario (art. 226) mecanismos para evitar su indefensión, pudiendo para ello modificar el domicilio fijado por el deudor cumpliendo determinados requisitos, y no podría verse sorprendido por la existencia del procedimiento judicial sumario, puesto que además conocía por el Registro el lugar donde se le iban a practicar las notificaciones (156). En estos casos, cuando el tercer adquirente pretendiese modificar el domicilio fijado previamente por el deudor, no podría alterarlo cuando no asumiese la cualidad de deudor, para no provocar al deudor indefensión, pues no le llegarían los requerimientos ni las notificaciones.

Pero en la actualidad el artículo 683.3 de la LEC establece que el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados, a efectos de requerimientos y notificaciones, será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición, domicilio que pueden cambiar mediante acta notarial e inscripción en el Registro, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca. En estos casos la finalidad de la notificación es la misma que la del requerimiento, puesto que pone en conocimiento del nuevo titular la existencia del procedimiento de ejecución para que pueda adoptar las medidas que estime oportunas a fin de evitar la venta en pública subasta del bien hipotecado. Por ello, con lo previsto en el artículo 683.3 de la LEC se subsana el error que había sido denunciado por la doctrina como acabamos de ver durante la vigencia de los anteriores artículos 130 y 131 de la LH, pues se había señalado que a pesar de que expresamente no se señalase en el texto de la ley que el tercer poseedor debe fijar un domicilio como el deudor a los efectos de requerimientos y notificaciones, esa omisión no derivaba en que el tercer poseedor debía ser requerido en el domicilio fijado por el deudor. Se interpretaba sistemáticamente el último apartado del artículo 130 de la LH cuando señalaba que «todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrase fijado al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados, y, en su defecto, quedará subsistente el que aparezca en el Registro». Por ello, si el adquirente podía variar el domicilio fijado, tendría derecho a fijarlo previamente, al igual que el hipotecante, pero el tercer adquirente no podría alterar el que fijó el deudor

(155) 8403.

(156) Cfr. UCEDA OJEDA, *El artículo 131...*, cit., pág. 790.

cundo no asumiese precisamente la cualidad de deudor. No obstante, si el tercer poseedor no fijase un domicilio a los efectos de requerimientos y notificaciones, debería requerírsele en el domicilio que constase en el Registro y que haya sido designado previamente por el deudor (157).

El tercero adquirente no podrá cambiar el domicilio fijado por el deudor o el hipotecante no deudor, porque el deudor es siempre parte legitimada pasivamente en el procedimiento y debe por ello ser notificado. Lo que sucede es que el tercero adquirente podrá fijar su propio domicilio, que podrá cambiar en todo momento cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 683.2 de la LEC, a efectos de requerimientos y notificaciones, constando por tanto dos domicilios, el del deudor y el del tercer poseedor, los cuales serán requeridos en domicilios distintos. Es por ello que el legislador, consciente de las dificultades que planteaba la anterior regulación, regula de forma unitaria la posibilidad del cambio del domicilio introduciendo en un mismo precepto, es decir, en el artículo 683 de la LEC dicho cambio, incluso por parte del tercer poseedor. La novedad no es tanto admitir el cambio de domicilio en el artículo 683 de la LEC, sino que expresamente se reconozca la existencia de un domicilio designado precisamente por el tercer poseedor (158).

En cambio, GARCÍA GARCÍA discrepa de la doctrina mayoritaria, y tal y como señalamos al referirnos a la necesidad o no del consentimiento del acreedor sobre el cambio del domicilio del deudor, para el caso del tercer poseedor igualmente entiende que el artículo 51.9.a) del RH no sería aplicable, por vulnerar lo preceptuado en el derogado artículo 130 de la LH, y por tanto no podría admitirse que el cambio de domicilio se efectuase fijando el tercer poseedor un domicilio en la escritura de compraventa concertada con el deudor, ya que debe intervenir en dicho cambio el acreedor, por notificación o participación, según los casos. Y ello a pesar de que en la inscripción de la escritura de compraventa de la finca hipotecada figurase ese domicilio, ya que no sería un domicilio para requerimientos y notificaciones a efectos del procedimiento ejecutivo hipotecario, sino a otros efectos, puesto que ya está fijado otro domicilio para dicho procedimiento de ejecución hipotecaria (159). Pero debemos seguir a MONTERO AROCA (160) y al resto de la doctrina y entender sobre la base de lo preceptuado en el artículo 683.3 de la LEC, que el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones del tercer poseedor es el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición y no el designado en la escritura de constitución de la hipoteca. Y ese domicilio del tercer poseedor es aquél al que se refiere el artículo 51.9.^a-a)

(157) Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, *Notificaciones...*, cit., pág. 20.

(158) Cfr. BARBANCHO TOVILLAS, *Comentarios...*, cit., pág. 3094.

(159) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 83 y 84.

(160) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 494 y 495.

del RH. Y naturalmente el tercer poseedor también podrá modificar ese domicilio, siguiendo los trámites establecidos legalmente al efecto. Además, el hipotecante no deudor y el deudor mantendrán el domicilio que hayan fijado en la escritura de constitución de hipoteca a los efectos de los requerimientos y notificaciones que se produzcan en la ejecución hipotecaria.

C) DOMICILIO DE LA NOTIFICACIÓN AL TERCER POSEEDOR

Debe notificarse al tercer poseedor la existencia del procedimiento, puesto que en caso contrario, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, pues se le privaría de un derecho sin permitirle intervenir en el procedimiento. Efectivamente, debido a que el tercer poseedor va a sufrir las consecuencias de la ejecución sobre la finca que civilmente le pertenece, debe dársele la opción de evitar esa ejecución (161). Además, a mayor abundamiento, por aplicación del principio registral del tracto sucesivo, el procedimiento debe dirigirse contra el tercer poseedor, cumpliéndose todos los trámites aseguradores de la defensa de sus intereses, ya que en caso contrario no sería inscribible la adjudicación, al resultar incumplido el exigido enlace entre el acto cuya inscripción se pretende y los derechos del titular registral. Así lo recogen las RDGRN de 24 de agosto de 1981 y de 30 de junio de 1989 (162). Y es que tampoco serían canceladas sus respectivas inscripciones si el procedimiento no se hubiese seguido contra ellos, tal y como se prevé en los artículos 175.2 y 225 del RH (163).

El artículo 689 de la LEC preceptúa que el domicilio para la notificación al tercer poseedor es el domicilio del tercer poseedor que conste en el Registro. Este mismo criterio lo recoge la regla 2.^a del artículo 84 de la LHMPSPD, para este tipo de garantías.

Aquí el tratamiento de esta cuestión difiere de lo que expresaba el artículo 131, regla 5.^a de la LH, que se remitía a la regla 3.^a, es decir, se efectuaba la notificación en el domicilio que resultase vigente en el Registro, efectuándose así una remisión al domicilio del artículo 130, esto es, al fijado por el deudor en la escritura de constitución de la hipoteca. Ello podría suponer problemas de indefensión, puesto que podía suceder que el tercero no llegara a tener conocimiento de la existencia del procedimiento, a pesar de haber puesto

(161) Cfr. ANDERSON, M., «La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: una réplica», en *La Ley*, núm. 5606, 6 de septiembre de 2002, pág. 2.

(162) *RJ* 3271 y 4912, respectivamente.

(163) Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES y DÍAZ GONZÁLEZ, *La constitucionalidad...*, cit., págs. 237 y 238.

en conocimiento del acreedor su adquisición de la finca y su domicilio real. Pero finalmente no se declaró la inconstitucionalidad de esta norma (164).

Por lo que respecta a los cambios de domicilio, el artículo 683 de la LEC establece para el caso del deudor lo mismo que determinaba el artículo 130 de la LH. Pero el precepto procesal además se refiere de forma expresa al hipotecante no deudor, y por lo que respecta al tercer poseedor, señala que el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición, cambiando el régimen anterior en beneficio del tercer poseedor, puesto que de acuerdo con el anterior artículo 130 de la LH, el tercer poseedor debía cambiar el domicilio inicialmente fijado por el deudor si quería que los requerimientos y notificaciones se practicasen en su propio domicilio. Por ello, podía suceder que el tercer poseedor no fijase un domicilio propio y el procedimiento se desarrollaría sin su conocimiento, siendo legales las notificaciones efectuadas en el domicilio del deudor. Pero en la actualidad y sin necesidad de cambio de domicilio, el tercer poseedor será notificado y requerido en el domicilio que hizo constar en su título de adquisición y que como tal resulta inscrito. Si el tercer poseedor quiere cambiar ese inicial domicilio, deberá hacerlo de acuerdo con lo previsto en el artículo 683.3 de la LEC.

En la actualidad, puesto que el artículo 689.1 de la LEC establece que la notificación se hará en el domicilio que conste en el Registro, si lo ponemos en relación con lo regulado en el artículo 683.3 de la LEC, el domicilio para las notificaciones y requerimientos del tercero adquirente será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición, el cual se habrá hecho constar según lo establecido en el artículo 51.9.^a del RH (por supuesto, en la redacción efectuada por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre). Es decir, el requerimiento al tercer poseedor se practicará en el domicilio que haya designado en su título adquisitivo como domicilio para que en él se efectúen los requerimientos y notificaciones. Pero en el supuesto en que no se haya designado ningún domicilio de forma expresa, el domicilio donde deberán practicarse los requerimientos y notificaciones al tercer poseedor será el establecido en la regla 9.^a del artículo 51 del RH, según el cual en las inscripciones extensas a las que se refiere el artículo 9 de la LH, entre otras circunstancias debe constar el domicilio de la persona a cuyo favor se practique la inscripción.

En el procedimiento general de ejecución se mantienen el mismo criterio, puesto que los artículos 659 y 660 de la LEC expresan que la notificación debe hacerse por parte del Registrador (antes la notificación la efectuaba el

(164) Ver en este sentido, las SAP de Barcelona, de 14 de febrero de 1990 (Base de Datos la Ley, @49/1990, marginal 111), y la del TS de 23 de octubre de 1992 (*RJ* 8403), en el mismo proceso.

Juzgado) en el domicilio que conste en el Registro (debiendo tenerse en cuenta lo preceptuado en el art. 166.12.^a del RH). Asimismo, si el domicilio no figura en el Registro, el Registrador no puede hacer la notificación, pues el último inciso del primer párrafo del artículo 659 de la LEC establece que el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, «siempre que su domicilio conste en el Registro». Todo ello sin perjuicio de la aplicación de los artículos 155, 156 y 157 de la LEC, relativos a la determinación y búsqueda del domicilio.

D) FORMA DE LA NOTIFICACIÓN EFECTUADA AL TERCER POSEEDOR

Respecto a la forma de la notificación, en la actualidad deben observarse las reglas generales previstas en los artículos 149 y siguientes de la LEC, pero con las matizaciones recogidas en el artículo 686 de la LEC. Así, se remitirá el acto de comunicación al domicilio que conste en el Registro, mediante correo o cualquier otro medio técnico que deje constancia fehaciente en los autos de la recepción, de su fecha y del contenido de la comunicación (art. 160 de la LEC). Pero por aplicación de los artículos 155, 156 y 157 de la LEC deberá intentar buscarse el domicilio efectivo del tercer poseedor. En el supuesto de que esta notificación resulte fallida, se procederá a la comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o de cédula regulada en el artículo 161 de la LEC, y como último sistema y por ello subsidiario, podrá acudir a la notificación a través de edictos (art. 164 de la LEC) (165).

X. LA NOTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A OTROS TITULARES

A) INTRODUCCIÓN

De lo regulado en el artículo 689 de la LEC se desprende que la notificación de la existencia del proceso debe realizarse al tercer poseedor y además a los acreedores posteriores, es decir, a los titulares de derechos de cualquier naturaleza sobre el bien hipotecado. Sobre esta cuestión debemos destacar que la notificación del artículo 689.2 de la LEC debe hacerse no sólo a los acreedores constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, sino también a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto, unas u otros, a la hipoteca del actor. También a los

(165) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 687 y sigs.

anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad. Esto en relación con el artículo 225 del RH, pues de acuerdo con la Disposición Derogatoria Única 3 de la LEC, el artículo 225 del RH se encuentra vigente porque no se opone ni es incompatible con lo dispuesto en la nueva LEC. Pero dentro de los titulares posteriores que podrían encontrarse comprendidos en la certificación de cargas, se encontrarían, además de los titulares de cargas o derechos reales propiamente dichos, los titulares de anotaciones preventivas de embargo y de otro tipo, como las de demanda y los titulares de cargas o derechos reales comprendidos en la certificación pospuestos a la propia hipoteca que sirve de base a la ejecución a través de la negociabilidad de rango. También tendrá derecho a que se le notifique el acreedor hipotecario de una hipoteca unilateral pendiente de aceptación (166). En cambio, de acuerdo con el actual artículo 131 de la LH, a los titulares de inscripciones o anotaciones anteriores no se les realiza la notificación.

El Registrador es el encargado de notificar a los titulares de derechos y acreedores posteriores a la hipoteca en los domicilios que consten en el Registro la existencia del procedimiento de ejecución, para que puedan intervenir si lo desean en la ejecución. Estos terceros pueden pedir que se les exhiban los autos y con ellos se entenderán las actuaciones posteriores, pudiendo con anterioridad a la aprobación del remate liberar el bien satisfaciendo lo que se daba al acreedor por el principal, intereses y costas, de acuerdo con el artículo 682, números 1 y 3. Si los acreedores posteriores pagan las responsabilidades, quedarán subrogados en los derechos del acreedor ejecutante, debiendo inscribir esa subrogación al margen de la inscripción de la hipoteca expidiéndose mandamiento judicial para ello (167).

Si la notificación no se produce a los titulares de cargas o gravámenes posteriores, la consecuencia inmediata será la nulidad del procedimiento, al igual que sucedía cuando no se practicaba la notificación al tercer poseedor, según ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal. Y ello a pesar de que la STS de 20 de junio de 1956 (168) mantiene lo contrario, al igual que la RDGRN de 1 de julio de 1997 (169), que estimaban que no se producía indefensión porque el titular de una carga o gravamen posterior al embargo

(166) Vid. más ampliamente, MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., pág. 702; JURADO JURADO, *Procedimiento...*, cit., págs. 222 y sigs.

(167) Cfr. MIRABELL GUERIN, *La ejecución...*, cit., pág. 1606.

(168) *RJ* 2499.

(169) *RJ* 5785.

tenía la posibilidad de conocer la existencia del embargo por su constancia registral. Acorde con el planteamiento que defendemos, la nulidad se produciría, sin perjuicio de que pudieran tener conocimiento del procedimiento por otros medios, tal y como afirmaba la STS de 7 de abril de 1997 y la RDGRN de 24 de agosto de 1981 (170).

B) DOMICILIO Y FORMA DE LA NOTIFICACIÓN

Como es lógico, esta notificación que debe realizar el Registrador de la existencia de la ejecución, está supeditada a que el domicilio de los titulares de asientos posteriores al del ejecutante conste en el Registro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 659.1 de la LEC. En cuanto al lugar en el que han de hacerse las notificaciones a los acreedores y titulares de derechos reales posteriores a la hipoteca, GARCÍA GARCÍA analizando la regla 5.^a del derogado artículo 131 de la LH, entendía que no se les notificaba a esos titulares en el domicilio pactado en la escritura de la hipoteca, puesto que ese domicilio sólo servía para el deudor, para el hipotecante no deudor y para el tercer poseedor. Por tanto, por lo que a las notificaciones a estos titulares se refiere, debía estarse a lo que preceptuaba la LEC. Lo mismo entendía LÓPEZ LIZ, para el que si en la certificación registral que obraba en los autos constaban los domicilios de los acreedores posteriores, en ellos debían practicarse las notificaciones. Y basaba su argumento en la STC de 20 de abril de 1988 (171), que consideraba preferente realizar la notificación en el domicilio real, si éste constaba en la certificación registral, antes que realizar la notificación a través de edictos. Además, para GARCÍA GARCÍA esta solución podía dificultar la tramitación del procedimiento judicial sumario, sobre todo cuando existiesen muchos titulares de asientos posteriores. Y en el supuesto en que no constasen los domicilios y no pudiera efectuarse la notificación personal en el domicilio del interesado, se acudiría a la notificación por cédula. Y cuando no pudiera practicarse así la notificación por desconocerse el domicilio de la persona que debía ser notificada, se acudiría a la notificación a través de edictos, tal y como lo establecía la LEC de 1881 (172). Pero antes de realizar la notificación por edictos, debían tenerse en cuenta que si constaban los domicilios en la certificación registral que regulaba la regla 4.^a del antiguo artículo 131 de la LH (regulado actualmente en los arts. 688 y 656 de la LEC

(170) RJ 2739 y RJ 3271, respectivamente.

(171) RTC 72.

(172) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 223 y 224; MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 711 y sigs.; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., págs. 442 y 457 y sigs.

1/2000), deberían realizarse en ellos la notificación, aplicando la STC de 20 de abril de 1988 (173), que consideró que era preferente que se realizase la notificación en el domicilio real, si constaban en la certificación registral, antes que proceder a la notificación por edictos, a fin de que pudieran defender sus derechos y no se causare indefensión.

Pues bien, en la modificación de la LEC efectuada por la Ley 10/1992, se dio una nueva redacción al artículo 51.9 del RH (por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre) y se impuso con carácter obligatorio la constancia del domicilio en las inscripciones, tanto de personas físicas como jurídicas. Además, el artículo 51.1.e) del RH permite en cualquier momento al titular inscrito instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio a efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito. Este artículo no puede ser utilizado para cambiar el domicilio del deudor o hipotecante no deudor, que se haya fijado en la escritura de constitución de la hipoteca, según lo establecido en el artículo 682.2.2.º de la LEC (174). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior, constará en la inscripción el domicilio de los titulares de cargas o de derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca, y en ese domicilio es donde tendrán que practicarse las notificaciones a que se refiere el artículo 689 de la LEC sobre la existencia del procedimiento.

Por lo tanto, debido a la remisión que efectúa el artículo 689.2 de la LEC a los artículos 659 y 660 de la LEC, que son normas generales del proceso de ejecución ordinario de bienes inmuebles, el Registrador debe comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas, siempre que su domicilio conste en el Registro (art. 116.12.ª del RH). Así, cuando en el Registro no figure un domicilio, no puede efectuarse la notificación. No obstante, en la actualidad es posible que si no consta el domicilio en el Registro de los titulares de derechos o cargas posteriores a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, deberemos estar a lo previsto en el artículo 660.1 de la LEC, según el cual, si el domicilio no constare en el Registro, el Registrador practicará la comunicación mediante edicto en el tablón de anuncios del Registro, publicándose durante un plazo de quince días. Además, al titular de derechos debe hacersele la advertencia de que no consta su domicilio para que lo señale posteriormente, a los efectos de que no tenga que acudir en el futuro a una comunicación edictal que conlleve menores garantías (175).

(173) *RTC* 72.

(174) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 689 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3477, nota 20.

(175) Cfr. JURADO JURADO, *Procedimiento...*, cit., págs. 230 y 231.

Un problema que puede surgir es que de acuerdo con el artículo 660.2 de la LEC la ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución. A juicio de DOMÍNGUEZ LUELMO, si no ha existido notificación al acreedor posterior, debe ponerse de relieve antes de la subasta, ya que así lo exige el artículo 691.1 de la LEC, de manera que el Juez debe advertirlo a los interesados. Si éstos no tienen interés en pagar la deuda o participar en la subasta, la ejecución puede seguir adelante. Si ya se efectuó la subasta y consienten lo actuado, la ausencia de notificación quedará subsanada. Pero en caso contrario, del artículo 660 de la LEC se deduce que se incurriría en nulidad de las actuaciones (176). Sobre esta cuestión, MONSERRAT VALERO considera que si el interesado paga la deuda o está dispuesto a pagar una cantidad más alta que aquélla por la que fue adjudicada la finca no habría tal nulidad (177). En torno a esta cuestión, LÓPEZ LIZ entiende que es mejor solución ofertar un precio de subasta superior al de la adjudicación, abriendo así una especie de subasta restringida entre el adjudicatario y el interesado, que anular y repetir la subasta (178). MONTERO AROCA también se ha pronunciado sobre esta cuestión y considera que la no realización de la notificación registral por no constar en el Registro un domicilio, o bien el fracaso de la notificación por su devolución, según el artículo 156 de la LEC, obligan al Juzgado a intentar la averiguación del domicilio. Y ello porque el Juzgado puede declarar la nulidad de actuaciones de oficio o bien a instancia de parte, pues pueden pedirlo cualquiera de las partes o el acreedor (179).

XI. LA NOTIFICACIÓN DE LA SUBASTA AL DEUDOR

A) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

A modo de introducción, debemos destacar que la derogada LEC de 1881 establecía tres subastas, para el caso de que la primera y la segunda no fructificasen. Pero con la LEC 1/2000 desaparecen y hay una única subasta. Durante la vigencia de las tres subastas, se discutía si era necesario o no notificar al deudor cuando la postura en la tercera subasta fuese inferior al tipo de la segunda. Pero sobre esta cuestión la jurisprudencia entendía que no

(176) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 689 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3478.

(177) Cfr. MONSERRAT VALERO, *El procedimiento...*, cit., págs. 153 y sigs.

(178) Cfr. LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., pág. 446.

(179) Cfr. MONTERO AROCA, *Las ejecuciones hipotecarias...*, cit., págs. 712 y 713.

era necesaria la notificación al deudor de la postura de la tercera subasta cuando fuese inferior al tipo de la segunda (180).

El artículo 691 de la LEC se refiere a la convocatoria de la subasta de los bienes hipotecados. Se trata de una cuestión fundamental, pues a través de la publicidad de la subasta los interesados en el procedimiento de ejecución tendrán conocimiento de los bienes que se subastan. Una vez que se hayan cumplido los requisitos de los artículos anteriores y cuando hayan transcurrido treinta días desde que se efectuaron el requerimiento de pago y las notificaciones previstas en el artículo 689 de la LEC, a instancia del actor, del deudor, del tercer poseedor o del hipotecante no deudor, se procederá a la subasta de la finca o bien hipotecado. Es decir, el adquirente del bien hipotecado puede instar la celebración de la subasta de la finca o bien hipotecado (181). La subasta debe anunciarse al menos con veinte días de antelación, y el señalamiento del lugar, día y hora para el remate debe notificarse al deudor también con una antelación de veinte días, en el domicilio que conste en el Registro.

El artículo 668 de la LEC establece el contenido del anuncio de la subasta: datos de identificación del bien hipotecado, tipo de la subasta, condiciones que adoptan los postores, etc. No se señalan especialidades en torno al anuncio de la subasta en el artículo 691.2 de la LEC, pues el anuncio con veinte días de antelación, por lo menos, ya se prevé en el artículo 667.1 de la LEC para la subasta de bienes inmuebles dentro del procedimiento de apremio, a salvo que la notificación del señalamiento al ejecutado ha de realizarse en el domicilio que conste en el Registro, en vez del que conste en el título ejecutivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 667.2 de la LEC.

B) EL DOMICILIO PARA LA NOTIFICACIÓN DE LA SUBASTA

Una modificación que se produce en el artículo 691 de la LEC con relación al anterior artículo 131 de la LH es que la notificación al deudor del señalamiento de la subasta se realiza actualmente en el domicilio que conste en el Registro, mientras que antes se hacía en la finca hipotecada. Este cambio, a nuestro juicio, no ha sido muy acertado, pues la notificación en la propia finca hipotecada era muy importante a fin de poder subsanar posibles desconocimientos, tanto del deudor como del posible tercer poseedor, por

(180) SSTs de 13 de febrero de 1933 (*RJ* 1488), 26 de junio de 1945 (*RJ* 864) y 30 de mayo de 1947 (*RJ* 634), entre otras muchas.

(181) Cfr. ARIJA SOUTULLO, C., *El tercer adquirente de bienes hipotecados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 140.

tener su domicilio en esa finca hipotecada. Es decir, el deudor podía conocer exactamente la fecha de celebración de la subasta en el caso de que no residiese ya en el domicilio pactado en la escritura, y además cualquier posible ocupante de la finca podía tener conocimiento del procedimiento ejecutivo, a fin de que si lo desea se presente y libere el bien (182).

De esta manera, antes de la reforma, la notificación efectuada en la finca o fincas subastadas podría tener como fin el advertir a los adquirentes en documento privado (que no tienen por tanto acceso al Registro de la Propiedad) y a los arrendatarios que estuvieran ocupando la finca, puesto que se le notificaría así la subasta y se le entregaría la cédula para que éste a su vez se la entregase al deudor. De este modo se cumplía el *desideratum* de la STC de 16 de enero de 1992 (183), al señalar que sería conveniente que se crease en el procedimiento un trámite en el que se diese entrada al arrendatario. Así se sugirió en el Informe de la Ponencia de lo que luego sería la Ley 19/1986, de 14 de mayo, que reformó el artículo 131 de la Ley Hipotecaria (184).

Es decir, la derogada regla 7.^a del artículo 131 de la LH, en su último párrafo recogía algo bien distinto a la regulación actual, pues establecía la obligación de notificar al deudor el señalamiento del lugar, día y hora para el remate en la finca subastada, con independencia del domicilio señalado a efectos de requerimientos y notificaciones. Este último párrafo de la regla 7.^a del artículo 131 se introdujo con la Reforma de la Ley Hipotecaria de 1986. Sobre esta reforma existen posiciones doctrinales enfrentadas, que a continuación examinaremos, no sin antes reiterar que la notificación de la subasta en la finca hipotecada nos parecía muy acertado, a efectos de que el deudor y otros posibles adquirentes de la finca tuvieran conocimiento de la misma.

En primer lugar, ROMERO MIURA GIMÉNEZ con anterioridad a la LEC 1/2000, apuntó el criterio legal actual, pues consideraba que lo correcto, a su juicio, habría sido decir «en el domicilio que resulte en el Registro» (185). La reforma fue fruto de una enmienda de Minoría Catalana, previendo que no hubiese comparecido el deudor en el procedimiento, siempre y cuando tuviese su domicilio en la finca subastada, pero además afectaba esta regla a todos los deudores, tuvieran o no su domicilio en dicha finca

(182) Cfr. CARBONELL LLORENS, *La ejecución...*, cit., págs. 321 y 322.

(183) *RTC* 6.

(184) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 691 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., págs. 3505 y sigs.; ORTIZ NAVACERRADA, *La reforma...*, cit., pág. 1829 y sigs.; MONSERRAT VALERO, *El procedimiento...*, cit., pág. 186; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., págs. 553 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., pág. 253.

(185) Cfr. ROMERO MIURA GIMÉNEZ, F., *Requerimientos...*, cit., pág. 1487.

subastada (186). Y en palabras de LÓPEZ LIZ, realizar esta notificación en la finca hipotecada era un «aldabonazo», justificada solamente cuando el domicilio del deudor fuese la finca hipotecada. Además, este último párrafo de la regla 7.^a era contradictorio con lo que establecía el artículo 130 de la LH sobre el domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones. A su juicio, quizá se introdujo esta reforma de 1986 para evitar los numerosos juicios declarativos que se habían producido solicitando la nulidad de actuaciones por no haberse notificado al deudor el señalamiento de la subasta (187). Sobre esta cuestión, ORTIZ NAVACERRADA opinaba al respecto que esta reforma de 14 de mayo de 1986 era insuficiente, puesto que sólo aludía al deudor, omitiendo toda referencia al tercer poseedor, y a la vez, era incongruente con los principios del procedimiento de ejecución hipotecaria, puesto que no hacía referencia al domicilio pactado en la escritura de constitución de hipoteca, al exigir que la notificación se practicara en la finca hipotecada, la cual muchas veces no coincidía con el domicilio fijado libremente por las partes a efectos de requerimientos y notificaciones (188). Este planteamiento coincide con el de LÓPEZ LIZ, pues hemos visto que consideraba que notificar la subasta al deudor en la finca o fincas subastadas suponía desconocer el requisito de la fijación del domicilio en la escritura, que fue razón determinante en la configuración del procedimiento judicial sumario, suponiendo así una duplicidad respecto al requerimiento de pago inicial.

Asimismo, señala al respecto GARCÍA GARCÍA que incluso la STS de 11 de julio de 1990 (189), recuerda que dicho requisito no se aplicaba a procedimientos anteriores a la reforma de 1986, criticando la reforma introducida, puesto que la creación del procedimiento judicial sumario obedeció a la necesidad de favorecer la realización del crédito real inmobiliario, imprimiendo rapidez al proceso de ejecución, por lo que reconocía dicha sentencia que ese requisito suponía un entorpecimiento en el procedimiento (190). En el mismo

(186) Para MONSERRAT VALERO cuando el domicilio real del deudor fuese la finca subastada, como no había tenido conocimiento de los requerimientos, la ejecución podía provocarle especiales perturbaciones, por lo que la finalidad que perseguía dicha enmienda era evitar que la primera noticia del procedimiento la tuviese el deudor cuando se presentara el rematante a tomar posesión de la finca adquirida en pública subasta. Por tanto, se suponía que el domicilio real se tenía en la finca subastada y no en el domicilio paccionado. El problema con el artículo 131 de la LH surgía porque este precepto no imponía esta obligación cuando el domicilio de la finca subastada fuera el real del deudor y no el paccionado, sino en todo caso (cfr. MONSERRAT VALERO, *El procedimiento...*, cit., págs. 185; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., pág. 553).

(187) Así, la STS de 11 de julio de 1990 (RJ 5851), entre otras. Vid. LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., págs. 549 y sigs.

(188) Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, *La reforma...*, cit., págs. 1829 y sigs.

(189) RJ 5851.

(190) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, cit., págs. 252 y 253.

sentido, GIMENO-BAYÓN COBOS no estaban de acuerdo con lo establecido en el último inciso del último párrafo de la regla 7.^a del artículo 131 de la LH, que decía textualmente: «...en la finca o fincas subastadas», y entendía que habría que interpretar esta norma teleológicamente, entendiendo que debía primar la faceta de «notificar al deudor» sobre el inciso «en la finca o fincas subastadas». Lo fundamental era la notificación al deudor, y no el que se hiciera en la finca o fincas subastadas, por lo que si constaba el domicilio real del deudor la notificación debería hacerse en éste, evitándose los problemas derivados de la subasta de varias fincas (191). Al respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU opinaban sobre la base de que la finalidad de la notificación era potenciar la notificación personal al deudor en rebeldía, que debía por tanto primar la notificación personal de la subasta al deudor en el domicilio real, cuando el acreedor lo conociese, y en su defecto, en la finca hipotecada, y si la diligencia resultaba negativa, en el domicilio pactado. Y ya en último extremo la notificación por edictos (192).

Pero a pesar de que la doctrina más acreditada considere que efectuar la notificación de la subasta en la finca hipotecada origina todos estos problemas, nosotros consideramos que es más conveniente para preservar el derecho de defensa del deudor o de los terceros adquirentes de la finca hipotecada. No obstante, el artículo 691 de la LEC señala que se efectuará la notificación del día, lugar y hora de la celebración del remate en el domicilio pactado, de acuerdo, como hemos visto, con lo que establecía la doctrina mayoritaria. Así, el domicilio al que actualmente se debe efectuar la notificación es el domicilio que conste en el Registro, y será el fijado en la escritura de constitución de la hipoteca, de acuerdo con lo previsto en el artículo 682.2.2.º de la LEC, o el que resulte tras los cambios del domicilio del artículo 683 de la LEC. Por tanto, actualmente la nueva notificación se efectúa en el mismo domicilio que en el que se produce el requerimiento de pago, es decir, el domicilio que se fijó a efectos de notificaciones. Con ello se salva la incongruencia que había sido puesta de relieve por estos autores, al ir en contra de lo establecido en los artículos 130 de la LH y 226 del RH, pues se prescindía del domicilio convencional, optándose por hacer la notificación en la finca subastada, que podía no ser el domicilio convencional, ni tampoco el real.

Asimismo, parece por lo menos curioso que sólo se exija que se notifique la celebración de la subasta al deudor en el domicilio que conste en el Registro, y que no se exija que se practique al hipotecante no deudor, ni al tercer

(191) Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, *Notificaciones...*, cit., pág. 25.

(192) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.; RIFÁ SOLER, J. M., y VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico*, VII, Madrid, 1992, pág. 241; LÓPEZ LIZ, *Procedimiento...*, cit., págs. 557 y sigs.; MONSERRAT VALERO, *El procedimiento...*, cit., págs. 188 y sigs.

poseedor ni a las partes procesales que no hayan convocado la subasta. A este respecto, DOMÍNGUEZ LUELMO no entiende cómo no se hace esa notificación de la subasta ni al tercer poseedor ni al hipotecante no deudor, los cuales probablemente tendrían más que perder que el deudor (193). Por ello, si de acuerdo con el planteamiento que defendemos se efectuase la notificación de la subasta en la finca hipotecada, si existiese por ejemplo un arrendatario en la misma, tendría así conocimiento de la ejecución, no surgiendo este problema señalado por DOMÍNGUEZ LUELMO.

De todo lo expuesto se desprende que para algunos autores el fin que tiene la notificación de la subasta al deudor del artículo 691 de la LEC es recordarle otra vez que debe pagar si quiere evitar la ejecución, aunque el deudor ya tiene conocimiento de ello, puesto que se le ha dado traslado de la demanda ejecutiva y se le ha hecho el requerimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicialmente, ya que con el requerimiento se acompaña la advertencia al deudor de que la falta de pago determinará la ejecución y realización de valor de la finca. Así se conseguiría alargar el procedimiento y añadir una nueva causa de nulidad de actuaciones, debido a los riesgos que conllevan las notificaciones y los requerimientos, haciendo por ello caso omiso a la intención del legislador en la reforma de 1909 de la Ley Hipotecaria, que precisamente implantó este procedimiento con el fin de abreviar trámites (194). Asimismo, los tribunales también se han pronunciado sobre esta cuestión, y considera que aunque el deudor conozca la existencia del procedimiento a través del requerimiento de pago que se le ha hecho, si no se le notifica la existencia de la subasta, se produciría una nulidad de actuaciones de todo lo actuado con posterioridad (195).

En relación con esta cuestión, el artículo 691.2 de la LEC señala que la notificación del anuncio de la subasta se realizará al deudor en el domicilio que conste en el Registro, pero no dice en qué momento. Podría haberse establecido que fuese el domicilio que figure en la certificación del artículo 688 de la LEC, pero como no se ha hecho así, parece que se exige una ulterior indagación sobre un posible cambio de domicilio registral. Por ello, basándose en este precepto el deudor puede alegar una nulidad de actuaciones, lo cual es criticable, si bien es cierto que el cambio de domicilio sin el consentimiento del acreedor tiene en el artículo 683 de la LEC carácter excepcional. El problema que surge es que el cambio de domicilio puede haber-

(193) Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 691 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., pág. 3507.

(194) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Procedimiento...*, cit., pág. 253.

(195) Vid. STS de 7 de abril de 1995 (RJ 2987), SAP de Pontevedra, de 25 de mayo de 1992 (AC, 1992, pág. 688), SAP de Madrid, de 24 de febrero de 1994 (RDG, 1994, pág. 7147), y SAP de Barcelona, de 9 de marzo de 1994 (RJC, 1994, pág. 675).

se hecho con el consentimiento del acreedor de manera que sea conocido para éste, pero que la convocatoria de la subasta se realice a instancias del hipotecante no deudor o del tercer poseedor y éstos lo desconozcan (196).

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Doctora en Derecho

Profesora Asociada de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas,
Sociales y de la Comunicación de Segovia.

Universidad de Valladolid

(196) Vid., al respecto, DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario del artículo 691 de la LEC», en *Comentarios...*, vol. III, cit., págs. 3504 y sigs.

La equidad en la ejecución del planeamiento urbanístico y los parámetros que se utilizan para su medida

Método de cálculo para la determinación y atribución
equitativa, dentro del planeamiento urbanístico,
de aprovechamientos apropiables y de suelos
de sistemas generales a obtener con cargo
al aprovechamiento urbanístico

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. ANTECEDENTES: 1. EN LA LEY DEL SUELO DE 1956. 2. EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 1976: 2.1. *En el suelo urbanizable. Ejemplo 1: Evaluación de aprovechamientos urbanísticos.* 2.2. *En el suelo urbano.* 3. EN LA LEY DEL SUELO DE 1990 Y EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992. 4. EN LA LEY ESTATAL DEL SUELO Y VALORACIONES, LEY 6/1998, Y EN LAS LEYES URBANÍSTICAS DE LAS CC.AA.—III. EL PROBLEMA SUBSISTENTE. INEXISTENCIA EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS DE UNA SOLUCIÓN EFICAZ AL PROBLEMA DE LA FALTA DE EQUIDAD URBANÍSTICA.—IV. ECUACIONES QUE RELACIONAN LAS VARIABLES Y PARÁMETROS QUE DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN PARA ALCANZAR LA EQUIDAD URBANÍSTICA: 1. LAS APORTACIONES. 2. LOS ACTIVOS REALIZABLES. 3. LA RELACIÓN BENEFICIOS/APORTACIONES —TASA DEL BENEFICIO URBANÍSTICO— Y SUS RELACIONES CON OTRAS VARIABLES Y PARÁMETROS URBANÍSTICOS. 4. INFERENCIAS A EXTRAER DE LAS ECUACIONES FORMULADAS. 5. DETERMINACIÓN Y ATRIBUCIÓN DE APROVECHAMIENTOS APROPIABLES A PARTIR DE LA EQUIDAD EN LA RELACIÓN BENEFICIOS/APORTACIONES. 6. ELASTICIDAD DE LA RELACIÓN BENEFICIOS/APORTACIONES RESPECTO DEL APROVECHAMIENTO APROPIABLE. EJEMPLOS 2 Y 3: CÁLCULOS DE LAS ELASTICIDADES DE LA RELACIÓN BENEFICIOS/APORTACIONES RESPECTO DE LOS APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS. 7. EL PROBLEMA AÑADIDO DE LOS SUELOS DE SISTEMAS GENERALES A OBTENER CON CARGO AL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: 7.1. *Ejemplo 4: Aplicación del método de cálculo que se propone.* 7.2. *Ejemplo 5: Aplicación del método de cálculo tradicional.* 7.3. *Ejemplo 6: Aplicación del método*

de cálculo tradicional ponderado. 7.4. Comparación de los resultados que se obtienen con los diferentes métodos. 8. EL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE EN LA PLUSVALÍA URBANÍSTICA.—V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objeto de este artículo es poner de manifiesto que no es posible alcanzar el reparto equitativo de las cargas y beneficios de la ordenación urbanística (1) atribuyendo a las parcelas de cada una de las unidades de ejecución integradas en un ámbito de reparto el aprovechamiento medio o el llamado aprovechamiento tipo.

Para alcanzar el preceptivo reparto equitativo de las cargas y beneficios de la ordenación urbanística es necesario tomar en consideración, además de las edificabilidades urbanísticas, otras variables y parámetros más, de gran trascendencia en el mecanismo de formación de los precios del suelo y por ende en la equidad urbanística. Estos son: los diferentes costes de urbanización o de reurbanización (que engloban, entre otros más, los costes de las indemnizaciones por bienes ajenos al suelo) de cada una de las diversas unidades de ejecución; los diferentes valores unitarios de los suelos de cada una de las diversas unidades; los diferentes valores de repercusión de suelo de los productos inmobiliarios que el planeamiento permite edificar en cada unidad; y, finalmente, los gastos y beneficios de la promoción de la urbanización.

Se inicia este estudio con una exposición resumida de los antecedentes normativos de la equidistribución urbanística siguiendo su evolución en la legislación del suelo. A continuación se analizan las distintas variables y parámetros que afectan a la equidad urbanística, se formulan las ecuaciones que los relacionan y se propone un método de cálculo. En último lugar se extraen las conclusiones correspondientes. En definitiva, se pone de relieve cuáles son las relaciones entre el «ratio» beneficios/aportaciones (es decir, la tasa del beneficio urbanístico) y el aprovechamiento urbanístico apropiable; se muestran los errores a los que conduce confundir equidistribución urbanística con atribución de aprovechamientos iguales al aprovechamiento medio o al «aprovechamiento tipo» o con desviaciones no superiores al 15 por 100 de dichos aprovechamientos medio y tipo; y, finalmente, se presenta un método de cálculo que permite atribuir de forma rigurosa y equitativa dentro del planeamiento urbanístico, para el suelo urbano no consolidado por la urbanización y el suelo urbanizable, tanto los aprovechamientos apropiables como las superficies de los suelos de sistemas generales que han de obtenerse con cargo al aprovechamiento urbanístico.

(1) En el suelo urbano no consolidado por la urbanización y en el suelo urbanizable.

II. ANTECEDENTES

1. EN LA LEY DEL SUELO DE 1956

Desde la aprobación de la Ley del Suelo de 1956 (en adelante «LS 1956») y, en consecuencia, desde la configuración del derecho de propiedad del suelo a partir de las determinaciones establecidas en el planeamiento urbanístico (art. 61), se suscitó el grave problema de impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados y se impuso para ello su justa distribución (art. 3.2.b). Es decir, quedó planteada la necesidad de resolver el problema de cómo respetar el principio de igualdad.

Los planes urbanísticos, en cuanto instrumentos técnicos que son, dan generalmente tratamientos desiguales a las distintas fincas a las que afectan, porque su función es conformar la ordenación del territorio según criterios y objetivos funcionales, técnicos y económicos, con el fin de conseguir una ordenación que resulte racional y eficiente, esté en armonía con el entorno medioambiental y cumpla unos estándares y objetivos previamente establecidos, siguiendo para ello unos modelos de ordenación territorial habituales en el diseño urbano.

Mas, por otro lado, los planes urbanísticos, en cuanto que son disposiciones generales, es decir, normas que conforman el contenido del derecho de propiedad, deben ser justos y por tanto equitativos.

Para conseguir esta equidad, la LS 1956 instituyó una técnica específica que debía llevarse a cabo con posterioridad a la aprobación del planeamiento, denominada reparcelación (art. 70.3). Esta técnica, que tomaba en consideración el valor de los suelos de las fincas aportadas, pretendía alcanzar la redistribución de beneficios y cargas, reduciendo las desigualdades resultantes de las determinaciones establecidas en el planeamiento a unos límites que entonces se consideraron aceptables (lesión no superior al sexto —art. 81—).

Sin embargo, la normativa establecida para la aplicación de la reparcelación no resultó ser satisfactoria como consecuencia de que:

- a) Adoptaba como pauta fundamental de equidistribución la igualdad en el reparto tanto de las superficies de suelo de cesión obligatoria y gratuita como del volumen edificable. Sin embargo, los meros reparatos equitativos de las superficies de cesión obligatoria y gratuita y de los volúmenes edificables no garantizaban que se alcanzara la equidad urbanística.
- b) Acarreaba un mayor perjuicio relativo para aquellos ámbitos de reparto con menor «ratio» beneficios/aportaciones como consecuencia de que la elasticidad de la tasa del beneficio urbanístico respecto del volumen edificable aumentaba con el decremento de la tasa del be-

neficio. Esta variación de la elasticidad tenía una gran incidencia en los ámbitos territoriales con baja tasa del beneficio urbanístico que contaban con pequeñas diferencias de volúmenes edificables, incluso cuando estas diferencias no superaban la proporción o lesión del sexto.

- c) Era una técnica de muy difícil manejo en el suelo urbano consolidado por las edificaciones donde había que acudir a unas indemnizaciones sustitutivas que debían ser abonadas por los propietarios de las fincas edificadas dado que éstas quedaban excluidas de la reparcelación material.
- d) Exigía de los propietarios afectados que actuasen en comunidad y, en consecuencia, la equidistribución resultante decrecía en viabilidad operativa cuando aumentaba en virtualidad equidistribuidora, es decir, era menos viable cuanto mayor era la superficie del ámbito territorial delimitado para realizar el reparto a pesar de que con esa mayor superficie se conseguía una mejor equidistribución (2).
- e) Era una técnica donde el ámbito territorial de reparto tenía, en principio, un límite mínimo —la manzana— y un límite máximo —toda la superficie afectada por el plan parcial—. No era por tanto posible alcanzar la equidistribución por encima del ámbito territorial del plan parcial al no existir pautas que permitieran igualar los beneficios y las cargas de los ámbitos territoriales de los diversos planes parciales habida cuenta, además, de la falta de concreción de la «unidad superior» del artículo 81 de la LS 1956.

En cualquier caso, hay que recordar que la LS 1956 había sido dictada desde la perspectiva tradicional de las leyes de ensanche de las ciudades y que, en consecuencia, sus técnicas estaban dirigidas prioritariamente a la producción de nuevo suelo urbanizable. Por esta razón, la LS 1956 no regulaba con la minuciosidad que hubiese sido necesaria el régimen urbanístico del suelo urbano existente.

2. EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 1976

La LS 1975, con texto refundido de 1976 (en adelante «TRLR 1976»), aunque mantuvo en su artículo 3 la función esencial de impedir la desigual atribución de beneficios y cargas (recogiendo, además, en su art. 87.1 el

(2) Ámbito territorial de reparto que, en aquella legislación, se denominaba «unidad reparcelable» y «zona en estado de reparcelación» en el Reglamento de Reparcelaciones (Decreto 1006/1966, de 7 de abril).

derecho a su distribución equitativa), no regulaba la gestión urbanística del suelo urbano con el mismo rigor y minuciosidad con que lo hacía respecto del suelo urbanizable programado. Además, creaba, aparte de las desigualdades de ordenación, zonificación o calificación, ya citadas como inherentes al planeamiento urbanístico, otras nuevas desigualdades debidas exclusivamente a la clasificación del suelo. En efecto, en el TRLS de 1976 no eran iguales las obligaciones y cargas vinculadas a cada clase de suelo (arts. 83.3 y 84.3), y no estaba prevista ninguna técnica de trasvase de edificabilidades urbanísticas entre ambas clases de suelo.

Las desigualdades debidas a la clasificación del suelo del TRLS de 1976 —clasificación consecuente del ejercicio de una potestad reglada en el caso del suelo urbano— resultaban ser insoslayables; las de calificación, consecuentes del ejercicio de una potestad discrecional, surgían porque la ordenación urbana se realiza normalmente de una manera desigual para las distintas parcelas afectadas como consecuencia de la singularización de territorios concretos y de la aplicación de modelos de diseño urbano y ordenación territorial particulares. Hecho éste fácil de constatar por cuanto que el planeamiento regulado por el TRLS de 1976, además de clasificar el suelo en urbano, urbanizable (programado o no) y no urbanizable, tenía que asignar, dentro de las dos primeras clases de suelo, zonificaciones o calificaciones que se correspondían con posibilidades de uso, de intensidad de edificación, de tipologías edificatorias y de ordenación, así como de posición de los edificios en las parcelas, que normalmente resultaban ser muy diferentes entre sí.

Por ejemplo, dentro del suelo urbano, el planeamiento regulado en el TRLS de 1976 calificaba o zonificaba terrenos para vías públicas, equipamientos, espacios verdes y, también, para usos lucrativos: residenciales, comerciales e industriales, con limitaciones de uso e intensidades de edificación diferentes entre sí, incluso dentro de cada zona. Esto originaba que en unas parcelas se localizaran condiciones urbanísticas excelentes (por ejemplo, residencial intensivo, de alta densidad), en otras se encontrasen condiciones menos buenas (por ejemplo, residencial extensivo, o de media o baja densidad) y en las restantes se ubicaran condiciones edificatorias resueltamente malas desde el punto de vista de sus posibilidades de beneficio directo (por ejemplo, zonas verdes, dotaciones públicas, etc.).

Estas desigualdades, tal y como expusieron RAMÓN FERNÁNDEZ (3), GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO (4), eran y son inevitables e irreductibles, en principio, para cualquier planeamiento urbanístico. En consecuencia, siempre han constituido un reto para la concepción del plan como norma, tanto desde

(3) «Reflexiones en torno del principio de igualdad en el Ordenamiento Urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 65, octubre de 1979.

(4) *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Tomo 1, pág. 430, edición de 1981.

un punto de vista sustantivo, desde una preocupación por la justicia (una de cuyas facetas más relevantes es la igualdad), como desde el punto de vista de la función de los planes urbanísticos como disposiciones generales definidoras del contenido normal del derecho de propiedad, puesto que, en definitiva, ese contenido parecía ser casuísticamente distinto. Pero esta desigualdad debía quedar compensada mediante la integración, recogida en el artículo 87.1 del TRLS de 1976, del derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento como parte del contenido normal del derecho de propiedad. De ahí resultaba que el contenido normal del derecho de propiedad definido por los planes comprendiese tanto las facultades y los deberes específicos asignados por la ordenación urbanística, como el derecho y la correlativa obligación a la distribución equitativa de los beneficios y cargas desigualmente asignados por el planeamiento.

Para el cumplimiento del principio de equidad que a este estudio interesa (ausencia de discriminación, igualdad de oportunidades o igualdad de acceso, es decir, la llamada equidad horizontal), procede recordar que la legislación urbanística parte de la desvinculación definitiva de la edificabilidad urbanística efectiva generada por cada parcela (la denominada hoy en día edificabilidad «subjética») respecto de la edificabilidad determinada en el planeamiento o edificabilidad aparente (edificabilidad «objetiva»). Como consecuencia de ello, en todo planeamiento existen parcelas cuya edificabilidad «objetiva», o aparente, es superior a la edificabilidad «subjética», o efectiva, por ellas generado; mientras que otras parcelas, a la inversa, generan mayor edificabilidad efectiva que la aparentemente atribuida. En el primer caso, falta edificabilidad «subjética» y, por ello, derecho del propietario a consumir por él solo, en la propia parcela, toda la edificabilidad «objetiva» aparentemente establecida en el planeamiento. En el segundo caso, existe un exceso de aprovechamiento «subjético» y, consecuentemente, un derecho del propietario que no se satisface con la edificabilidad «objetiva» aparentemente determinada en el plan para su parcela.

Veamos, a continuación, cómo se aplicaba normativamente en el TRLS de 1976, el principio de equidad en las distintas clases de suelo.

2.1. *En el suelo urbanizable programado*

En el suelo urbanizable programado apareció la figura del «aprovechamiento medio» (5), de manera que el contenido urbanístico lucrativo del derecho de propiedad no era ya, sin más, el que resultaba de la calificación

(5) Que se mantendría en el TRLS de 1992.

o zonificación urbanística del suelo de la unidad reparcelable —es decir, el aprovechamiento «objetivo» o aparente— sino el resultante de la aplicación, a cada propiedad, de un módulo de valor unitario (6) denominado «aprovechamiento patrimonializable o apropiable», que era función del valor medio homogeneizado de las condiciones sustantivas de calificación urbanística (7) y que se obtenía a partir del estudio de la totalidad de los terrenos clasificados como suelo urbanizable programado, incluidos en cada cuatrienio del programa de actuación del plan general. El aprovechamiento medio era un aprovechamiento efectivo o «subjetivo» que sólo era apropiable por los particulares en el 90 por 100 de su valor, ya que el 10 por 100 restante era de cesión gratuita al ayuntamiento para el Patrimonio Municipal del Suelo (en adelante «PMS»).

¿Cuál era por tanto el alcance y contenido del concepto aprovechamiento urbanístico instituido en el TRLS de 1976? El de una edificabilidad unitaria (intensidad de edificación referida a un determinado uso y tipología edificatoria por cada metro cuadrado de suelo) virtual y relativa que expresaba de forma ponderada y conjunta tanto las intensidades de edificación o edificabilidades unitarias determinadas en el planeamiento para los distintos usos y tipologías globales de los productos inmobiliarios también permitidos por el planeamiento, como los valores relativos de repercusión de suelo de esos productos inmobiliarios de distintos usos y tipologías edificatorias respecto del valor de repercusión de suelo del producto inmobiliario del uso y tipología edificatoria que se tomaba como valor de referencia, es decir, respecto del que hoy se viene denominando valor básico de repercusión de suelo (8).

Ejemplo 1: Sea el ámbito territorial del sector j donde el planeamiento permite edificabilidades unitarias e_i (referidas a la superficie S_j del ámbito), para cada uno de los usos y tipologías globales i permitidos por el plan. Usos y tipologías que, a su vez, tienen los valores de repercusión del suelo urbanizado VRi (euros por cada metro cuadrado de techo edificable) correspondientes a los productos inmobiliarios permitidos por el plan. Pues bien, adoptando como uso y tipología de referencia, es decir, como valor básico de repercusión VRB , el de vivienda unifamiliar adosada, y llamando $I_i = VRi/VRB$

(6) Expresable en metros cuadrados de techo edificable del uso y tipología de referencia por cada metro cuadrado de suelo = m^2 t.u.r./ m^2 s.

(7) Es decir, de la intensidad y uso de las edificaciones permitidas por el planeamiento que había que ejecutar.

(8) Del Reglamento de Planeamiento Urbanístico que desarrolló el TRLS de 1976, se deducía que debía tomarse como valor de repercusión del uso y tipología de referencia el de mayor valor, para que así los coeficientes correctores pudiesen resultar iguales o inferiores a la unidad (art. 31.7). Este valor de repercusión se determinaba aplicando el método residual (art. 18.2 del Decreto 1251/1966, de 12 de mayo de 1966, que aprobó el Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana).

a los coeficientes de ponderación que relacionan los distintos valores de repercusión VRi de los productos inmobiliarios de los restantes usos y tipologías i respecto del valor de repercusión básico VRB , de forma que los valores de I_i sean siempre inferiores a la unidad, se obtiene:

CUADRO 1

<i>Usos y Tipologías i del Sector j</i>	e_i $m^2 \text{ t.}/m^2 \text{ s.}$	VRi $€/m^2 \text{ t.}$	I_i	$e_i \cdot I_i$ $m^2 \text{ t.u.r.}/m^2 \text{ s.}$
Vivienda libre en bloque aislado.	0,20	540	0,750	0,1500
Vivienda VPO de precio básico, en manzana.	0,30	90	0,125	0,0375
Vivienda unifamiliar adosada (VRB).	0,12	720	1	0,1200
Terciario en plantas bajas.	0,10	450	0,625	0,0625
$\Sigma e_i = 0,72$				$\Sigma e_i I_i = 0,37$

Por lo tanto, el aprovechamiento unitario de sector del ámbito j , as_j , referido al valor de repercusión básico, es decir, al del uso y tipología de referencia (vivienda unifamiliar adosada), resulta ser $0,37 \text{ m}^2 \text{ t.u.r.}/\text{m}^2 \text{ s.}$ (metro cuadrado de techo del uso de referencia por cada metro cuadrado de suelo del ámbito).

Es decir (9):

$$as_j = \Sigma e_i I_i = 0,37 \text{ m}^2 \text{ t.u.r.}/\text{m}^2 \text{ s.} \quad (10) \quad (VRB = 720 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

(9) Si hubiésemos adoptado como valor de repercusión de suelo del uso de referencia el del uso de VPO de precio básico, entonces $as_j = 2,96 \text{ m}^2 \text{ t.u.r.}/\text{m}^2 \text{ s.}$ ($VRB = 90 \text{ €/m}^2 \text{ t.}$).

(10) Sin embargo, se debe señalar que la apuntada ponderación de edificabilidades aplicando valores de repercusión de suelo, que posteriormente fue establecida con precisión en el artículo 53 del TRLS de 1992 (artículo no declarado inconstitucional por la STC 61/1997), no solía realizarse en los planes generales redactados al amparo del TRLS de 1976.

En consecuencia, el aprovechamiento urbanístico medio de los diversos sectores j , de superficie S_j cada uno, del mismo cuatrienio del programa del plan general (o del mismo ámbito de reparto), teniendo en cuenta la superficie de suelo de sistemas generales sg_c a adscribir al cuatrienio, es decir, al ámbito de reparto, para su obtención gratuita por la Administración con cargo al aprovechamiento urbanístico de los sectores o unidades j , venía dado por:

$$am = \frac{\sum_{j=1}^{j=n} as_j S_j}{sg_c + \sum_{j=1}^{j=n} S_j}$$

Por consiguiente, el aprovechamiento urbanístico no era un número abstracto, ni un término de equidistribución, ni una plusvalía, sino una edificabilidad unitaria virtual relativa (11) pues estaba ponderada respecto del valor de repercusión de suelo del uso y tipo que se tomaba como valor de referencia. Por lo tanto, el aprovechamiento urbanístico, que es un parámetro que debe expresarse poniendo de manifiesto simultáneamente el valor de repercusión de suelo del uso y tipología adoptado como de referencia, no contempla en su determinación la totalidad de los beneficios, cargas y aportaciones de los propietarios promotores de la urbanización.

En efecto, tal y como puede constatarse fácilmente, en las variables utilizadas habitualmente para el cálculo de los aprovechamientos (12) no están contempladas variables trascendentales de cara a conseguir la equidad, como son, por ejemplo: los diferentes costes de urbanización de los diversos ámbitos, los diversos valores del suelo sin urbanizar o pendientes de reurbaniza-

(11) Virtual relativa porque está referida a un uso y tipología que se toma de referencia a los solos efectos de homogeneizar las intensidades de los distintos usos y tipologías a partir de sus valores de repercusión de suelo, de tal forma que no conlleva que, siguiendo los datos del ejemplo anterior, los propietarios puedan edificar, alternativamente, bien 2,96 m² t./m² s. del uso VPO del precio básico, o bien 0,37 m² t./m.s. del uso de vivienda unifamiliar adosada, porque sólo podrán edificar aquello que les permita la subzonificación de la parcela que les resulte asignada en la reparcelación (por ejemplo, 0,592 m² t. del uso terciario en planta baja por metro cuadrado de suelo), aunque su valor siempre deberá ser equivalente:

Valor = 0,37 m² t./m² s. × 720 €/m² t. = 0,592 m² t./m² s. × 450 €/m² t.

(12) Incluso en el supuesto de que los valores de repercusión del suelo ya urbanizado (VRi) de los productos inmobiliarios permitidos por el planeamiento hubiesen sido calculados de forma rigurosa por el método residual o siguiendo la norma 16 del Real Decreto 1020/1993, lo que no sucede en la mayoría de los planes (Real Decreto 1020/93, de 25 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana).

ción de dichos ámbitos y los gastos y beneficios de la promoción de la urbanización de cada ámbito (13).

2.2. *En el suelo urbano*

Por lo que respecta al suelo urbano, pese a existir la misma finalidad de equidistribución de beneficios y cargas, en el TRLS de 1976 no existía siquiera una técnica de gestión equivalente a la del aprovechamiento medio. En consecuencia, la definición del contenido urbanístico del derecho de propiedad no se agotaba en la fase normativa del establecimiento de la ordenación urbanística, sino que se extendía a la delimitación de los polígonos y/o unidades de actuación del plan en cuyo seno deberían redistribuirse los beneficios y cargas derivados de la calificación del suelo y del artículo 83.3.1. Polígonos y/o unidades de actuación que, en consecuencia, habrían de constituir el marco espacial de referencia para la futura evaluación y concreción del aprovechamiento efectivo («subjeto») aplicable a cada parcela y, por ende, para el cumplimiento del principio de equidad urbanística.

Pero el TRLS de 1976 —al fin y al cabo, reforma parcial también, aunque importante, de la LS 1956 y que también estaba orientado desde la perspectiva tradicional de las leyes de ensanche, por lo que sus técnicas buscaban asimismo la producción de nuevo suelo urbanizado— tampoco regulaba el régimen urbanístico y la equidistribución en suelo urbano con la minuciosidad que era necesaria.

Además, empezó a tenerse la convicción de que conservar y reformar las ordenaciones edificadas, saneándolas y renovándolas adecuadamente, resultaba ser más rentable desde el punto de vista económico y social que seguir produciendo de forma desaforada nuevo suelo y nuevas viviendas, máxime teniendo en cuenta que, con el control de natalidad, el índice de creación de nuevos hogares estaba descendiendo notablemente (se establecía una prognosis, por ejemplo, de un descenso del 1,2 por 100 en 1990 al 0,33 por 100 en el año 2009) (14). Este hecho trajo la consecuencia de que se incrementasen de forma notable las actuaciones de reforma interior de las poblaciones.

(13) Conviene resaltar aquí que, a diferencia de lo que se establecía en la LS 1956, en la reparcelación de los suelos urbanizables del TRLS de 1976 no se tomaban en consideración los diferentes valores unitarios de los suelos de las parcelas que se aportaban a la reparcelación, lo que acarrea iniquidad.

(14) CUBELO y MARTÍN, «Formación de hogares y demanda de viviendas. Proyecciones 1980-2010», en *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 11, págs. 55 a 66. Datos y estudios que en la actualidad se han visto desbordados por el fenómeno de la inmigración.

En cualquier caso, si antes, con la LS 1956, era el planeamiento la única fuente de desigualdades, a partir de 1976 era también el TRLS de 1976 el que las generaba al establecer de modo frontal dos estatutos formalmente diferentes, uno para el suelo urbano y otro para el suelo urbanizable.

De entrada, los artículos 83 y 84 del TRLS de 1976, aun cuando establecían, para ambas clases de suelo, prácticamente un mismo régimen de cesiones gratuitas respecto de las dotaciones públicas sistemas locales al servicio del polígono o unidad de actuación, exigían, exclusivamente a costa del suelo urbanizable, la obtención de suelos de sistemas generales con cargo al aprovechamiento urbanístico, así como la cesión gratuita de las parcelas en las que se ubicaría el 10 por 100 del aprovechamiento lucrativo para el PMS. Cesiones ambas que, por el contrario, no se exigían al suelo urbano.

Además, el artículo 13 del TRLS de 1976 también resultaba ser un fondo latente de desigualdad, ya que cuantificaba con precisión las reservas para equipamientos en el suelo urbanizable programado (reservas pormenorizadas en el anexo del Reglamento de Planeamiento Urbanístico), lo que estaba ausente en el suelo urbano. Lo anterior no quería decir que en el suelo urbano las reservas tuvieran que ser menores, puesto que el artículo 12.2.1 *in fine*, se limitaba a remitir la cuantificación de las dotaciones a lo que resultara de «las características socioeconómicas de la población y de acuerdo, en todo caso, con la legislación específica en la materia», lo que no legitimaba que estas reservas para dotaciones en suelo urbano pudieran ser inferiores a las correspondientes al suelo urbanizable programado. En tal sentido, la doctrina científica más acreditada (15) consideraba exigible el cumplimiento de dichos estándares también a los «...Planes Especiales de Reforma Interior, desarrollo de Planes Generales que —por su contenido— deban calificarse materialmente de Planes Parciales...».

Otro tanto ocurría en materia de densidades máximas, ya que, en tanto que el artículo 75 establecía un límite máximo de 75 viv./ha. (ampliable excepcionalmente a 100 viv./ha.) para el suelo urbanizable programado, el silencio de la ley, en lo que se refería al suelo urbano, propiciaba la consolidación, por vía de ordenanzas, de densidades incomparablemente mayores, lo que repercutía en un perjuicio grave de la calidad de vida y en una mayor tasa del beneficio urbanístico para los propietarios del suelo urbano.

Por otro lado, aunque en el suelo urbano fuesen determinables unos aprovechamientos «objetivos» o aparentes —resultantes de la ordenación de usos e intensidades de la edificación— no era posible, en principio, determinar el aprovechamiento «subjetivo» o efectivo, al no existir una figura similar a la del aprovechamiento medio del suelo urbanizable programado y al no conte-

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Tomo I, págs. 187 a 190, edición 1981.

nerse en el plan general la delimitación de polígonos y/o unidades de actuación (delimitación que se dejaba para un momento posterior) en los que habría que realizar la cuantificación del aprovechamiento subjetivo y el posterior reparto equitativo de los aprovechamientos «objetivos» desigualmente asignados por el plan.

Además, respecto de los equipamientos que se señalaban para el suelo urbano, la falta de referencia expresa a su relación con los estándares dotacionales utilizados así como con los ámbitos espaciales y de población por ellos servidos, hacía que no fuese fácil, en principio, la delimitación de ámbitos de reparto y ejecución.

Evidentemente, sin punto de referencia en los estándares dotacionales en suelo urbano podían delimitarse polígonos con muy poco aprovechamiento lucrativo y mucha carga dotacional o, por el contrario, polígonos con mucho aprovechamiento lucrativo y poca carga dotacional. En efecto, el artículo 83.3.1 se remitía a las cesiones obligatorias y gratuitas al servicio del polígono sin referencia alguna a ámbito superior de reparto alguno.

Resultaba por tanto difícil cumplimentar el artículo 117.4 del TRLS de 1976 (16) porque cabía preguntarse: ¿Qué parte de los terrenos de cesión deberían formar parte del polígono? Si se tomaba mucha parte, la carga resultaba superior y era menor el beneficio lucrativo. Si se tomaba menos parte, la carga resultaba inferior y era mayor el beneficio lucrativo que se obtenía. El problema de la delimitación se agravaba aún más debido a la falta de análisis de los costes de urbanización implicados en cada actuación y a la posibilidad de delimitar «unidades de actuación» en suelo urbano (art. 117.3 del TRLS de 1976) con tamaño inferior al polígono sin referencia alguna al aprovechamiento de un ámbito superior.

Por estas razones, en aquellos términos municipales en los que sí existió una preocupación por el cumplimiento del principio de igualdad se procedió, dentro del mismo plan general, a la delimitación de amplios polígonos y/o unidades de actuación en suelo urbano (17). En otros, al amparo de la CE (18), fueron sus planes generales los que asignaron, en el suelo urbano,

(16) Que establecía que no podrán delimitarse polígonos ni unidades de actuación inmediatos a terrenos de cesión obligatoria y gratuita sin incluir en los referidos polígonos y unidades la parte correspondiente de los indicados terrenos.

(17) Polígonos que, aunque no tenían acreditado suficientemente el cumplimiento de los requisitos establecidos para dichas delimitaciones —art. 117—, permitían, cuando menos, tener un marco de referencia y la consiguiente evaluación de un aprovechamiento subjetivo.

(18) Que, además de consagrar el principio de igualdad (arts. 1, 9 y 14), establece otros principios fundamentales de cara tanto al concepto de propiedad como función social (art. 33) como a la racional utilización del suelo (arts. 45 y 46), así como a la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos (art. 47).

por «áreas homogéneas» o «áreas de reparto», un autodenominado «aprovechamiento tipo» que, con un carácter similar al del aprovechamiento medio del suelo urbanizable programado, definía la cuantía del contenido urbanístico lucrativo o aprovechamiento efectivo de cada propiedad (19). Esto se hizo intentando dar un contenido a las técnicas de gestión urbanística en suelo urbano similar a las del suelo urbanizable, partiendo de la consideración de que el TRLS de 1976 no agotaba los supuestos de hecho y de que el ordenamiento jurídico estaba constituido por normas y principios que entroncaban con la norma de las normas que es la CE (20). Lo que fue respaldado por la doctrina jurisprudencial y científica y posteriormente incorporado a la Ley de Reforma de la LS (Ley 8/1990 de 25 de julio), y al Texto Refundido 1992 (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

A partir de los aprovechamientos «subjetivos» que podían ser evaluados en los planes generales que contaban con delimitación de polígonos y/o unidades de actuación, o a partir del aprovechamiento tipo, había que aplicar el procedimiento de la reparcelación a través de alguno de los sistemas de actuación.

Por consiguiente, parecía que era ahí, en la fase de la delimitación de ámbitos de reparto y ejecución (21), donde era necesario incidir, fundamentalmente, para determinar «aprovechamientos subjetivos» o «aprovechamientos tipo» con el fin de alcanzar el objetivo de la equidistribución igualando los aprovechamientos medios o el «aprovechamiento tipo». Pero fue aquí en el suelo urbano donde de forma más clara y rotunda se pusieron de manifiesto las insuficiencias del «aprovechamiento tipo» como instrumento para conseguir la necesaria equidad en el reparto de los beneficios y cargas del planeamiento en el suelo urbano.

En efecto, por un lado, era muy importante que la delimitación de áreas de reparto resultase acertada y, sin embargo, no se daban las pautas concretas necesarias y suficientes para su correcta delimitación. Por otro, sucedía que en el suelo urbano los costes de urbanización de los diversos ámbitos podían ser muy diferentes entre sí como consecuencia de las cuantiosas indemnizaciones por bienes ajenos al suelo que había que abordar en los ámbitos territoriales de algunas unidades de ejecución referidas a reformas interiores.

(19) Todo ello con el fin último de alcanzar, en lo posible, el cumplimiento del principio de igualdad sobre la base de la delegación normativa contenida en el artículo 76 del TRLS de 1976, que textualmente determinaba: «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios».

(20) Son los casos de los planes generales de Ibi, Petrel, Pamplona, etc.

(21) Polígonos y/o unidades de actuación, en el TRLS de 1976 y, posteriormente, áreas de reparto y unidades de ejecución en el TRLS de 1992.

Además, los valores unitarios de suelo de los que había que partir (valores estimados antes de completar la urbanización o de proceder a la reurbanización) para las parcelas de los diversos ámbitos de ejecución —e incluso para las parcelas de un mismo ámbito de ejecución— mostraban grandes diferencias entre sí, lo que no ocurría, en cambio, en el suelo urbanizable. En suma, la extensión de las técnicas del aprovechamiento medio del suelo urbanizable del TRLS de 1976 al «aprovechamiento tipo» del suelo urbano producía unas iniquidades aún mayores.

3. EN LA LEY 8/1990 Y EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992

La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, con texto refundido de 1992 (en adelante «TRLS de 1992»), además de radicalizar la concepción estatutaria del derecho de propiedad al distinguir facultades o derechos dominicales en fases formalmente diferenciadas, mantuvo, en cuanto al suelo urbanizable, unas pautas similares a las del TRLS de 1976 respecto de los aprovechamientos urbanísticos (22). Los particulares podían patrimonializar el 85/100 del aprovechamiento medio, o tipo, ya que el 15/100 restante correspondía a la Administración actuante en concepto de participación en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos.

Por lo que atañe al suelo urbano, el TRLS de 1992 instituyó la figura del «aprovechamiento tipo» (23), que se definía para cada «área de reparto». Dentro de cada una de éstas áreas se delimitaban «unidades de ejecución», que podían ser discontinuas, con la limitación de que la diferencia entre el aprovechamiento de cada unidad y el aprovechamiento tipo no podía ser superior al 15 por 100 de éste. También se estableció que no había que tener en cuenta, en la reparcelación de esta clase de suelo, el valor unitario del suelo de las parcelas aportadas a la ordenación (extremo que, en definitiva, acarreaba otra iniquidad añadida importante) y que los particulares, al igual que en el suelo urbanizable, sólo podían patrimonializar el 85/100 del aprovechamiento tipo.

El 85/100 del «aprovechamiento tipo» (24), servía de aprovechamiento subjetivo para las subrogaciones reales consiguientes a las reparcelaciones a

(22) Si bien en el TRLS de 1992 se establecía que el uso y tipología de referencia, a efectos de ponderación de edificabilidades, debía ser el uso y tipología característico o predominante.

(23) Ya se ha apuntado que esta figura había sido introducida en algunos planes generales aprobados durante la vigencia del TRLS de 1976.

(24) «Aprovechamiento tipo» que debía definirse dentro de un «área de reparto».

efectuar, bien por el sistema de cooperación, bien por el sistema de compensación, dentro de las denominadas actuaciones sistemáticas, así como para las transferencias de aprovechamiento y las actuaciones asistemáticas.

De cualquier modo, el hecho de no distinguir dentro del suelo urbano cuál estaba urbanizado y cuál no, la circunstancia de no tener en cuenta los valores unitarios de los suelos antes del planeamiento ni los importantes costes de urbanización (indemnizaciones por bienes ajenos al suelo) en la atribución de aprovechamientos, juntamente con la falta de la precisión necesaria en las pautas para delimitar áreas de reparto y la iniquidad añadida que comportaban las desviaciones de aprovechamiento admitidas (15 por 100) en los casos en que la tasa del beneficio urbanístico era baja, ocasionaban que, desde el principio, no se pudiese alcanzar la pretendida equidad urbanística.

4. EN LA LEY ESTATAL DEL SUELO Y VALORACIONES —LEY 6/1998— Y EN LAS LEYES URBANÍSTICAS DE LAS CC.AA.

La STC 61/1997, que declaró inconstitucionales las tres cuartas partes del TRLS de 1992 e hizo revivir el TRLS de 1976, trajo como consecuencias inmediatas, por un lado, para el ámbito del Estado, la publicación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones (en adelante «LS 1998») y, por otro, para el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la aparición de una ley urbanística en cada comunidad.

La LS 1998 ha aportado, por un lado, una más precisa definición de la equidad en el reparto de los beneficios y cargas al concretar que dicha igualdad debe realizarse de forma que en cada actuación los beneficios y cargas sean proporcionales a las aportaciones, es decir, ha concretado que en cada actuación urbanística debe igualarse la relación beneficios/aportaciones (25).

Por otro lado, reputando a la clasificación de suelo como parte integrante de las denominadas condiciones básicas para el ejercicio de los derechos atinentes a la propiedad del suelo, la LS 6/1998 ha distinguido dos categorías dentro del suelo urbano, según que esté consolidado o no por la urbanización, y ha establecido distintas cargas y derechos para cada categoría dejando al suelo urbano consolidado por la urbanización al margen del reparto equitativo de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística y de la participación de la Administración actuante en las plusvalías derivadas de la acción urbanística de los entes públicos.

La LS 6/1998 ha instaurado, por añadidura, normas concretas para valorar suelos según clases y categorías —normas que han sido alteradas a través de

(25) Según la STC 164/2001, FJ 10, «es la forma mínima y elemental de garantizar la igualdad entre propietarios».

las Leyes 53/2002 (26) y 10/2003 (27)— (28), haciendo especial hincapié en que en las valoraciones deben deducirse los costes de las obras de urbanización pendientes y que en estos costes de urbanización hay que incluir los costes de promoción, gestión y financiación (art. 30).

Por su parte, las leyes urbanísticas de las CC.AA., a las que corresponde la competencia de legislar respecto de la equidistribución urbanística, han establecido normas para dicha equidistribución que en unas comunidades están más próximas a las pautas del TRLS de 1976 y, en otras, a las del TRLS de 1992, pero que, en definitiva, en ningún caso han abordado el problema de la equidistribución partiendo de igualar la relación beneficios/aportaciones, es decir, la tasa del beneficio urbanístico.

III. EL PROBLEMA SUBSISTENTE. INEXISTENCIA EN LAS LEGISLACIONES URBANÍSTICAS DE UNA SOLUCIÓN EFICAZ AL PROBLEMA DE LA FALTA DE EQUIDAD URBANÍSTICA

No cabe duda alguna de que la división del ámbito territorial de cualquier planeamiento o actuación urbanística, dentro del suelo urbano no consolidado por la urbanización y del suelo urbanizable, en ámbitos de reparto y ejecución de igual aprovechamiento apropiable conlleva, casi siempre, una importante desigualdad en el reparto de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística. Esta desigualdad es debida:

1. A los diferentes costes de urbanización que cada uno de dichos ámbitos de reparto debe soportar (por ejemplo, como consecuencia de la existencia de edificios antiguos sujetos a rentas antiguas que es preciso derribar e indemnizar).
2. A los diferentes valores y superficies de los suelos de sistemas generales que hay que asignar a cada uno de los diversos ámbitos de reparto y ejecución.
3. A los diferentes costes de la promoción de la gestión y urbanización de los suelos de los distintos ámbitos.

(26) Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(27) Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

(28) Publicadas tras la STS de 3 de diciembre de 2002, que ha consolidado la doctrina jurisprudencial de que es aplicable el principio de equidad en el reparto de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística en la valoración del justiprecio en expropiaciones de suelos calificados de sistemas generales.

4. A los diferentes valores de repercusión de suelo de los usos y tipologías edificatorias de los productos inmobiliarios permitidos en cada uno de dichos ámbitos por el planeamiento.
5. A los diferentes valores unitarios de los suelos sin urbanizar o pendientes de reurbanización que son aportados por los propietarios de cada ámbito a la gestión y ejecución del planeamiento.

Por ello, no es extraño observar que determinados ámbitos de reparto y ejecución, que cuentan con un aprovechamiento urbanístico muy superior al de otros ámbitos territoriales del mismo término municipal, acaben teniendo una relación beneficios/aportaciones menor, como consecuencia: bien de los mayores costes de urbanización; bien de las mayores cesiones de suelo; bien de los diferentes valores unitarios del suelo sin urbanizar; bien de los mayores gastos de promoción; bien, finalmente, del menor valor de repercusión de suelo de los productos inmobiliarios que el planeamiento urbanístico permite edificar en ellos.

La explicación al hecho de que no se alcance la equidistribución adjudicando aprovechamientos iguales a distintos ámbitos de reparto y ejecución es clara: *el aprovechamiento urbanístico no es un término de equidistribución, no es un parámetro que mide la relación beneficios/aportaciones en una actuación urbanística*. El aprovechamiento urbanístico mide únicamente intensidades de edificación virtuales relativas que están ponderadas teniendo en cuenta, por un lado, el valor de repercusión de suelo de los usos y tipologías edificatorias permitidos por el planeamiento urbanístico y, por otro, su relación con el valor de repercusión de suelo del uso y tipología adoptado como referencia o valor de repercusión básico.

En realidad, *el aprovechamiento urbanístico sólo constituye el activo realizable del balance de situación de los propietarios promotores de la actuación urbanística. En dicho balance existe, además, un importante pasivo, constituido por costes de adquisición de suelo, costes de urbanización y gastos y beneficios del promotor de la urbanización*.

En consecuencia, la equidad en la distribución de beneficios y cargas que exige la Ley 6/1998, en aplicación del principio de equidad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española no depende exclusivamente de las edificabilidades o, en su caso, de los aprovechamientos urbanísticos (29), sino que depende de otras variables más que vienen siendo olvidadas.

(29) Aprovechamientos que, además de no contemplar todas las variables que afectan a la equidistribución exigida por la Ley, han venido siendo asignados «morfológicamente» en el planeamiento, es decir, siguiendo patrones de diseño urbano al uso sin que previamente hubiesen sido analizados ni los valores de repercusión de suelo de los productos inmobiliarios permitidos por las determinaciones urbanísticas, ni los costes de urbanización, ni los valores de los suelos aportados a cada actuación urbanística.

Estas variables de las que depende la equidad urbanística son:

- a) El precio o valor unitario del suelo sin urbanizar (Vub) o pendiente de reurbanizar sobre el que se va a actuar. Valor que debe ser evaluado en el momento anterior al de la aprobación del instrumento de planeamiento a ejecutar y de la delimitación del ámbito de reparto, es decir, sin tener en cuenta las circunstancias urbanísticas del planeamiento urbanístico que será objeto de gestión y ejecución.
- b) El valor de los costes de urbanización o reurbanización (CU). Costes que incluyen, además de todos los costes ínsitos en la obra urbanizadora, los costes de las indemnizaciones por los bienes ajenos al suelo, los honorarios profesionales de los técnicos y las tasas e impuestos municipales.
- c) Los valores de repercusión del suelo ya urbanizado (VRi) de cada uso y tipología edificatorias i que suele ser abonado en la promoción de cada uno de los productos inmobiliarios a edificar en cada ámbito de reparto, de conformidad con los distintos usos y tipologías edificatorias permitidos por el planeamiento.
- d) Las intensidades de edificación (e_i) de cada uno de los distintos usos y tipologías edificatorias i permitidos por el planeamiento a las promociones inmobiliarias.
- e) Los gastos (Gu) y los beneficios (Bu) del agente promotor de la urbanización en cada ámbito de reparto o ejecución y su relación respecto de las correlativas aportaciones de este agente.
[En realidad, el concepto de aprovechamiento urbanístico sólo contempla las variables de los apartados c) y d)].

Por lo tanto, la fijación y atribución (30), dentro del planeamiento, de los distintos aprovechamientos urbanísticos o intensidades de edificación apropiables por los particulares, y las consiguientes adscripciones de suelos de sistemas generales para que sean obtenidos con cargo a los aprovechamientos, no pueden resolverse equitativamente con el cálculo de aprovechamientos medios o tipos obtenidos a partir de edificabilidades asignadas habitualmente mediante meros criterios de adscripción morfológica, sino que exigen llevar a cabo, además, unos estudios económicos que deben partir, ineludiblemente, de un análisis previo, riguroso y conjunto, dentro del planeamiento, de todas las variables descritas en el párrafo anterior.

(30) Para el suelo urbano no consolidado por la urbanización y el suelo urbanizable.

Pero, lamentablemente, la mayor parte de los planeamientos que se realizan en España contiene unas delimitaciones de ámbitos de reparto y ejecución y, a veces, incluso, unos parámetros para la evaluación y asignación de los aprovechamientos urbanísticos, unos métodos de cálculo para la determinación de dichos aprovechamientos y, como resultado de todo ello, unas atribuciones finales de aprovechamientos urbanísticos medios, o tipo, y de sector, y unas adscripciones de suelo de sistemas generales a obtener con cargo al aprovechamiento, que no sólo carecen del necesario estudio en profundidad, sino que suelen ser absolutamente arbitrarios y, en todo caso, conculcan el principio de equidad.

Basta observar cómo no suele figurar, dentro de la documentación de la información urbanística de los planes generales, ni está exigido en los reglamentos de planeamiento urbanístico, estudio de mercado o análisis económico alguno (formulado al tiempo de la formación o revisión de los planes generales) referido: a los valores de mercado y costes de construcción de los productos inmobiliarios cuyo uso y tipología se autoriza a edificar en dicho planeamiento; a los valores de repercusión de suelo de dichos productos; a los valores del suelo sin urbanizar; a los correspondientes costes de urbanización de los distintos modelos y tipologías de ordenación urbanística utilizados en el plan; a los tantos por ciento de los beneficios y gastos de los agentes promotores de la urbanización y edificación en relación con las inversiones respectivas; y, finalmente, a los valores de mercado de los suelos ya urbanizados.

De todas formas, también es patente que dentro de las leyes urbanísticas de las CC.AA., de los reglamentos que las desarrollan y de los más recientes planes generales, no sólo no se contienen determinaciones y pautas para que pueda darse cumplimiento al mandato de equidad del artículo 5 de la Ley 6/1998, sino que, por el contrario, las soluciones que se aportan quebrantan gravemente este mandato.

IV. ECUACIONES QUE RELACIONAN LAS VARIABLES Y PARÁMETROS QUE DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN PARA ALCANZAR LA EQUIDAD URBANÍSTICA

A título preliminar, conviene recordar que en el apartado *b)* del número 2 del artículo 3 del TRLS de 1976 y, más tarde, en el apartado *b)* del número 1 del artículo 3 del TRLS de 1992 se estableció como finalidad de la acción urbanística «impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución de los mismos». En la actualidad, en el artículo 5 de la Ley 6/1998 ha quedado establecido, con mayor precisión, que las leyes urbanísticas de las CC.AA.: *«garantizarán en todo caso el reparto de los beneficios y cargas*

derivados del planeamientos, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones» (31).

La tasa del beneficio urbanístico *bu* o ratio beneficios/aportaciones de los promotores de la urbanización viene dada por:

1. LAS APORTACIONES

Las aportaciones de los propietarios al proceso de urbanización están integradas:

- 1.1. Por los valores de los suelos sin urbanizar o pendientes de reurbanización que los propietarios aportan a la gestión y ejecución urbanística (32). Estos valores, referidos al metro cuadrado de superficie de suelo aportada, se denominan *Vub*.
- 1.2. Por los costes totales de urbanización con cargo a los propietarios de los suelos que se aportan a la ejecución (*CU*) (hay que tener en cuenta que en algunas CC.AA., como Aragón, los propietarios también costean la urbanización de los suelos de cesión a la Administración actuante, es decir, costean la urbanización de las parcelas en que se ubican los equipamientos al servicio de la actuación urbanística —escuelas, zonas verdes, etc.— y el porcentaje β del aprovechamiento lucrativo correspondiente a la participación de la Administración actuante en las plusvalías urbanísticas). Estos costes, referidos al metro cuadrado de la superficie de suelo aportada, se denominan *Cu*, y están integrados:
 - 1.2.1. Por los costes de urbanización propiamente dichos (costes de ejecución de la obra de urbanización, incluidas las conexiones a sistemas generales, los gastos y beneficios de la contrata, los honorarios profesionales del proyecto de urbanización y el importe de los tributos que gravan la obra de urbanización).
 - 1.2.2. Por los costes de las indemnizaciones por bienes ajenos al suelo, que incluyen: indemnizaciones por derribo de construcciones y destrucción de plantaciones, obras e ins-

$$bu = \frac{Be}{Apo}$$

(31) Según la STC 164/2001, FJ 10, «es la forma mínima y elemental de garantizar la igualdad entre propietarios».

(32) Valores en los que no hay que tener en cuenta las nuevas circunstancias urbanísticas del planeamiento que va a ser objeto de gestión y ejecución.

talaciones; indemnizaciones por traslado forzoso de actividades; indemnizaciones por extinción de derechos reales o personales.

1.2.3. Por los costes de los instrumentos de planeamiento y de los instrumentos de gestión urbanística.

1.2.4. Por los gastos de formalización e inscripción en los correspondientes registros públicos de los acuerdos y operaciones jurídicas derivados de los instrumentos de gestión urbanística.

1.3. Por los costes unitarios (por m² de suelo aportado) de financiación, gestión y promoción, en su caso, de la urbanización, que se denominan *Gu*.

Lo anterior permite expresar que el valor de la aportación unitaria de cada propietario o promotor de la actuación urbanística (por m² de suelo aportado) en el proceso de urbanización viene dado por:

$$\text{Aportación} = Vub + Cu + Gu = (Vub + Cu) (1 + gu) \quad [1]$$

donde:

Vub = El valor unitario (por m² de suelo, en el momento inmediatamente anterior a la aprobación del instrumento de planeamiento y a la delimitación de la unidad de ejecución) del suelo en bruto, es decir, sin urbanizar o pendiente de reurbanización, que aportan los propietarios a la actuación.

Cu = El coste unitario de urbanización (por m² de suelo que aportan los propietarios incorporados a la ejecución del sector) con cargo a dichos propietarios (33).

Gu = El gasto unitario (por m² de suelo aportado) del agente promotor de la urbanización para la financiación, gestión y promoción de la urbanización.

gu = La tasa, o tanto por ciento, que representa el gasto unitario del agente promotor de la urbanización respecto de sus aportaciones, es decir, respecto del valor del suelo que aporta y de los costes de urbanización que soporta.

$$gu = \frac{Gu}{Vub + Cu}$$

(33) En los casos en los que los particulares no costean la urbanización correspondiente al porcentaje de aprovechamiento de cesión al PMS —por ejemplo en Ceuta y Melilla— debe sustituirse en las ecuaciones *Cu* por $(1-\beta)Cu$.

2. LOS ACTIVOS REALIZABLES

Los activos realizables están constituidos por el valor unitario del producto inmobiliario suelo ya urbanizado (Vu) adjudicable a cada propietario promotor de la urbanización como contraprestación a su aportación unitaria:

$$Vu = (1 - \beta) \cdot \sum e_i I_i \cdot VRB = (1 - \beta) \cdot as \cdot VRB = a \cdot VRB \quad [2]$$

donde:

- e_i = La edificabilidad unitaria de cada uso y tipología i .
- VRi = El valor de repercusión de suelo del suelo urbanizado (por m² de techo edificable) de cada uso y tipología edificatoria i .
- VRB = El valor de repercusión básico de suelo del suelo urbanizado (por m² de techo edificable) correspondiente al producto inmobiliario de uso y tipología característico o predominante.
- I_i = VRi/VRB = Coeficiente de ponderación del valor de repercusión de suelo de cada uso y tipología respecto del valor de repercusión básico.
- as = $\sum e_i I_i$ = El aprovechamiento urbanístico unitario del ámbito territorial considerado (34). Es decir, edificabilidad unitaria virtual relativa ponderada respecto de VRB teniendo en cuenta los valores de repercusión de suelo de los distintos usos y tipologías.
- a = $(1-\beta) as$ = El aprovechamiento urbanístico apropiable. El coeficiente $(1-\beta)$ es debido a la existencia de un porcentaje β ($0 \leq \beta \leq 0,10$, según la Ley 6/1998) del aprovechamiento que corresponde a la Administración actuante en concepto de participación en la plusvalía urbanística (35) o, en otros términos, a que sólo es patrimonializable o apropiable por los particulares un porcentaje $(1-\beta)$ del aprovechamiento atribuido por el planeamiento.

(34) Para no complicar inicialmente la exposición, se supone aquí que la superficie de los suelos de sistemas generales que se adscriben al ámbito territorial para su obtención con cargo al aprovechamiento urbanístico es cero. Más adelante se incluirá su cómputo.

(35) Similar a la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento lucrativo para el PMS que se establecía en el TRLS de 1976 dentro del suelo urbanizable.

3. LA RELACIÓN BENEFICIOS/APORTACIONES —LA TASA DEL BENEFICIO URBANÍSTICO— Y SUS RELACIONES CON OTRAS VARIABLES Y PARÁMETROS URBANÍSTICOS

Se deriva de lo anterior que la tasa del beneficio bu del agente promotor de la urbanización viene dada por:

[3]

Es decir, bu no es proporcional al aprovechamiento urbanístico apropiable a ; es una función lineal (línea recta) de a ; tiene una pendiente (tangente del ángulo que forma con el eje de las abscisas en que se grafían los aprovechamientos) de valor Q que viene dada por la ecuación siguiente:

$$Q = \frac{VRB}{(Vub + Cu)(1 + gu)} \quad (\text{m}^2 \text{ s.}/\text{m}^2 \text{ t.u.r.}) \quad [4]$$

luego:

$$bu = \frac{(Vub + Cu)VRB + gu}{(Vub + Cu)(1 + gu)} - 1 \quad bu = Q \cdot a - 1 \quad [5]$$

Llamando α al inverso de Q , es decir, haciendo $1/Q = \alpha$ se obtiene que:

$$(\text{m}^2 \text{ t.u.r.}/\text{m}^2 \text{ s.}) \quad [6]$$

donde α es el aprovechamiento apropiable mínimo; es decir, el aprovechamiento apropiable correspondiente a $bu = 0$.

Por lo tanto, también podemos expresar que:

$$a = \alpha (1 + bu) \quad (\text{m}^2 \text{ t.u.r.}/\text{m}^2 \text{ s.}) \quad [7]$$

4. INFERENCIAS A EXTRAER DE LAS ECUACIONES FORMULADAS

4.1. Las ecuaciones [3] y [5] ponen de relieve:

- a) Que no existe proporcionalidad entre la tasa del beneficio urbanístico bu y el aprovechamiento urbanístico apropiable a .
- b) Que igualando los aprovechamientos urbanísticos apropiables de los distintos ámbitos de ejecución sólo se alcanzaría la igualdad en la relación beneficios/aportaciones, es decir, en el reparto de beneficios y cargas, si el valor del parámetro Q resultara ser también el mismo en todos los ámbitos, lo que es impensable.
- c) Que el aprovechamiento medio de ámbitos con valores de Q diferentes no genera equidad alguna sino todo lo contrario.
- d) Que el cumplimiento del principio de equidad exige que, en cada ámbito territorial con valor de Q diferente, el aprovechamiento urbanístico tenga que ser también diferente, de forma que bu se mantenga siempre igual.

4.2. La ecuación [3] pone de manifiesto:

- a) Que el aprovechamiento apropiable a aumenta cuando se incrementa la tasa del beneficio urbanístico bu , y viceversa.
- b) Que, a igualdad de los valores de suelo aportados y a igualdad de los costes de urbanización y promoción, el aprovechamiento apropiable a se incrementa cuando disminuye el valor básico de repercusión del suelo de los productos inmobiliarios permitidos por el planeamiento VRB , y viceversa.
- c) Que, a igualdad de valor básico de repercusión de suelo VRB , el aprovechamiento apropiable a se incrementa cuando aumentan los costes de urbanización o los precios de los suelos que se aportan a la actuación urbanística, y viceversa.

4.3. Las ecuaciones [6] y [7] ponen de relieve:

- a) Que α , el inverso de Q , expresa el valor del aprovechamiento apropiable en el punto en que no hay beneficios ni pérdidas, es decir, cuando $bu = 0$.
- b) Que, por consiguiente, α expresa el valor del aprovechamiento apropiable mínimo (con dicho aprovechamiento no existen ni pérdidas ni beneficios).

$$\alpha = a \text{ mínimo}$$

- c) Que el aprovechamiento apropiable mínimo α sólo es función de Vub , Cu , VRB y gu , es decir, depende exclusivamente de unas variables económicas que no suelen estar contempladas ni estudiadas en los planeamientos urbanísticos al uso.
- d) Que en cada ámbito territorial el aprovechamiento apropiable puede ser evaluado multiplicando el aprovechamiento mínimo α (que es igual a $1/Q$) por 1 más la tasa del beneficio urbanístico ($1 + bu$).

$$a = \alpha (1 + bu)$$

5. DETERMINACIÓN Y ATRIBUCIÓN DE APROVECHAMIENTOS APROPIABLES A PARTIR DE LA EQUITAD EN LA RELACIÓN BENEFICIOS/APORTACIONES.

Con posterioridad a la habitualmente denominada «asignación morfológica de aprovechamientos objetivos dentro del planeamiento por razones de diseño urbano», la determinación y atribución de los aprovechamientos apropiables debe hacerse en el planeamiento general igualando la relación beneficios/aportaciones bu tras haber asignado a bu en dicho plan general un valor que incentive la actividad urbanizadora.

Una vez fijado en el planeamiento general el valor de la tasa del beneficio urbanístico bu (valor que en principio debería ser el mismo para, cuando menos, ~~VRB~~ las actuaciones urbanísticas del término municipal), partiendo del valor de la tasa de los gastos gu que se estime para cada actuación urbanística, se obtiene el factor promotor de la urbanización, $Pu = (1 + gu) (1 + bu)$ (36).

A partir de Pu y de los valores de VRB , Vub y Cu cabe obtener el valor del aprovechamiento mínimo α y del aprovechamiento apropiable a .

$$a = \alpha (1 + bu)$$

En efecto, partiendo de las ecuaciones [3] y [5] se obtiene:

[8]

(36) El factor del promotor de la urbanización Pu es similar, dentro de la actividad urbanizadora, al inverso del factor (1-b) de la OM de 30-11-94 (Normas de Valoración de Bienes Inmuebles para determinadas entidades financieras —modificada por Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras—) y al factor 1,4 FI de la norma 16 del Real Decreto 1020/1993 de la actividad edificatoria que refleja los gastos y beneficios del promotor de la edificación, pero aquí referidos al promotor de la urbanización $Pu \approx (1 - b)^{-1} \approx 1,4$ FI.

Lamentablemente, en la actualidad el aprovechamiento patrimonializable o apropiable a viene siendo atribuido en los planeamientos exclusivamente mediante criterios de adscripción morfológica, es decir, siguiendo únicamente modelos preestablecidos de ordenación territorial y diseño urbano, y, por lo tanto, sin tener en cuenta las variables económicas descritas. Además, para aparentar una inexistente equidad, dichos aprovechamientos suelen promediarse con lo que en muchos casos se incrementa así aún más la iniquidad.

Por otro lado, a partir de la ecuación [8] también pueden obtenerse las siguientes ecuaciones:

$$Cu = \frac{a VRB - Pu Vub}{Pu} = \frac{a VRB}{Pu} - Vub \quad [9]$$

[10]

Ecuaciones que permitirán obtener residualmente los valores de Vub y Cu cuando se conozcan los valores de las restantes variables y parámetros, y que son de gran utilidad en las valoraciones inmobiliarias.

Ítem más, a partir de las ecuaciones anteriores también cabe formular las ecuaciones que siguen (en las que $VRib$ es el valor de repercusión del suelo sin urbanizar del uso y tipología i ; y $VRBb$ el valor básico de repercusión del suelo sin urbanizar) que son de gran utilidad habida cuenta de que la Administración Tributaria no las incluyó en el Real Decreto 1020/1993:

[11]

$$VRBb = \frac{VRB}{Pu} - \frac{Cu}{a} \quad [12]$$

[13]

Por otro lado más, partiendo del valor en venta Vvi del producto inmobiliario de uso i , de su coste de construcción Ci y del factor promotor de la edificación $Pe = (I + ge) (I + be)$ (37) que contempla los beneficios y gastos

(37) El factor promotor de la edificación Pe es igual a 1,4 FI de la norma 16 del Real Decreto 1020/1993 y es equivalente al inverso del factor (1-b) de la OM de 30 de noviembre de 1994.

$$\frac{Vub}{VRB} = \frac{a}{Pu}$$

del promotor de la edificación, podemos formular, desarrollando lo dispuesto en la norma 16 del Real Decreto 1020/1993, que:

[14]

[15]

[16]

[17]

donde, V_{vb} y C_b son respectivamente los valores en venta y coste de construcción del producto inmobiliario de uso y tipología predominante o característico, es decir, básico.

Fórmulas que son de gran utilidad para profundizar en el estudio del mecanismo estático de formación de los precios inmobiliarios y, por tanto, en el estudio de la equidad urbanística, así como para su utilización en las valoraciones inmobiliarias de suelos sin urbanizar, pero que no están contempladas en el Real Decreto 1020/1993, que regula la valoración catastral, ni en la Orden del Ministerio de Hacienda, de 5 de julio de 2000, por la que se determinan los módulos específicos de valor unitario de suelo urbanizable.

6. ELASTICIDAD DE LA RELACIÓN BENEFICIO/APORTACIONES RESPECTO DEL APROVECHAMIENTO APROPIABLE

Si se analiza la variación relativa de la tasa del beneficio urbanístico respecto de la variación relativa del aprovechamiento apropiable, es decir, si se examina la elasticidad de la tasa del beneficio urbanístico bu respecto del aprovechamiento apropiable a , se observa que, partiendo de la fórmula [3]:

un incremento Δa del aprovechamiento apropiable conllevará un incremento de la tasa del beneficio urbanístico Δbu :

Por lo tanto, la variación relativa de la tasa del beneficio urbanístico resulta ser:

$$\frac{\Delta bu}{bu} = \frac{\Delta a (1 + bu)}{a bu}$$

y, por consiguiente, la elasticidad del beneficio respecto del aprovechamiento, es decir, la relación entre las variaciones relativas de la tasa del beneficio urbanístico y del aprovechamiento apropiable, resulta ser:

$$E = \frac{\frac{\Delta bu}{bu}}{\frac{\Delta a}{a}} = \frac{1 + bu}{bu} \quad [18]$$

Se observa por tanto que la variación relativa de la tasa del beneficio urbanístico no es proporcional a la variación relativa del aprovechamiento apropiable ya que para que lo fuese sería necesario que $E = 1$. Pero es imposible que $bu = (1 + bu)$.

En consecuencia, la elasticidad de la tasa del beneficio urbanístico respecto del aprovechamiento apropiable tiene un valor variable con bu , que es muy alto cuando el valor de bu es muy bajo, de forma que dicha elasticidad es mayor en los ámbitos territoriales con menor tasa del beneficio urbanístico. Por lo tanto, admitir una desviación del 15 por 100 respecto del aprovechamiento medio en todas las actuaciones conlleva perjudicar más a las actuaciones con menor tasa del beneficio urbanístico.

En definitiva, admitir que unas diferencias de aprovechamiento (en más o en menos) de hasta el 15 por 100 del aprovechamiento medio no tienen incidencia en la equidad urbanística constituye otro grave error que también supone (al igual que sucede con el aprovechamiento medio) vulnerar el principio de equidad formulado en la Ley 6/1998. Cabría afirmar, por tanto, que las legislaciones urbanísticas están viciadas de incoherencia interna.

En efecto, en las actuaciones que cuenten con una tasa del beneficio urbanístico del 20 por 100, una variación relativa del aprovechamiento apropiable, en más o en menos, del 15 por 100 conllevará una variación

$$\Delta bu = \frac{\Delta a (1 + bu)}{a}$$

relativa, en más o en menos, de la tasa del beneficio urbanístico del 90 por 100; pero en las actuaciones que cuenten con una tasa del beneficio urbanístico del 10 por 100, una variación relativa, en más o en menos, del 15 por 100 del aprovechamiento apropiable conllevará una variación relativa, en más o en menos, de la tasa del beneficio urbanístico del 165 por 100.

Véanse los dos ejemplos que siguen:

Ejemplo 2. Sea un ámbito de territorial con los siguientes datos:

$$\begin{aligned} a &= 0,276 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \\ VRB &= 200 \text{ €/m}^2 \text{ t.} \\ Cu &= 25 \text{ €/m}^2 \text{ s.} \\ gu &= 15 \% \\ Vub &= 15 \text{ €/m}^2 \text{ s.} \end{aligned}$$

$$bu = \frac{0,276 \times 200}{(15 + 25) 1,15} - 1 = 0,2 = 20\%$$

Un incremento relativo del aprovechamiento $\Delta a/a = 15 \%$ supone un incremento absoluto de la tasa del beneficio del:

$$\Delta bu = \frac{0,0414 \times 200}{(15 + 25) 1,15} = 0,18 = 18\%$$

Por lo tanto, el incremento relativo de la tasa del beneficio $\Delta bu/bu$ resulta ser:

$$\frac{\Delta bu}{bu} = \frac{0,18}{0,20} = 90\%$$

La elasticidad de la tasa del beneficio urbanístico respecto del aprovechamiento resulta ser:

$$E = \frac{\frac{\Delta bu}{bu}}{\frac{\Delta a}{a}} = \frac{0,90}{0,15} = 6 = \frac{1 + bu}{bu} = \frac{1,20}{0,20} = 6$$

Es decir, con una tasa del beneficio urbanístico del 20 por 100, una diferencia de aprovechamientos del 15 por 100 produce una diferencia del 90 por 100 en la relación beneficios/aportaciones. En este ejemplo, con $bu = 20$ por 100, al aprovechamiento de valor 1,15 a le corresponde una tasa

del beneficio urbanístico del 38 por 100, en tanto que al aprovechamiento de valor 0,85 a le corresponde una tasa del beneficio de sólo el 2 por 100. Se produce, en suma, una gran iniquidad, una diferencia enorme entre las tasas de los beneficios urbanísticos que producen ambos aprovechamientos y, sin embargo, tal desigualdad no es tenida en cuenta por las legislaciones urbanísticas de las CC.AA.

Ejemplo 3. Sea otro ámbito territorial con los siguientes datos:

$$\begin{aligned} a &= 0,271 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \\ VRB &= 250 \text{ €/m}^2 \text{ t.} \\ Cu &= 30 \text{ €/m}^2 \text{ s.} \\ gu &= 12 \% \\ Vub &= 25 \text{ €/m}^2 \text{ s.} \end{aligned}$$

Un incremento relativo del aprovechamiento $\Delta a/a = 15 \%$ supone un incremento absoluto de la tasa del beneficio de:

$$\Delta bu = \frac{0,0407 \times 250}{(25 + 30) 1,12} = 0,165 = 16,5\%$$

$$bu = \frac{0,}{(25$$

Por lo tanto, el incremento relativo de la tasa del beneficio $\Delta bu/bu$ resulta ser:

$$\frac{\Delta bu}{bu} = \frac{0,165}{0,10} = 165\%$$

La elasticidad de la tasa del beneficio urbanístico respecto del aprovechamiento resulta ser:

$$E = \frac{\frac{\Delta bu}{bu}}{\frac{\Delta a}{a}} = \frac{1,65}{0,15} = 11 = \frac{1+bu}{bu} = \frac{1,10}{0,10} = 11$$

Se constata así que, con una tasa del beneficio urbanístico del 10 por 100, una diferencia de aprovechamientos del 15 por 100 produce una diferencia del 165 por 100 en la relación beneficios/aportaciones. En este caso de $bu = 10$ por 100, al aprovechamiento de valor 1,15 a le corresponde una tasa del

beneficio urbanístico del 26,5 por 100, en tanto que al de aprovechamiento de valor 0,85 a le corresponde una tasa del beneficio negativa, es decir, en lugar de beneficios se produce una pérdida cuya tasa es el 6,5 por 100. La falta de equidad es por tanto notoria y, sin embargo, esta desigualdad no es tenida en cuenta por las legislaciones urbanísticas de las CC.AA.

Por consiguiente, no cabe duda de que equilibrar aprovechamientos en el entorno del 15 por 100 del aprovechamiento medio tampoco implica alcanzar la equidad que exige la concepción del plan de ordenación como disposición general, es decir, como norma con carácter de reglamento. En otras palabras, tanto el aprovechamiento medio, o tipo, habitualmente evaluado en los planes generales, como el aprovechamiento equilibrado en el entorno del 15 por 100 del aprovechamiento medio, no dan cumplimiento al principio que obliga impedir la desigual atribución de cargas y beneficios establecido en el artículo 14 de la CE, en el artículo 3 del TRLS de 1976 y del TRLS de 1992 y en el artículo 5 de la Ley 6/1998.

Por ello, se debe insistir en que *lo único que hay que equilibrar, es decir, igualar en cada actuación, es la tasa del beneficio urbanístico bu , o lo que es lo mismo, la relación entre beneficios y aportaciones, tal y como está exigido con toda precisión en la Ley 6/1998.*

Si se hubieran aplicado los métodos del cálculo infinitesimal a la ecuación [18] tomando incrementos diferenciales de Δa y Δbu , es decir, da y dbu , se habría partido de la siguiente ecuación diferencial:

cuya integración habría conducido a que:

es decir a que:

$$\ln | I + bu | = \ln | a | + c \quad (c = \text{constante de integración})$$

y, por lo tanto:

$$(c = \text{constante de integración})$$

y, en consecuencia:

donde C (antilogaritmo de la constante de integración c) tiene por valor el del parámetro urbanístico Q (dependiente tanto del valor de repercusión de suelo de los productos inmobiliarios permitidos por el planeamiento como del valor del suelo aportado así como los costes de urbanización y los gastos del promotor de la urbanización) ya definido anteriormente para cada ámbito, tal y como también se ha deducido directamente al principio tras la fórmula [3].

Por lo tanto, aplicando las ecuaciones [8] y [18] se obtiene:

[19]

7. EL PROBLEMA AÑADIDO DE LOS SISTEMAS GENERALES QUE SE ADSCRIBEN A LOS ÁMBITOS TERRITORIALES DE REPARTO Y EJECUCIÓN PARA SU OBTENCIÓN CON CARGO AL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. MÉTODO PARA SU CÁLCULO Y ASIGNACIÓN

$$\frac{I + b\mu + \tau}{E} = \frac{\partial u}{\partial u} = \frac{\partial u}{\partial u}$$

Mediante esta técnica (38) los suelos de los sistemas generales se obtienen a costa del aprovechamiento urbanístico originariamente imputado a los distintos ámbitos de reparto y ejecución, tras ser incorporados los propietarios de los suelos de los sistemas generales a dichos ámbitos. Todo ello cumpliendo las siguientes prescripciones:

- a) La superficie de los suelos de sistemas generales que se incorporan se considera aportada a la actuación como si su valor unitario de origen fuese el mismo que el de los terrenos ubicados físicamente dentro del ámbito de la actuación que los recibe (premisa que puede y suele dar lugar a multitud de iniquidades), cuando, en realidad, entre V_{usg} y V_{ub} siempre existe una relación v_j que puede ser contemplada en las ecuaciones correspondientes como sigue:

(38) Técnica que tras la publicación de la CE es de dudosa constitucionalidad, ya que los sistemas generales dan servicio a la comunidad municipal en general y, en consecuencia, la obtención del suelo correspondiente, al igual que sucede con la ejecución de las obras de construcción de dichos sistemas generales, debería ser costeada por todos (art. 31 CE).

$Vusg$ = Valor unitario (por m^2 de suelo) de los suelos de sistemas generales adscritos a la actuación.

v_j = La relación entre el valor unitario del suelo de los sistemas generales adscritos a la actuación y el valor unitario del suelo en bruto de la actuación.

$$v_j = \frac{Vusg}{Vub}$$

Pero, para no complicar las formulaciones, inicialmente se va a considerar que $v_j = 1$.

- b) Como consecuencia de la citada incorporación, la superficie de suelo S_j de cada ámbito de reparto o ejecución j queda incrementada en una superficie sg_j de forma que, llamando r_j a la relación sg_j/S_j , la nueva superficie del ámbito de reparto o ejecución será: $S_j (1 + r_j)$.

S_j = La superficie del sector j o ámbito territorial considerado.

sg_j = La superficie de suelos de sistemas generales adscritos en su obtención al sector j o ámbito territorial considerado.

r_j = La relación entre la superficie de suelos de sistemas generales adscritos para su obtención a costa del aprovechamiento del sector j y la superficie de suelo del sector j .

$$r_j = \frac{sg_j}{S_j}$$

- c) El aprovechamiento originario del ámbito territorial inicialmente delimitado debe repartirse en una mayor superficie $S_j (1 + r_j)$ de forma que $a = (1-\beta) as_j / (1 + r_j)$.

A = El aprovechamiento unitario apropiable (referido a cada m^2 de suelo que se aporta a la actuación) del sector o ámbito j de cada propietario incluido en el ámbito (dado que corresponde a la Administración actuante el porcentaje β) viene dado por:

$$a = \frac{(1-\beta) as_j}{1+r_j}$$

- d) Todos los particulares afectados, incluidos los propietarios de suelos de sistemas generales adscritos a la actuación, tienen que costear la totalidad de urbanización del suelo, incluida la relativa al porcen-

taje del aprovechamiento correspondiente a la Administración actuante (39); por tanto $Cu = Cu^* / (1 + r_j)$.

Cu = El coste unitario de urbanización (por m² de suelo que aportan los propietarios a la ejecución del sector j) con cargo a dichos propietarios viene dado por:

$$Cu = \frac{CU_j}{S_j (1+r_j)} = \frac{Cu^*}{(1+r_j)}$$

Cu^* = El coste unitario de urbanización referido a la superficie del ámbito o sector, es decir, sin computar la superficie de los suelos de sistemas generales adscritos en su obtención al sector.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones que anteceden, la *tasa del beneficio bu del agente promotor de la urbanización* viene dada —a partir de la ecuación [3]— por:

$$bu = \frac{(1-\beta) \frac{as}{(1+r_j)} VRB}{(Vub + \frac{Cu^*}{(1+r_j)}) (1+gu)} - I = \frac{(1-\beta) as VRB}{(Vub (1+r_j) + Cu^*) (1+gu)} - I \quad [20]$$

por lo tanto, recordando que $(1 + gu) (1 + bu) = Pu$, se obtiene:

[21]

Ecuación [21] que, dadas las circunstancias económicas del ámbito territorial analizado, dado el aprovechamiento urbanístico adscrito morfológicamente como resultado del modelo de ordenación y diseño urbano adoptado,

(39) En los casos en que, de acuerdo con lo establecido en las leyes urbanísticas de las CCAA, los particulares no tengan que costear la urbanización correspondiente al porcentaje del aprovechamiento correspondiente a la Administración actuante por su participación en la plusvalía urbanística habrá que computar $(1-\beta) Cu$.

$$Cu_j^* = \frac{C_j}{S_j}$$

y dada la relación beneficios/aportaciones, permite evaluar la proporción r_j que, respecto de la superficie del ámbito j , deben suponer los sistemas generales sg_j a adscribir a cada ámbito territorial para así cumplir el principio de equidad urbanística.

A partir de aquí, el aprovechamiento urbanístico apropiable o patrimonializable vendrá dado por:

[22]

y, a partir de las ecuaciones anteriores, pueden formularse también las siguientes ecuaciones aplicables a la valoración inmobiliaria:

$$Vub = \frac{(1-\beta) as VRB - Pu Cu^*}{(1+r_j) Pu} = \frac{a VRB}{Pu} - Cu \quad [23]$$

$$a = \frac{(Vub (1+r_j) + Cu^*) Pu^*}{(1-\beta)(as-\beta) VRB (1+r_j)} \frac{(1+gu)(1+bu)}{VRB} = \frac{(Vub (1+r_j) + Cu^*) Pu}{VRB (1+r_j)} \quad [24]$$

En consecuencia, en cada ámbito de reparto y ejecución el aprovechamiento apropiable a y la proporción de suelos de sistemas generales adscritos al ámbito r_j deben fijarse en función de los valores de Vub , VRB , Cu , gu y as (habida cuenta de que as se asigna en el planeamiento normalmente mediante criterios de adscripción morfológica, es decir, siguiendo modelos de diseño urbano preestablecidos) partiendo de la premisa de que en todos los ámbitos de reparto del término municipal la tasa del beneficio urbanístico bu tiene que tener el mismo valor.

Se constata de nuevo que la utilización del aprovechamiento medio para obtener la búsqueda equidistribución o la asignación de suelos de sistemas generales para su obtención con cargo al aprovechamiento no conduce a que se alcance la equidad en la relación entre beneficios y aportaciones sino a todo lo contrario, salvo que el valor de Q resultara ser el mismo en cada una de las diferentes unidades o ámbitos territoriales de actuación que se delimiten.

Además, aunque coincidiesen los valores de Q de todas las unidades, el ajuste de aprovechamientos en torno al 15 por 100 del aprovechamiento medio tampoco procuraría la equidad buscada dada la elasticidad de la relación

beneficio/aportaciones respecto del aprovechamiento urbanístico, tal y como hemos analizado antes.

Las ecuaciones anteriores son válidas también cuando v_j tiene valor distinto de 1, es decir, cuando el valor unitario V_{usg} de los suelos de sistemas generales que se adscriben al sector es diferente al valor unitario del sector V_{ub} , pues bastaría con adoptar en ellas que:

$$r_j = \frac{sg_j \times v_j}{S_j} \quad [25]$$

7.1. *Ejemplo 4. Determinación y atribución de aprovechamientos y suelos de sistemas generales a obtener con cargo al aprovechamiento siguiendo el método propuesto, es decir, igualando las relaciones beneficios/aportaciones en todos y cada uno de los ámbitos y actuaciones (Gráfico 1)*

Sean los ámbitos territoriales 1 y 2 de un municipio de una Comunidad autónoma en cuya ley urbanística se establece que el porcentaje β de aprovechamiento correspondiente a la Administración actuante por su participación en la plusvalía urbanística es el 10 por 100, así como que la Administración actuante no participa en el coste de urbanización de la actuación, siendo los datos urbanísticos resultantes de la asignación morfológica de edificabilidades y los datos económicos de un estudio de mercado realizado dentro del plan general los siguientes:

Datos de partida del ámbito territorial 1:

VRB	$=$	$1.000 \text{ €/m}^2 \text{ t.}$	Vub	$=$	$180 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$
Cu^*	$=$	$36 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$	as	$=$	$0,42 \text{ m}^2 \text{ t./m}^2 \text{ s.}$
gu	$=$	12%	S	$=$	30 Ha.

Datos de partida del ámbito territorial 2:

VRB	$=$	$200 \text{ €/m}^2 \text{ t.}$	Vub	$=$	$40 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$
Cu^*	$=$	$38 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$	as	$=$	$0,6 \text{ m}^2 \text{ t./m}^2 \text{ s.}$
gu	$=$	10%	S	$=$	30 Ha.

EJEMPLO 4

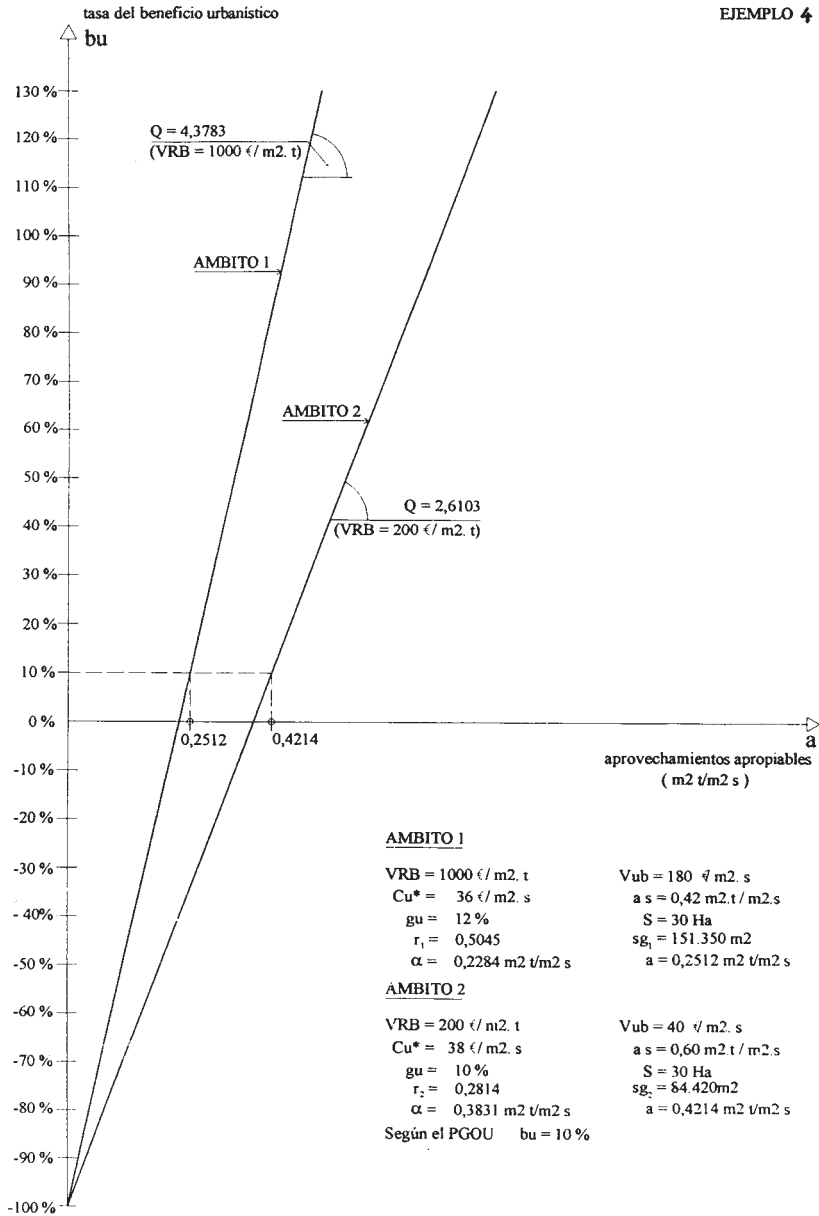


GRÁFICO 1. Cálculo de los aprovechamientos apropiables en las unidades cuyos datos son los expresados arriba, partiendo de $bu = 10\%$.

Cálculos para el ámbito territorial 1:

Tomando como punto de partida que el plan general establece que $bu = 10\%$, entonces $Pu = 1,12 \times 1,10 = 1,232$.

Aplicando la fórmula [21]:

$$r_1 = \frac{0,9 \times 0,42 \times 1.000 - 1,232 \times 36}{180 \times 1,232} - 1 = 0,5045 = 50,45\%$$

$$Cu = \frac{36}{1,5045} = 23,9275 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$$

$$Q = \frac{1.000}{(180 + 23,9275) 1,12} = 4,3783 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$\alpha = 0,2284 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$a = \alpha (1 + bu) = 0,2284 \times 1,10 = 0,2512 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$sg_1 = 0,5045 \times 30 \text{ Ha.} = 151.350 \text{ m}^2 \text{ s.}$$

Cálculo para el ámbito territorial 2:

Si el plan general establece que $bu = 10\%$, entonces $Pu = 1,10 \times 1,10 = 1,210$.

$$r_2 = \frac{0,9 \times 0,6 \times 200 - 1,21 \times 38}{40 \times 1,21} - 1 = 0,2814 = 28,14\%$$

$$Cu = \frac{38}{1,2814} = 29,6551 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$$

$$Q = \frac{200}{(40 + 29,6551) 1,10} = 2,6103 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r. (VRB = 200 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$\alpha = 0,3881 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 200 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$a = \alpha (1 + bu) = 0,3831 \times 1,10 = 0,4214 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB} = 200 \text{ €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$sg_2 = 0,2814 \times 30 \text{ Ha.} = 84.420 \text{ m}^2 \text{ s.}$$

La superficie total de sistemas generales adscrita a los dos ámbitos es por tanto de:

$$sg_c = sg_1 + sg_2 = 151.350 + 84.420 = 235.770 \text{ m}^2 \text{ s.}$$

7.2. *Ejemplo 5. Determinación y atribución de los aprovechamientos, medio y apropiable, y de las superficies de suelos de sistemas generales adscribibles a cada unidad del ejemplo anterior siguiendo el método tradicional de promediar edificabilidades (Gráfico 2)*

Se evalúan las relaciones beneficios/aportaciones que resultan con este método tradicional partiendo de considerar la misma superficie total de sistemas generales a obtener con cargo al aprovechamiento que ha resultado en el cálculo del apartado 7.1.

Superficie de suelos de sistemas generales adscritos en su obtención al aprovechamiento de los ámbitos 1 y 2: $235.770 \text{ m}^2 \text{ s.}$ Por consiguiente:

$$r_j = \frac{as_j}{am} - 1$$

$$am = \frac{0,42 \times 300.000 + 0,60 \times 300.000}{600.000 + 235.770} = 0,3661 \text{ m}^2 \text{ t./m}^2 \text{ s.}$$

$$\text{Aprovechamiento apropiable} = 0,3661 \times 0,9 = 0,3295 \text{ m}^2 \text{ t./m}^2 \text{ s.}$$

El porcentaje de adscripción de suelos sistemas generales a cada ámbito r_j suele evaluarse (40) mediante la siguiente ecuación (41):

$$(40) \quad am = \frac{as_j}{1 + r_j}$$

(41) Es una evaluación que presenta problemas cuando $as_j < am$ o cuando $as_j > 2 am$, ya que entonces hay que adscribir la totalidad de los suelos de sistemas generales a uno de los ámbitos y, eventualmente, según sea la superficie de sistemas generales, o bien hay que transferir aprovechamiento de un ámbito a otro o bien hay que reducir los gastos de urbanización en uno de los ámbitos.

Por lo tanto, la aplicación de las ecuaciones formuladas nos lleva a los siguientes resultados:

Para el ámbito territorial 1:

$$sg_1 = 0,1472 \times 300.000 = 44.160 \text{ m}^2 \text{ s.}$$

$$Cu = \frac{36}{1,1472} = 31,3807 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$$

$$Q = \frac{1.000}{(180 + 31,3807) 1,12} = 4,2239 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$\alpha = \frac{1}{Q} = 0,2367 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$r_1 = \frac{0,42}{0,3661} - 1 = \frac{0,3295 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.}}{0,1472} = 14,72\% \quad (\text{VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$bu = a \ Q - 1 = 0,3295 \times 4,2239 - 1 = 0,3918 = 39,18\%$$

Para el ámbito territorial 2:

$$r_2 = \frac{0,60}{0,3661} - 1 = 0,6387 = 63,87\%$$

$$sg_2 = 0,6387 \times 300.000 = 191.610 \text{ m}^2 \text{ s.}$$

$$Cu = \frac{38}{1,6387} = 23,1891 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$$

$$Q = \frac{200}{(40 + 23,1891) 1,10} = 2,8774 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t. (VRB = 200 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$\alpha = \frac{1}{Q} = 0,0858 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 200 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$a = 0,3295 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \quad (\text{VRB} = 200 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

$$bu = a Q - 1 = 0,3295 \times 2,8774 - 1 = -0,0519 = -5,19\% \text{ (Pérdidas)}$$

7.3. *Ejemplo 6. Determinación y atribución de los aprovechamientos, medio y apropiable, y de las superficies de suelos de sistemas generales adscribibles para su obtención a costa del aprovechamiento urbanístico siguiendo el método tradicional ponderado (es decir, tomando en consideración la relación entre los VRB de cada ámbito) (Gráfico 3)*

Se evalúan las relaciones beneficios/aportaciones partiendo de considerar la misma superficie total de sistemas generales a obtener con cargo al aprovechamiento que ha resultado en el cálculo del apartado 7.1.

Superficie de suelos de sistemas generales adscritos en su obtención al aprovechamiento medio de los ámbitos 1 y 2: $235.770 \text{ m}^2 \text{ s.}$ Tomando como VRB de referencia el del ámbito 1 ($\text{VRB} = 1.000 \text{ €/m}^2 \text{ t.}$) resulta:

$$am = \frac{0,42 \times 300.000 + 0,60 \times 0,2 \times 300.000}{600.000 + 235.770} = 0,1938 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.}$$

Aprovechamiento apropiable $0,9 \times 0,1938 = 0,1744 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.}$ ($\text{VRB} = 1.000 \text{ €/m}^2 \text{ t.}$)

El porcentaje, respecto de la superficie del ámbito 1, de suelos de sistemas generales a adscribir al ámbito 1, será:

$$r_1 = \frac{as_1}{am} - 1 = 116,72\%$$

Es decir, un porcentaje que supone una superficie de sistemas generales mayor que la superficie total de sistemas generales a adscribir (en efecto, el 116,72 por 100 de $300.000 \text{ m}^2 \text{ s.}$ es mayor que $235.770 \text{ m}^2 \text{ s.}$). En otras palabras, los sistemas generales adscritos son insuficientes para que el aprovechamiento del ámbito 1 (incluidos los sistemas generales adscritos) no exceda del aprovechamiento medio. Existen dos posibilidades para solucionar este problema:

EJEMPLO 6

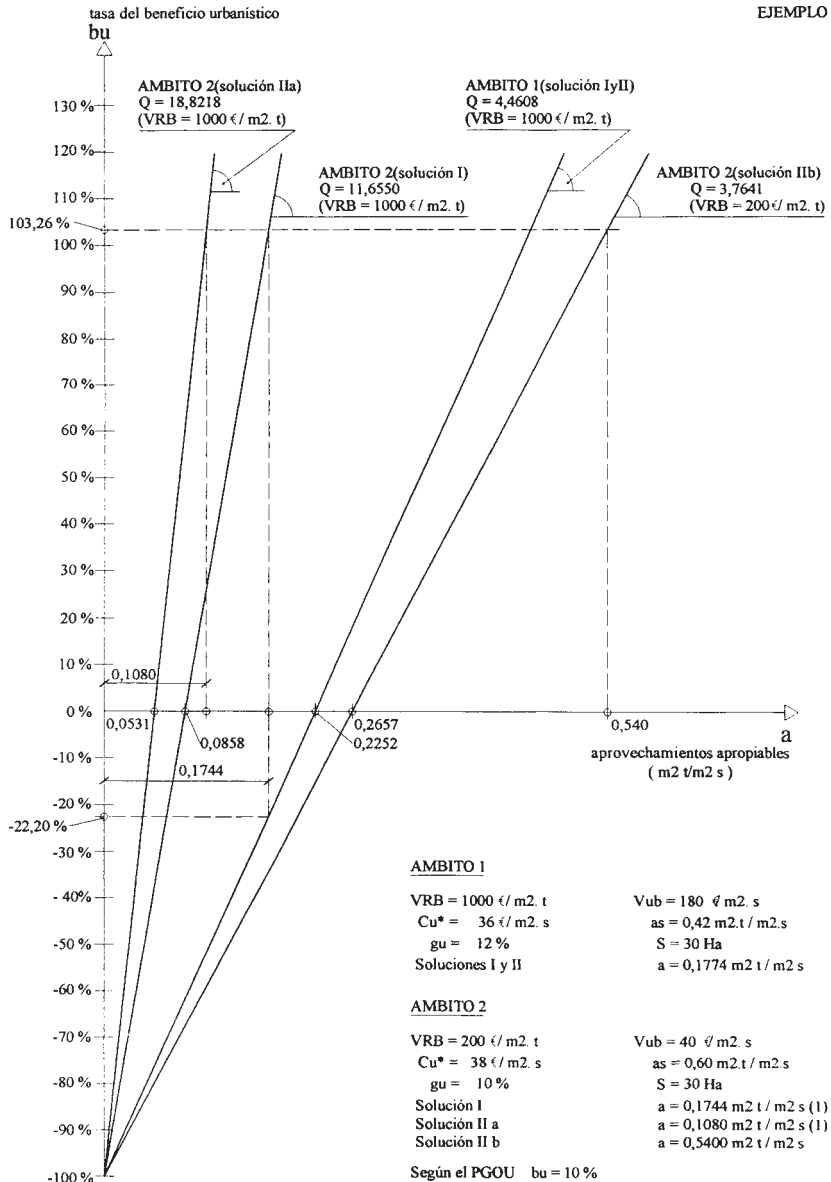


GRÁFICO 3. Cálculo de la tasa del beneficio en los dos ámbitos a partir del aprovechamiento medio calculado aplicando el método tradicional ponderado (soluciones I, IIa y IIb) (I) VRB = 1.000 €/m² t.

SOLUCIÓN I

1. Adscribir al ámbito 1 la totalidad de los suelos sistemas generales, es decir, los 235.770 m².

$$r_1 = \frac{235.770}{300.000} = 0,7859$$

2. Adscribir cero metros cuadrados de suelos sistemas generales al ámbito 2 y que el resto del exceso de aprovechamiento urbanístico del ámbito 1, respecto del aprovechamiento medio, se adjudique a propietarios del ámbito 2, habida cuenta de que el aprovechamiento del ámbito 2 (expresado con referencia a VRB = 1.000 €/m² s.) es inferior al aprovechamiento medio y al consiguiente aprovechamiento apropiable resultante del conjunto de los ámbitos 1 y 2.

Por consiguiente:

El aprovechamiento total apropiable que puede ser patrimonializado dentro del ámbito 1 por los propietarios de suelos del ámbito 1 y de suelos de sistemas generales adscritos al ámbito 1 vendrá dado por:

$$A_1 = 0,1744 (1 + 0,7859) S_1 = 0,3115 S_1 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ t.}$$

El resto del aprovechamiento apropiable del ámbito 1 que habrá que adjudicar a propietarios del ámbito 2 vendrá dado por:

$$0,9 \times 0,42 S_1 - 0,3115 S_1 = 0,0665 S_1$$

El aprovechamiento unitario apropiable por los propietarios de suelos del ámbito 2 (expresándolo mediante ponderación respecto de VRB₁) vendrá dado por:

$$a_2 = \frac{0,9 \times 0,12 S_2 + 0,0665 S_1}{S_2} = 0,1744 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ s.)}$$

Por lo tanto:

En el *ámbito territorial 1*:

$$r_1 = 0,7859 = 78,59\%$$

$$Cu = \frac{36}{1,7859} = 20,1579 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$$

$$Q = \frac{1.000}{(180 + 20,1579) 1,12} = 4,4608 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$\alpha = \frac{1}{Q} = 0,2242 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$a = 0,1744 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$bu = a Q - 1 = 0,1744 \times 4,4608 - 1 = - 0,222 = - 22,20\% \text{ (Pérdidas)}$$

En el ámbito territorial 2:

$$r_2 = 0.$$

$$Cu = Cu^* = 38 \text{ €/m}^2 \text{ s.}$$

$$Q = \frac{1.000}{(40 + 38) 1,10} = 11,655 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r.}$$

$$\alpha = \frac{1}{Q} = 0,0858 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$a = 0,1744 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s. (VRB = 1.000 €/m}^2 \text{ t.)}$$

$$bu = 0,1744 \times 11,655 - 1 = 1,0326 = 103,26\% \text{ (Enormes beneficios)}$$

SOLUCIÓN II

Reducir los gastos de urbanización del ámbito 2 de forma que los propietarios de este ámbito 2 tengan limitado su aprovechamiento al generado en dicho ámbito 2.

II.a) Cálculo con VRB = 1000 €/m² t.

$$r_2 = 0.$$

Partiendo del valor de *bu* obtenido anteriormente:

$$bu = Q \times 0,9 \times 0,12 - 1 = 1,0326 = 103,26\%.$$

Se obtiene que:

$$Q = \frac{2,0326}{0,9 \times 0,12} = 18,8218 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r.} \quad (\text{VRB} = 1.000 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

pero como:

$$Q = \frac{\text{VRB}}{(\text{Vub} + \text{Cu}) (1 + \text{gu})}$$

se obtiene que:

$$\text{€/m}^2 \text{ s.}$$

Por consiguiente, resulta que:

$$Q = \frac{1.000}{(40 + 8,30) 1,1} = 18,8218 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r.} \quad (\text{VRB} = 1.000 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

$$\alpha = 0,0531 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \quad (\text{VRB} = 1.000 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

$$bu = 0,9 \times 0,12 \times 18,82 - 1 = 1,0326 = 103,26\%$$

$$Cu = \frac{\quad}{(1$$

$$a = 0,0531 (1 + 1,0326) = 0,1080 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \quad (\text{VRB} = 1.000 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

Como consecuencia de la reducción de los gastos de urbanización del ámbito 2, gasto que deberá ser asumido por el Ayuntamiento, éste se apropiará, en contraprestación, del exceso de aprovechamiento del ámbito 1 (además del 10 por 100 para la Administración actuante).

II.b) Cálculo con VRB = 200 €/m² t.

$$r_2 = 0.$$

Partiendo del valor de *bu* obtenido anteriormente.

$$bu = Q \times 0,9 \times 0,6 - 1 = 1,0326 = 103,26\%.$$

Se obtiene que:

$$Q = \frac{2,0326}{0,9 \times 0,6} = 3,7641 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \quad (\text{VRB} = 200 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

pero como:

$$Q = \frac{VRB}{(Vub + Cu) (1 + gu)}$$

se obtiene que:

$$\text{€/m}^2 \text{ s.}$$

Por consiguiente, resulta que:

$$Q = \frac{200}{(40 + 8,3032) 1,1} = 3,7641 \text{ m}^2 \text{ s./m}^2 \text{ t.u.r.} \quad (VRB = 200 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

$$\alpha = 0,2657 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \quad (VRB = 200 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$$

$$bu = 0,9 \times 0,6 \times 3,7641 - 1 = 1,0326 = 103,26\%$$

$$Cu = \frac{VRB}{(1 + gu) Q} - Vub = \frac{200}{1,1 \times 3,7641} - 40 = 8,3032$$

$\alpha = 0,2657 (1 + 1,0326) = 0,540 \text{ m}^2 \text{ t.u.r./m}^2 \text{ s.} \quad (VRB = 200 \text{ €/m}^2 \text{ t.})$

Es decir, los mismos resultados que en II.a) aunque referidos a un VRB diferente.

7.4. Comparación de los resultados que se obtienen con cada uno de los métodos de cálculo anteriores

MÉTODO	SOLUCIÓN	ÁMBITO	r %	sg m ² s.	Cu €/m ² s.	Q m ² s./m ² t.	α m ² t./m ² s.	a m ² t./m ² s.	VRB €/m ² t.	bu %
Propuesto		1	0,5045	151.350	23,9275	4,3783	0,2284	0,2512	1.000	10,00
		2	0,2814	84.420	29,6551	2,6103	0,3831	0,4214	200	10,00
				235.770						
Tradicional		1	0,1472	44.160	31,3807	4,2239	0,2367	0,3295	1.000	39,18
		2	0,6387	191.610	23,1891	2,8774	0,3475	0,3295	200	-5,19
				235.770						
Tradicional Ponderado	I y II	1	0,7859	235.770	20,1579	4,4608	0,2242	0,1774	1.000	-22,20
	I	2	0	0	38,0000	11,6550	0,0858	0,1774	1.000	103,26
	IIa	2	0	0	8,3032	18,8218	0,0531	0,1080	1.000	103,26
	IIb	2	0	0	8,3032	3,7641	0,2657	0,5400	200	103,26
				235.770						

NOTA AL CUADRO COMPARATIVO: En el ámbito 2 del método tradicional ponderado se han tabulado las dos soluciones. Los números en cursiva ponen de relieve que los aprovechamientos apropiables a y los parámetros Q y α están evaluados aplicando el VRB del ámbito 1 ($VRB_1 = 1000 \text{ €/m}^2 \text{ t.}$). Los resultados del método tradicional ponderado para el ámbito 2 (los designados con las letras 2 I, 2 IIa y 2 IIb) son equivalentes.

Queda patente cómo la aplicación del método tradicional, consistente en igualar edificabilidades, o el método tradicional ponderado, consistente en igualar edificabilidades ponderadas, provocan una absoluta falta de equidad ya que la relación beneficios/aportaciones bu resulta ser totalmente desigual en los dos ámbitos territoriales (*ver gráficos 1, 2 y 3*). Ello es debido, como se ha reiterado, a los diferentes valores de Q de cada ámbito, valores de Q que dependen de gu , Vub , Cu y VRB , variables que no están contempladas en la regulación de la determinación y atribución de aprovechamientos establecida en la legislación analizada (TRLS de 1976, TRLS de 1992 y leyes urbanísticas de las CC.AA.).

8. EL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE EN LA PLUSVALÍA URBANÍSTICA

Hasta aquí se han formulado las ecuaciones que preceden partiendo de la premisa de que existe un porcentaje β del aprovechamiento de cada ámbito territorial que corresponde a la Administración actuante por su participación en la plusvalía urbanística. Por añadidura, se ha indicado que en las legislaciones de algunas CC.AA. se establece que la Administración actuante ni siquiera participa en costear los gastos de urbanización que corresponden a este porcentaje de aprovechamiento. Por otro lado, según la Ley 6/1998, dicho porcentaje β tiene un valor máximo del 10 por 100 y, además, las leyes urbanísticas de las CC.AA. vienen estableciendo como porcentaje fijo para todas las actuaciones el valor máximo $\beta = 10\%$ sin haber analizado las consecuencias que acarrea que β tenga valor fijo.

Como se ha repetido, el aprovechamiento urbanístico no es una plusvalía urbanística ni tampoco la mide. Sólo es una edificabilidad unitaria virtual relativa y constituye el activo realizable del balance de situación del propietario promotor de la actuación. Por consiguiente, el establecimiento de un porcentaje fijo del aprovechamiento urbanístico para la Administración actuante en todas las actuaciones en calidad de participación en la plusvalía urbanística, dada la elasticidad de la relación beneficio/aportaciones respecto del aprovechamiento urbanístico, quiebra también el principio de equidad.

Hay que recordar, por otro lado, que todo el exceso de aprovechamiento, respecto del aprovechamiento apropiable resultante de la aplicación de la

equidad en la relación beneficios/aportaciones (es decir, respecto del que corresponde tras igualar, para toda actuación del término municipal, la tasa del beneficio urbanístico), debería corresponder a la Administración actuante. Por lo tanto, establecer de antemano que un porcentaje del aprovechamiento de cada ámbito territorial corresponde a la Administración actuante por su participación en la plusvalía urbanística es superfluo.

Si, de todos modos, se quiere establecer que, en concepto de participación en la plusvalía urbanística, un porcentaje del aprovechamiento de cada ámbito territorial corresponde a la Administración actuante, lo que debería haber fijado la ley es el valor del porcentaje Ru , respecto de la plusvalía urbanística de los particulares, que corresponde a dicha Administración. A partir de dicho porcentaje Ru , de conformidad con bu y los datos urbanísticos y económicos de cada actuación, resultará un porcentaje β del aprovechamiento del ámbito que corresponderá a la Administración actuante en cada actuación urbanística (porcentaje que no tiene por qué contar con límite máximo alguno puesto que su valor ya queda limitado automáticamente por los valores de Ru y bu así como por el resto de las variables y parámetros de cada actuación urbanística).

En efecto, en cada actuación urbanística, como consecuencia de la actividad de los propietarios promotores de la misma, el valor unitario del suelo sin urbanizar o pendiente de reurbanización Vub , pasa a alcanzar, cuando está urbanizado, el valor $Vu = a VRB$, de forma que, según la ecuación [3]:

$$Vu = a VRB = (Vub + Cu) (1 + gu) (1 + bu) = (Vub + Cu) Pu$$

Pero no todo el incremento de valor existente entre Vu y Vub constituye plusvalía urbanística ya que, en gran parte, dicho incremento incluye gastos e inversiones (costes de urbanización, honorarios de proyectos, gastos de promoción, financiación, etc.) así como beneficios imputables a dichas inversiones de los propietarios de suelo que son los promotores de la actuación urbanística.

El valor de la *plusvalía urbanística de los propietarios de suelo* (en adelante *PLUSVURBP*) viene dado por:

$$PLUSVURBP = bu Vub$$

Por otro lado, la participación de la Administración actuante (en adelante *PAA*) a través de un porcentaje φ (42) del aprovechamiento apropiable por los particulares tendrá como valor:

$$PAA = \varphi a VRB$$

(42) Se expresa el porcentaje de *PAA* con referencia al aprovechamiento apropiable a teniendo en cuenta que, siendo β el porcentaje respecto del aprovechamiento de sector, resultará que $\varphi = \beta / (1 - \beta)$ y, por lo tanto:

$$\beta = \varphi / (1 + \varphi) = \varphi (1 - \beta); (1 - \beta) = 1 / (1 + \varphi) = \beta / \varphi$$

En consecuencia, Ru , el valor de la relación entre la PAA y $PLUSVURBP$ vendrá dado por:

$$Ru = \frac{PAA}{PLUSVURBP} = \frac{\varphi a VRB}{bu Vub} = \frac{\varphi (Vub + Cu) Pu}{bu Vub} = \frac{\varphi Pu}{bu} \left(1 + \frac{Cu}{Vub} \right) \quad [26]$$

Es decir, una vez fijada en la legislación urbanística el valor del «ratio» Ru , es decir, $PAA/PLUSVURBP$, el porcentaje, respecto del aprovechamiento apropiable, que corresponderá en cada actuación a la Administración actuante, vendrá dado por:

$$\varphi = \frac{Ru}{\frac{Pu}{bu} \left(1 + \frac{Cu}{Vub} \right)} = \frac{Ru bu}{Pu} \times \frac{Vub}{Vub + Cu} \quad [27]$$

Por consiguiente, fijado por Ley el valor Ru de la relación $PAA/PLUSVURBP$, y establecido en el plan general el valor de la tasa del beneficio urbanístico bu , el valor del porcentaje φ , respecto del aprovechamiento apropiable, o el porcentaje β respecto del aprovechamiento del ámbito territorial, que corresponde a la Administración actuante por su participación en la plusvalía urbanística en cada actuación, siempre es función de los valores de gu , Cu y Vub .

Además, en los casos en que se pretende, también, la adscripción a la actuación de suelos de sistemas generales para su obtención con cargo al aprovechamiento urbanístico, la determinación de φ , y por ende la determinación de β , se complica un poco más puesto que sin conocer el valor de r_j , es decir, sin conocer la proporción de suelos de sistemas generales a adscribir, no es posible conocer el coste unitario de urbanización Cu , ya que lo único que es posible determinar es Cu^* , es decir, el coste unitario de urbanización referido a la superficie de la actuación sin incluir la superficie de los suelos de sistemas generales a adscribir que está sin determinar.

Se soluciona el problema teniendo en cuenta que, por un lado, $Cu = Cu^*/(1 + r_j)$ y que, por otro, según la ecuación [21]:

$$r_j = \frac{(I -$$

Por consiguiente, introduciendo estas dos fórmulas en la ecuación [27], se obtiene que:

$$\varphi = \frac{Ru \, bu}{Pu} \times \frac{as \, VRB - Pu \, Cu^*}{as \, VRB + Ru \, bu \, Cu^*} \quad [28]$$

y a continuación cabe obtener β aplicando que $\beta = \varphi/(1 + \varphi)$.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.—El aprovechamiento urbanístico unitario no es un término de equidistribución, ni un beneficio, ni una plusvalía urbanística. Sólo es una edificabilidad unitaria (intensidad unitaria de edificación, es decir, metros cuadrados de techo edificable por cada metro cuadrado de suelo) virtual relativa, pues está referida y ponderada respecto del valor de repercusión de suelo del uso y tipología básico *VRB* que se haya tomado como referencia. Dicho en lenguaje contable: el aprovechamiento urbanístico constituye el activo realizable del balance de situación de los propietarios promotores de la actuación urbanística. Por tanto, toda expresión de aprovechamientos urbanísticos debe indicar simultáneamente el valor de repercusión de suelo *VRB* del uso y tipología de referencia, que no es otro que el que se haya tomado como valor de referencia en la ponderación de las intensidades de los diversos usos y tipologías.

SEGUNDA.—En cada ámbito de actuación debe evaluarse y atribuirse el aprovechamiento apropiable o patrimonializable *a* a partir de los valores de *Vub* (valor unitario del suelo sin urbanizar o pendiente de reurbanización), *VRB* (valor básico de repercusión de suelo), *Cu* (coste de urbanización por m² de suelo aportado a la actuación), y *gu* (tasa de los gastos del promotor de la actuación urbanística), teniendo en cuenta la premisa fundamental de que, en toda actuación urbanística del término municipal, la relación beneficios/aportaciones *bu* debe de tener el mismo valor. Este valor de *bu* debe ser suficiente para incentivar la actividad urbanizadora.

TERCERA.—Utilizar la figura del aprovechamiento medio, o tipo, para conseguir la equidistribución de cargas y beneficios no conduce a alcanzar la equidad en la relación beneficios/aportaciones que exige la ley, sino a todo lo contrario, salvo en el caso impensable de que el valor del parámetro *Q* resultase ser igual en todas las actuaciones y en las diversas unidades de ejecución en que se subdividiera el ámbito de reparto. Por consiguiente, el aprovechamiento medio, o tipo, determinado en las leyes urbanísticas de las CC.AA. y en el TRLS de 1976 (Ceuta y Melilla) no garantiza la equidad en la atribución de los beneficios y las cargas de la ordenación en proporción a las aportaciones, sino todo lo contrario.

CUARTA.—Equilibrar aprovechamientos en el entorno del 15 por 100 del aprovechamiento medio tampoco conduce a alcanzar la equidad que exige la

ley; es más, el agravio comparativo resulta ser mayor en las actuaciones con menor valor de la tasa del beneficio urbanístico como consecuencia de la elasticidad de la tasa del beneficio urbanístico respecto del aprovechamiento. En consecuencia, las desviaciones de aprovechamiento respecto del aprovechamiento que debe corresponder, aunque no superen el 15 por 100 de éste, tampoco garantizan la equidad en el reparto de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística en proporción a las aportaciones, sino todo lo contrario.

QUINTA.—El coeficiente de homogeneización de sector originariamente contemplado en el apartado 2.º, del número 1, del artículo 31 del RPU de 1978 y actualmente en la normativa de alguna CC.AA., no está justificado ni es justificable.

En efecto, según el RPU de 1978, las principales circunstancias que es preciso tomar en consideración para establecer el coeficiente de homogeneización de sector son:

- a) *La situación respecto de sistemas generales y demás elementos urbanos significativos.* Pero ésta es una circunstancia que ya está computada en los valores *VRi* y *VRB* que se obtienen por el método residual a partir de los valores en venta de los productos inmobiliarios edificables.
- b) *Las características del suelo de cara a los costes de urbanización.* Pero ésta es una circunstancia que ya está computada en el valor del coste de urbanización *Cu* de cada ámbito territorial.
- c) *Las características del suelo de cara a los costes de edificación.* Pero, al igual que en a), ésta es una circunstancia que también está computada en la determinación de los valores *VRi* y *VRB* por el método residual a partir de los valores en venta de los productos inmobiliarios edificables y de los costes de edificación de estos mismos productos.

SEXTA.—El establecimiento de un porcentaje fijo del aprovechamiento urbanístico como participación de la Administración actuante en la plusvalía urbanística quiebra también el reparto equitativo de las cargas y beneficios de la ordenación urbanística dada la ausencia de proporcionalidad entre la variación relativa de la tasa del beneficio urbanístico y la variación relativa del aprovechamiento apropiable.

Lo único que la ley podría fijar sería el porcentaje *Ru* de participación de la Administración actuante en la plusvalía urbanística respecto de la plusvalía urbanística de los particulares. A partir de dicho porcentaje *Ru* y a partir de la relación beneficios/aportaciones *bu* y del resto de los parámetros estudiados, quedará determinado el valor equitativo del porcentaje β del aprovechamiento que corresponde a la Administración actuante en cada actuación por su participación en la plusvalía urbanística. El porcentaje β no debe tener

límite, puesto que quedará limitado indirectamente a través de Ru , bu y el resto de los parámetros.

SÉPTIMA.—Teniendo en cuenta que en el planeamiento urbanístico está generalizado que se asignen «morfológicamente» las edificabilidades —y por ende los aprovechamientos— siguiendo patrones habituales en el diseño urbano, todo el exceso de aprovechamiento, respecto del aprovechamiento apropiable resultante de la aplicación de la equidad en la relación beneficios/aportaciones, debería corresponder a la Administración actuante para ser destinado: 1) a obtener suelos de sistemas generales por expropiación, ocupación directa o mutuo acuerdo; 2) a compensar actuaciones deficitarias, y, 3) a intervenir en el mercado del suelo. Por consiguiente, también sería equitativo y constitucional erradicar de una vez para siempre el sistema de obtención de los suelos de los sistemas generales, es decir, de los suelos de las dotaciones que dan servicio a la comunidad en general, a través de su adscripción a determinados ámbitos territoriales para su obtención por cuenta y cargo exclusivo del aprovechamiento urbanístico de los propietarios incluidos en dichos ámbitos.

OCTAVA.—El método de cálculo a seguir, dentro del planeamiento urbanístico, para la evaluación y atribución de los aprovechamientos apropiables a partir de los aprovechamientos de sector asignados morfológicamente siguiendo los patrones habituales del diseño urbano, debe limitarse a aplicar el mandato legal de la equidad en la relación beneficios/aportaciones, tal y como se ha formulado en la ecuación [3]:

$$bu = \frac{a \cdot VRB}{(Vub + Cu)(1 + gu)} - 1$$

De la que resulta que:

$$a = \frac{(Vub + Cu) Pu}{VRB}$$

El exceso de aprovechamiento, respecto del aprovechamiento apropiable resultante de la aplicación de la equidad en la relación beneficios/aportaciones, corresponderá a la Administración actuante:

$$ad = as - a$$

donde a es el aprovechamiento urbanístico apropiable, $as = \sum ei.Ii$, el aprovechamiento urbanístico unitario del ámbito territorial considerado, y ad el aprovechamiento que corresponde a la Administración actuante.

NOVENA.—El método de cálculo a seguir, dentro del planeamiento urbanístico, para la evaluación y atribución de los aprovechamientos apropiables en cada actuación a partir de los aprovechamientos de sector asignados morfológicamente siguiendo los patrones habituales del diseño urbano en el caso de que esté prevista la atribución de un porcentaje β del aprovechamiento de cada ámbito territorial a la Administración actuante, así como para la simultánea adscripción, en su caso, de suelos de sistemas generales a obtener con cargo a los aprovechamientos urbanísticos de cada actuación (en el supuesto de que fuese constitucional), debe limitarse también a aplicar el mandato legal de la equidad en la relación beneficios/aportaciones, tal y como se ha formulado en la ecuación [3]:

$$bu = \frac{a \cdot VRB}{(Vub + Cu)(1 + gu)} - 1$$

pero teniendo en cuenta que:

$$a = \frac{(1 - \beta) as}{1 + r_j}$$

donde β , en el caso de no estar fijado en la ley urbanística (que no debería estarlo), deberá ser evaluado a partir del valor Ru que sí debería estar determinado por ley en el supuesto de que todo el exceso de aprovechamiento, respecto del aprovechamiento apropiable resultante de aplicar la tasa del beneficio urbanístico bu , no correspondiera a la Administración actuante; y que:

$$Cu = \frac{CU}{S_j (1 + r_j)}$$

y recordando que Cu^* es el cociente CU/S_j , es decir, el coste de urbanización referido al m^2 del sector j sin incluir la superficie de suelos sistemas generales adscritos, y partiendo del as establecido en el planeamiento mediante asignación morfológica consecuente de los patrones habituales de diseño urbano, resulta que (43):

$$bu = \frac{a VRB}{(Vub + Cu)(1 + gu)} - 1 = \frac{(1 - \beta) as VRB}{(Vub (1 + r_j) + Cu^*) (1 + gu)} - 1$$

(43) En algunas leyes urbanísticas $(1 - \beta) = 0,9$.

y, por consiguiente, partiendo del bu que ha de definirse en el planeamiento general para todo el término municipal, se obtiene:

$$Pu = (1 + gu) (1 + bu)$$

$$r_j = \frac{(1 - \beta) as VRB - Pu Cu^*}{Vub Pu} - 1$$

Una vez calculado r_j (que puede contemplar valores de los suelos de sistemas generales distintos de los del ámbito al que se adscriben) (44) cabe determinar el valor de Cu de la actuación y, a partir de ahí, aplicando las fórmulas simplificadas derivadas de la ecuación [3] para determinar los valores de los parámetros restantes, se puede obtener el Cu y, a continuación, el valor del aprovechamiento apropiable atribuible por el planeamiento, cumpliendo así todos los requisitos de la equidad urbanística aplicando las ecuaciones [8] ó [22].

CONCLUSIÓN FINAL

La nueva y más precisa formulación de la equidad en el reparto de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística, como equidad en la relación entre beneficios y aportaciones en cada actuación urbanística, que ha quedado concretada en el artículo 5 de la Ley 6/1998, exige revisar las normas y criterios establecidos respecto de la equidistribución y los aprovechamientos urbanísticos para el suelo urbano no consolidado por la urbanización y el suelo urbanizable, tanto en las leyes urbanísticas de las CC.AA. como en el TRLS de 1976 —aplicable a Ceuta y Melilla—, ya que en estas legislaciones se parte de la errada premisa de que, para alcanzar la equidad, basta con igualar los aprovechamientos de los distintos ámbitos al aprovechamiento medio, o tipo, o subsidiariamente con dejar dicho aprovechamiento en el entorno del 15 por 100 de dicho aprovechamiento medio, o tipo, cuando con tal igualación no se consigue alcanzar la equidad establecida en la Constitución Española (arts. 1, 9 y 14) que hoy exige también la Ley 6/1998, sino que, por el contrario, suele agravarse aún más la iniquidad.

Igualmente, la nueva y más precisa formulación de la equidad urbanística introducida por la Ley 6/1998 exige completar y revisar las normas de valoración catastral del Real Decreto 1020/1993.

(44) Hay que recordar que r_j puede representar: o bien sólo la relación de superficies $r_j = sg_j/S_j$; o bien la relación de valores $r_j = sg_j.v_j/S_j$, siendo $v_j = Vusg/Vub$.

A la hora de determinar y atribuir aprovechamientos apropiables dentro del planeamiento, hay que partir de igualar la relación entre beneficios y aportaciones en todas las actuaciones (igualar la tasa del beneficio urbanístico *bu*). Sólo así se conseguirá: 1) alcanzar la equidad establecida en la Ley 6/1998; 2) obtener de forma objetiva, gratuita y equitativa grandes superficies de suelos para sistemas generales o, subsidiariamente, en el supuesto de que la obtención de los suelos de sistemas generales por cuenta y cargo exclusivo del aprovechamiento urbanístico de unos pocos no fuese constitucional, obtener por los Ayuntamientos todo el aprovechamiento que exceda del resultante de aplicar la misma tasa del beneficio urbanístico en todas y cada una de las actuaciones urbanísticas; 3) que resulten unos valores de suelo que no se disparen con edificabilidades «morfológicamente» atribuidas en los planeamientos a partir de modelos preestablecidos de ordenación territorial habituales en el diseño urbano sin estudios económicos previos; y, 4) reducir sustancialmente el coste de las expropiaciones para obtener suelos destinados a sistemas generales habida cuenta de que a los propietarios de los suelos de sistemas generales a obtener por expropiación también les resulta aplicable el principio de equidad.

CARLOS URRACA CAVIEDES
Letrado del Tribunal de Primera Instancia
de las Comunidades Europeas
Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

El futuro Código Civil Europeo de Contratos

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: EL VIEJO *IUS COMMUNE* ROMANO-CANÓNICO COMO PUNTO DE PARTIDA.—II. LA DIFUSIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN ESPAÑA Y EUROPA.—III. INICIATIVAS COMUNITARIAS PARA ELABORAR UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO: A) LAS RESOLUCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 26 DE MAYO DE 1989, DE 6 DE MAYO DE 1994 Y DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2001. B) EL CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE, DE 15 Y 16 DE OCTUBRE DE 1999. C) LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, DE 1 DE JULIO DE 2001. D) EL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN, DE 2 DE OCTUBRE DE 2001, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA. E) INFORME SOBRE LA APROXIMACIÓN CIVIL DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2001. F) DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL, DE 17 DE JULIO DE 2002.—IV. INICIATIVAS EXTRACOMUNITARIAS O ACADÉMICAS: A) EL CONVENIO DE PAVÍA, DE 20 Y 21 DE OCTUBRE DE 1990. B) COMMON LAW Y CIVIL LAW: EL CONTRACT CODE DE HARVEY MCGREGOR.—V. GRUPOS DE TRABAJO EUROPEOS: A) COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO O COMISIÓN LANDO: LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL): 1. *Contenido de los PECL*. 2. *Objetivo de los PECL*. 3. *Modelos en que se inspiran*: a) Los Restatements norteamericanos; b) Los principios UNIDROIT. B) GRUPO DE ESTUDIO DE UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO DE VON BAR. C) GRUPO DE PAVÍA O PROYECTO GANDOLFI. D) GRUPO DE TILBURG O PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. E) GRUPO DE TRENTO O COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW. F) OTROS GRUPOS. G) CONVENIENCIA DE SU COORDINACIÓN.—VI. COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ELABORAR UN CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS: A) COMPETENCIAS DE ATRIBUCIÓN. B) COMPETENCIAS IMPLÍCITAS. C) COMPETENCIAS SUPLEMENTARIAS.—VII. CONTENIDO DEL FUTURO CÓDIGO EUROPEO: ¿DEBE INCLUIR LOS DERECHOS DE FAMILIA Y SUCESIONES?: A) DERECHO DE FAMILIA. B) DERECHO DE SUCESIONES: 1. *Puntos de divergencia*. 2. *Puntos de coincidencia*.—VIII. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE UN CÓDIGO EUROPEO.—IX. RECAPITULACIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: EL VIEJO *IUS COMMUNE* ROMANO-CANÓNICO COMO PUNTO DE PARTIDA

La expresión Derecho Europeo puede entenderse en un doble sentido: *a)* es un ordenamiento jurídico que tiene sus raíces en convenios internacionales, pero con importantes semejanzas con los sistemas nacionales y con rasgos muy específicos, entre los que destaca su evolución especialmente dinámica; *b)* el Derecho europeo recoge los elementos comunes de los ordenamientos nacionales y supranacionales, como el Derecho de las Comunidades Europeas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido se refiere a una situación y a un proceso de «europeización» de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Estos dos sentidos del Derecho Europeo están íntimamente vinculados, ya que la Comunidad Europea desempeña un papel esencial en el proceso de europeización de los derechos nacionales, con lo que el sistema jurídico comunitario es un elemento central de dicho proceso (1).

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea no puede ser entendido como un fenómeno jurídico aislado y encerrado sobre sí mismo, sino que uno de sus rasgos esenciales es la integración con los ordenamientos nacionales; precisamente por ello, los principios más característicos del Derecho Comunitario —el efecto directo y el de primacía— se refieren a sus relaciones con los ordenamientos internos, lo que conlleva como consecuencia una convergencia cada vez mayor de los ordenamientos nacionales, en especial, en el Derecho Privado.

Desde su nacimiento, el Derecho Comunitario ha incidido en el Derecho Privado, en un principio, de una manera limitada o indirecta, y posteriormente, en las décadas de los ochenta y noventa ha tenido un crecimiento espectacular con la publicación de una serie de Directivas sobre contratos celebrados por consumidores, desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La creciente influencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho Privado era algo previsible porque, conforme se consolidaba y aumentaba el mercado interior, era necesario armonizar los Derechos Privados nacionales para proteger a usuarios y consumidores. Se pasó de una «integración negativa», es decir, de evitar que los derechos privados nacionales estableciesen limitaciones o restricciones a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios o capitales, a una «integración positiva», promulgando Reglamentos

(1) G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, abril-mayo de 1999, pág. 11 y sigs., núm. 200.

y Directivas con un contenido variable sobre Derecho Privado. Los Tratados de Maastricht y Amsterdam contribuyeron al crecimiento y consolidación de un auténtico Derecho Privado Europeo (2).

Una característica del mundo actual es la globalización de la vida económica y social. Las decisiones adoptadas por determinados organismos (Banco Mundial, Banco Central Europeo, Reserva Federal Norteamericana...) repercuten, directa o indirectamente, en la economía continental y, en definitiva, mundial.

Desde el punto de vista jurídico, este proceso de globalización conlleva varias consecuencias:

1.^a La progresiva aparición de un Derecho Privado Europeo y el correlativo debilitamiento de los derechos nacionales. Las Directivas Comunitarias han contribuido a la dispersión del Derecho Privado en las últimas décadas, a pesar de que deben reflejar una determinada tendencia política, el funcionamiento del mercado interior; sin embargo, las instituciones de Derecho Privado (Derecho de Sociedades, Derecho de Obligaciones y Contratos) son mucho más que simples consecuencias de la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, proclamada en el Tratado de la Unión Europea.

2.^a La internacionalización de la vida jurídica plantea un problema de integración, que deja de ser una conveniencia para convertirse en necesidad, especialmente en el ámbito de las Obligaciones y Contratos (3).

3.^a En los últimos años se ha producido un considerable avance en el proceso de unificación jurídica en diversos campos: en el derecho de la competencia, propiedad intelectual, derecho laboral, derecho de sociedades... El Derecho de Obligaciones se ha visto afectado por Directivas sobre protección de usuarios, contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, cláusulas abusivas en contratos con consumidores, créditos al consumo...; sin embargo, se trata de una unificación sectorial, de determinadas parcelas de los ordenamientos internos, lo que ha contribuido a una mayor complejidad y oscuridad, lejos de la coherencia y racionalidad que debe inspirar todo ordenamiento jurídico.

Para solucionar estas dificultades, el Parlamento Europeo ha propuesto la elaboración de un Código Europeo de Obligaciones y Contratos (Resoluciones de 26 de mayo de 1989, 6 de mayo de 1994, y 6 y 15 de noviembre de 2001, que veremos posteriormente) (4).

(2) SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Privado Europeo*, Granada, 2002.

(3) CARBONNIER señalaba que, de todas las partes del Derecho Civil, la más necesitada de unificación es la de Obligaciones y Contratos, a diferencia de las demás, que pueden y deben conservar su propia particularidad, como Familia y Sucesiones. Sobre este punto, ver apartado VII.

(4) Ver apartado III, letra A.

La compartimentación nacional de la vida jurídica es actualmente un anacronismo. La Segunda Guerra Mundial significó el fracaso de los nacionalismos, incluido el jurídico, por ello, los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas (5) fueron el primer paso para una unión más estrecha entre los pueblos de Europa; el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, señaló los pasos a seguir, no sólo para la unión económica y monetaria sino también para políticas comunes en política exterior, seguridad y justicia. Es evidente que todo este proceso de integración se vería favorecido si se supera el nacionalismo jurídico todavía existente en Europa (6).

HELMUT COING pone de relieve la «indisoluble unidad» de pasado y presente de la ciencia jurídica europea, que presenta la materia jurídica como un sistema racional, como un todo lógico, en el que las soluciones a los casos concretos pueden deducirse de principios generales y relacionarse unos con otros, racionalizando la aplicación de la ley; por tanto, el Derecho posee un carácter dinámico y en continuo desarrollo, que se produce dentro de un sistema de fuentes y métodos, de conceptos, reglas y argumentos, lo que, en definitiva, constituye una tradición que ha contribuido decisivamente a la configuración de la Europa moderna (7).

Como en el *ius commune* europeo anterior a la codificación, la nueva doctrina jurídica europea no presupone ni tiene como consecuencia una uniformidad de soluciones jurídicas. En este sentido, SAVIGNY decía que el carácter histórico de la ciencia jurídica se distorsionaba cuando las instituciones jurídicas del pasado se concebían como algo tan elevado que debían mantenerse inalteradas en el presente y en el futuro; por el contrario, su esencia radicaba en reconocer el mérito y la independencia de cada siglo, manteniendo vivo el lazo que liga el presente con el pasado, pues sin ese vínculo sólo subsiste la apariencia externa de la situación jurídica actual, pero sin comprender su esencia interna (8).

Es indudable que la creación de un nuevo Derecho europeo requiere un cambio de perspectiva, pues la ciencia jurídica ha dejado de ser, a lo largo de los siglos, una ciencia histórica. Ya ha existido una cultura jurídica europea, un «viejo» Derecho Privado europeo, el *ius commune* romano-canónico, que tiene su base en la recepción del Derecho romano en la Europa medieval, y

(5) El Tratado de París, de 18 de abril de 1951, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y los de Roma, de 25 de marzo de 1957, por los que se constituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEa o EURATOM).

(6) En este sentido, el artículo 3, letra h) del Tratado CEE señalaba como cometido, «la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común».

(7) HELMUT COING, *Derecho Privado Europeo*, t. I, pág. 23 y sigs., 1996.

(8) SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, pág. 49 y sigs.

que constituye el punto de partida más próximo y lógico para una «organización progresiva de la ciencia del Derecho» (9). KORSACHER considera al *ius commune* como una especie de derecho natural de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo histórico común (10).

Anteriormente veíamos que la compartimentación nacional de la vida jurídica es hoy un anacronismo. En los ordenamientos jurídicos de la Europa continental hay varios factores que contrarrestan la tendencia hacia la diversidad nacional:

1.º Las modernas codificaciones responden a la misma tradición jurídica. Ni el Código Civil francés de 1804 ni el Código Civil alemán de 1900 (BGB) fueron concebidos como codificación de un específico Derecho nacional francés o alemán, sino con una pretensión universal de servir de modelos a las demás legislaciones (11).

2.º Los ordenamientos europeos mantienen entre sí numerosos puntos en común. El Código francés mantuvo su influencia en varios países europeos después de la derrota de Napoleón y lo mismo ocurrió con la pandectística alemana.

3.º El nacimiento del Derecho comparado como disciplina jurídica autónoma en el siglo XIX ha proporcionado una importante fuente de inspiración al legislador en los últimos siglos. De esta nota pueden deducirse las siguientes consideraciones: a) que el Derecho europeo consiste actualmente en una diversidad de sistemas jurídicos y su conexión inmediata con el viejo *ius commune* provocaría un terremoto jurídico; b) que una combinación entre Derecho comparado e historia del derecho parece el camino más adecuado para entender las relaciones entre el Common Law y el Civil Law, para avanzar en la comprensión y armonización de ambos sistemas (12).

Para el nacimiento de un Derecho Privado Europeo es requisito esencial la organización progresiva de una ciencia del Derecho, que revitalice una tradición común y suministre un conjunto de reglas y principios jurídicos que contemplen a los ordenamientos existentes como variantes nacionales de un mismo tema (13).

(9) SAVIGNY, *op. cit.*, pág. 57.

(10) KORSACHER, *Europa und das römische Recht*, pág. 346 y sigs., 1966.

(11) REINER SCHULZE, *Europäische Rechts - und Verfassungs - geschichte*, pág. 121 y sigs.; GORDLEY, *Myths of the French Civil Code*, pág. 459 y sigs., 1994.

(12) Sobre este punto, JEREMY BLACK, *Convergence or Divergence? Britain and the Continent*, 1994.

(13) Este cambio de perspectiva supondría una refundación de la Escuela Histórica del Derecho, creada por SAVIGNY, como defiende REINHARD ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, págs. 12 y 66, Madrid, 2000.

II. LA DIFUSIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN ESPAÑA Y EN EUROPA

La obra más importante en la historia del Derecho Romano fue, sin duda, la recopilación realizada por el emperador JUSTINIANO (años 528 a 533), integrada por las Instituciones (obra destinada a la enseñanza del Derecho), el Digesto o Pandectas (recopilación de textos de la jurisprudencia clásica), el Código (constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano) y las Novelas (constituciones posteriores al Código). Desde el siglo XII, la obra de Justiniano fue conocida con el nombre de *Corpus iuris civilis*.

Sin embargo, durante los siglos VI al XI, esta labor de recopilación no fue muy conocida en varios países del Occidente europeo, bien por haberse hecho más de medio siglo después de la caída del Imperio Romano de Occidente (476), bien por el lugar de su elaboración, el lejano mundo bizantino.

En Italia, en las escuelas de «artes liberales», la enseñanza enciclopédica de todos los saberes se agrupaba en dos ramas, el *trivium* (gramática, retórica y dialéctica), y *quadrivium* (geometría, aritmética, astrología y música). No existía, pues, una enseñanza del Derecho autónoma y separada, sin embargo, dichas escuelas salvaron los estudios del Derecho, impidiendo que cayeran en un completo olvido; a partir del siglo XI, esta situación empezó a mejorar al aparecer en Pavía una Escuela de Derecho.

En Francia, la situación era mucho peor, pues la enseñanza del Derecho se limitaba al Breviario de Alarico, al Código Teodosiano o a las Etimologías de San Isidoro de Sevilla.

En los reinos hispánicos de los siglos VIII al XII, las fuentes del Derecho Romano justineano fueron casi totalmente ignoradas, limitándose la tradición jurídica al Fuero Juzgo, nombre que se dio a la traducción oficial del *Liber iudiciorum*.

No obstante, el renacimiento jurídico del siglo XII tuvo varias causas: *a)* el Occidente europeo experimentó un fuerte crecimiento demográfico, en especial, en las ciudades, donde se desarrollaron nuevas formas de economía urbana (comercio, actividades artesanales, profesionales...), distintas a la tradicional economía rural, que requerían una nueva regulación jurídica y el Derecho Romano justineano era el modelo apropiado; *b)* la sociedad europea de aquella época era considerada como un todo unitario, se la contemplaba tanto bajo el concepto de Imperio como el de Cristiandad. En el año 800, CARLOMAGNO reconstruyó el Imperio bajo el nombre de Sacro Imperio Romano Germánico, en el que se integraban todos los cristianos, bajo una organización jerárquica de poderes formada por el Papa y el Emperador. Esta concepción unitaria de la sociedad exigía, lógicamente, un solo Derecho, o, al menos, un solo Derecho Canónico (*lex ecclesiastica*) y un solo Derecho Civil (*lex mundana*), que debían complementarse y no contraponerse. Partiendo de

estas premisas, el Derecho Romano se manifestó pronto como el ordenamiento jurídico del Sacro Imperio.

En la formación del *ius commune* europeo también desempeñaron un importante papel los glosadores de la Escuela de Bolonia, fundada por GUARNERIO o IRNERIO, como un nuevo modo de estudiar el Derecho. El método de trabajo era la glosa, de ahí el nombre de glosadores; para descubrir y explicar el sentido de los textos justineanos colocaban breves aclaraciones (glosas) del significado de cada pasaje, entre líneas o al margen de cada párrafo. Como características generales de los glosadores pueden señalarse: a) ideológica y políticamente fueron partidarios del emperador y de la idea medieval del imperio, ya que el imperio existía y debía seguir existiendo, debía tener un solo Derecho y éste sólo podía ser el romano; b) el Derecho Romano justineano era el derecho positivo y vigente en el ámbito del imperio, no un ordenamiento pasado, cuya historia interesara conocer.

Paralelo al *ius civile* y en buena medida inducido por éste, el Derecho Canónico experimentó, desde finales del siglo XI, un claro resurgimiento con la reforma en el gobierno de la Iglesia y, en especial, con la configuración del poder pontificio por el Papa Gregorio VII (1073-1085). La reforma gregoriana desembocó en el absolutismo pontificio en el gobierno de la Iglesia, del que se derivaron dos consecuencias importantes: a) la unificación del Derecho Canónico como ordenamiento jurídico de toda la Cristiandad; b) que el nuevo ordenamiento canónico se construía bajo la dirección del Papa y sobre la base de las decisiones pontificias (decretales).

Como consecuencia del creciente poder pontificio, los Papas promulgaron numerosos decretales, que eran respuestas a problemas jurídicos particulares, y servirían no sólo para resolver el caso concreto sino también otros casos futuros semejantes. Resultaba muy útil coleccionar todas las decretales pontificias, por ello, Gregorio IX ordenó a su capellán, el dominico Raimundo de Peñafort, que las recopilara; surgieron así las Decretales Gregorii IX (1234), divididas en cinco libros y sus estudiosos fueron llamados «decretalistas» (14).

Todos estos factores trajeron como resultado el *ius commune*. El Derecho Romano fue considerado como un don de Dios, como un Derecho inspirado por la equidad y como una creación cultural insuperable, como la *ratio iuris*. Este prestigio se extendió también al Derecho Canónico clásico y, en espe-

(14) La mitificación de las fuentes romanas justineanas y canónicas aparece incluso en el Vaticano. Cuando el gran pintor RAFAEL decoró las cuatro paredes de la «Stanza della Segnatura» pintó en uno de los muros la Escuela de Atenas, que simbolizaba el triunfo de la razón filosófica y científica; en otro, el Parnaso, triunfo de la poesía; en la tercera pared, la instauración de la Eucaristía y el triunfo de la Iglesia y, en la cuarta, representa a Justiniano, entregando el Digesto a los juristas, y a Gregorio IX, las Decretales a sus cardenales, como manifestaciones del triunfo de la razón en el ámbito del Derecho.

cial, a las Decretales de Gregorio IX. El apoyo que el Papado le prestó contribuyó decisivamente al indisociable prestigio de uno y otro Derecho, entendidos como el Derecho común de la Cristiandad, en su doble vertiente de Imperio e Iglesia.

Por eso, los legisladores y juristas acudieron a los textos romanos y canónicos en defecto de normas específicas y, en ocasiones, hasta con preferencia, a los ordenamientos particulares, dando entrada también a la «doctrina de los doctores» o jurisprudencia compuesta por los glosadores. Todos estos elementos se englobaron en el Derecho común, el *ius commune*, resultado de un largo proceso histórico.

La recepción del Derecho común fue general, pero no uniforme ni pacífica, pues tuvo que vencer resistencias en diversos lugares (Francia, Portugal, Aragón, Castilla), que aplicaban sus derechos tradicionales; significó, pues, la lucha entre un derecho nuevo y un derecho viejo o tradicional de cada país.

En Francia existió una clara diferencia entre las zonas del Sur con las del Centro y Norte. Por su proximidad y relación con los glosadores italianos, en la zona Sur predominó el *ius commune* (pays de droit écrit), mientras que en las zonas Norte y Centro regía el derecho consuetudinario (pays de droit coutumier).

En Portugal la recepción del Derecho Romano y Canónico se realizó a través del Fuero Real y las Partidas de Alfonso X el Sabio, que fueron traducidas al portugués, y de la Universidad de Coimbra, creada por don Dionis en 1290.

Inglaterra es un ejemplo de cómo el Derecho romano-canónico penetró también en países en donde faltaba el sustrato latino lingüístico y la romanización había sido superficial; el *ius commune* penetró en Inglaterra por la vía universitaria, un glosador italiano, VACARIO, fundó una escuela de Derecho en la Universidad de Oxford y dos grandes juristas ingleses, HENRY OF BRACTON y GLANVIL lo difundieron por todo el país.

En Alemania la recepción del *ius commune* fue tardía por la resistencia de unos derechos consuetudinarios muy arraigados y se produjo paulatinamente por los estudiantes alemanes que lo aprendían en las Universidades italianas o francesas, hasta que se incorporó a la Universidad de Heidelberg (1386). La recepción fue tardía, pero muy profunda (15).

De lo anteriormente expuesto se comprueba que, durante varios siglos, Europa aplicó un Derecho Común, el *ius commune* romano-canónico, situación que se prolongó hasta el movimiento codificador del siglo XIX, en el que varios países codificaron «su» Derecho Civil; desde entonces se contraponen el Derecho Civil francés, italiano, portugués, alemán, etc., como sistemas

(15) Una exposición muy amplia e interesante sobre el tema puede verse en TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pág. 180 y sigs., Madrid, 1996.

diferentes, cuando, en realidad, todos participan de la misma cultura jurídica y el sustrato jurídico en que se inspiraron fue común a todos ellos. Probablemente la mayor consecuencia jurídica de la codificación fue acentuar el distanciamiento entre el Common Law y el Civil Law (16).

Acostumbrados a utilizar en cada país «nuestro» Derecho Civil, puede parecer sorprendente hablar de un Derecho Privado Europeo, de un Derecho Común para Europa, cuando esa situación ya se vivió durante varios siglos. Problema diferente será cómo se va a construir ese «nuevo» Derecho, cómo aproximar el sistema continental y el sistema anglosajón sin imponer la uniformidad de soluciones.

En otra ocasión sostuve que «la creación de un nuevo sistema jurídico, el Derecho Comunitario Europeo, conlleva la aparición de un nuevo sistema de fuentes del Derecho, que responda a una nueva concepción económica, política y social que sustituya a la antigua visión estrecha, local y nacionalista de los países europeos; este nuevo Derecho obliga a los juristas a revisar y replantear gran parte de los esquemas jurídicos tradicionales, al tener que buscar el primer bloque normativo, no en el propio ordenamiento interno, sino en otro sistema jurídico de orden superior, acorde con la idea de supranacionalidad» (17). Ahora que se plantea el hecho histórico de crear un «nuevo» Derecho Privado Europeo, es indudable que el mundo jurídico tiene su parte de responsabilidad y algo que decir y aportar al respecto.

III. INICIATIVAS COMUNITARIAS PARA ELABORAR UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO

Anteriormente hemos visto (18) que en los últimos años se ha producido un considerable avance en el proceso de unificación jurídica en diversos campos (Derecho de sociedades, Derecho de la competencia...), en especial, el Derecho de Obligaciones se ha visto afectado por varias Directivas, como la 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, en materia de daños causados por productos defectuosos, o la 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (19); sin embargo, esta unificación no sólo afecta a determinados

(16) Sobre este punto, ver apartados IV, V y, en especial, VI, el *Contract Code*, de HARVEY MCGREGOR.

(17) MASIDE MIRANDA, «Las fuentes del Derecho en el Derecho Comunitario Europeo y en el Código Civil», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1990, pág. 349 y sigs., en especial 398, núm. 601.

(18) Ver apartado I, *Consecuencias de la globalización*.

(19) Sobre este punto me remito a mi trabajo «Las condiciones generales de los contratos y la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas

sectores del Derecho Privado, sino que, además, es desarrollada por los propios Estados miembros, lo que contribuye a una mayor complejidad y oscuridad, lejos de la coherencia y racionalidad que debe inspirar todo ordenamiento jurídico.

Para solucionar estos problemas, el Parlamento Europeo ha optado por elaborar un Código Europeo de Obligaciones y Contratos, partiendo de la idea de que «la forma más conveniente de armonización jurídica de la Comunidad era la unificación de importantes ramas en el ámbito del Derecho Privado» (Resolución de 26 de mayo de 1989). Esta Resolución marca el punto de partida del proceso unificador, se ha visto ratificada por otras posteriores (Resoluciones de 6 de mayo de 1994, 6 y 15 de noviembre de 2001) y complementada por otras iniciativas comunitarias en este mismo sentido, que pasamos a examinar.

A) LAS RESOLUCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 26 DE MAYO DE 1989, DE 6 DE MAYO DE 1994 Y DE 6 Y 15 DE NOVIEMBRE DE 2001

La Resolución de 26 de mayo de 1989 (20), sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho Privado de los Estados miembros, considera que la Comunidad ha logrado hasta ahora una armonización de muchos temas concretos del Derecho Privado, pero no de ramas enteras del mismo; que la cobertura jurídica de temas concretos no resulta suficiente para las necesidades y aspiraciones del mercado único y sin fronteras; que la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad, en el ámbito del Derecho Privado, es la unificación de importantes ramas del mismo; que un Derecho Privado común y modernizado puede lograr la ampliación, directa o indirectamente, de los vínculos de la Comunidad con países terceros y más particularmente con los países de América Latina; que la unificación es posible en lo relativo a ramas del Derecho Privado importantísimas para el desarrollo del mercado único, como en el caso del Derecho de Obligaciones, sin que las posibilidades de unificación se agoten sólo en ello; que las disposiciones del Tratado y del Acta Única ofrecen pleno apoyo jurídico al objetivo que se persigue; que para una mutua comprensión de los diferentes Códigos en vigor en los Estados miembros y de los diferentes sistemas de Derecho Privado, así como para la colaboración en la tarea de unificación, resulta necesario el estímulo tanto de los

en los contratos celebrados con consumidores», en el *Libro-Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, tomo I, pág. 187 y sigs., editado por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.

(20) DOCE, C 158, 26 de junio de 1989, págs. 400 y 401, Resolución A2-157/89.

estudios de Derecho Comparado dentro de la Comunidad, como de los trabajos más generales de codificación; que un Derecho Privado común será beneficioso para todos los Estados miembros e, incluso, para cuantos países miembros de la Comunidad no participen en la aprobación del mismo; que, en una primera fase, los Estados miembros deberán examinar la cuestión, intercambiar puntos de vista y manifestar si piensan participar o no en la tarea de unificación; a continuación, los Estados miembros que decidan participar en la unificación deberán proceder a la organización de un comité de expertos que determinará las prioridades y organizará el conjunto de los trabajos que habrá de realizarse; solicita que se dé comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código Europeo Común de Derecho Privado y hace un llamamiento a los Estados miembros para que manifiesten si desean participar en la unificación propuesta como objetivo; pide que se cree un comité de expertos calificados que determine las prioridades y organice el conjunto de los trabajos que habrá de realizarse para la unificación del Derecho Privado de los Estados miembros que acepten el principio de la unificación; pide que se estimulen los centros de estudios de Derecho Comparado dentro de la Comunidad, al igual que los trabajos más generales de codificación y encarga al Presidente del Parlamento que transmita esta Resolución al Consejo, a la Comisión y a los gobiernos de los Estados miembros.

La Resolución de 6 de mayo de 1994 (21), sobre la armonización de determinados sectores del Derecho Privado de los Estados miembros, considera que la Comunidad ha armonizado ya varios ámbitos del Derecho Privado; que, en la anterior Resolución de 26 de mayo de 1989, el Parlamento Europeo solicitó que comenzasen los trabajos de preparación necesarios para la elaboración de un Código europeo común de Derecho Privado; que la Comisión aún no ha emprendido estos trabajos preparatorios; que una armonización progresiva de determinados sectores del Derecho Privado es esencial para la realización del mercado interior; pide a la Comisión que se inicien los trabajos sobre la posibilidad de elaborar un Código europeo común de Derecho Privado; pide que se constituya una comisión compuesta por científicos cualificados que pueda proponer las prioridades para una armonización parcial a corto plazo y para una armonización más general a largo plazo; considera que la Unión podría promover la armonización y unificación a nivel mundial o europeo en organizaciones como UNIDROIT, UNCITRAL y el Consejo de Europa; considera oportuno seguir apoyando los trabajos de armonización del Derecho Contractual de la «Commission on European Contract Law», más conocida como «Commission LANDO»; y encarga a su presidente que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión y a los gobiernos de los Estados miembros.

(21) DOCE, núm. C 205/518, 25 de julio de 1994.

La Resolución de 15 de noviembre de 2001 (22), considerada como la más amplia y completa sobre la materia, señala que la armonización del Derecho Civil básico de los Estados miembros «es un tema delicado y con gran carga política»; por esta razón, parece lógico que, en una primera fase, esta armonización tenga una concepción amplia que permita superar la distinción entre el Derecho Civil y Mercantil, que regule las diferentes clases de contratos y dé entrada a las numerosas figuras procedentes del sistema anglosajón (leasing, renting, factoring...), el derecho de daños, la responsabilidad contractual y extracontractual, así como las obligaciones no contractuales (enriquecimiento injusto y gestión de negocios), estableciendo unos principios generales para las relaciones contractuales concretas.

En una segunda fase, esta armonización del Derecho Civil será mucho más ambiciosa y profunda. En las Consideraciones en relación con la Comunicación de la Comisión, esta Resolución «lamenta que la Comisión haya limitado sorprendentemente su comunicación al Derecho Contractual Privado, si bien el mandato otorgado por el Consejo Europeo de Tampere brindaba mayores posibilidades» (punto 9); «subraya la necesidad de proseguir con la armonización puntual del Derecho Contractual cuando no pueda aplicarse el reconocimiento mutuo de las normas nacionales y cuando la divergencia de dichas normas dé lugar a obstáculos para el funcionamiento del mercado interior, tal como la ha definido el Tribunal de Justicia» (punto 10) (23); «considera que los problemas que se registran en la actualidad con la celebración, la ejecución y la resolución de los contratos no puede solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales o con las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa o los derechos reales» (punto 13); entiende que la comunicación de la Comisión contiene muchas ideas positivas y «le pide que en el proceso de aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros presente, como siguiente paso, y tras una profunda consulta científica, un plan de acción que englobe los siguientes elementos:

- a) «Hasta finales de 2004: Compilar en una base de datos, en todas las lenguas de la Comunidad, la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho Contractual y promover, a partir de dicha base de datos, investigaciones en el campo del Derecho Comparado, así como la cooperación entre las partes interesadas y los círculos académicos y profesionales relacionados con el Derecho. La cooperación debería tener por objeto alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes y una terminología jurídica común a los quince Esta-

(22) COM (2001) 398-C5-0471/2001-2001/2187 (COS).

(23) Asunto C-376/98, Recopilación del Tribunal de Justicia, 2000, pág. 1-8419.

dos miembros que podría aplicarse con carácter voluntario (opción II de la Comunicación) (24) en los siguientes ámbitos: Derecho Contractual general, Derecho de la compraventa, Derecho de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros y los contratos de seguros, Derecho de garantías personales y Derecho de Obligaciones no contractuales (comisión de delitos, enriquecimiento sin causa), Derecho de transmisión de propiedades en el caso de bienes muebles, Derecho de garantías crediticias y bienes muebles, Derecho de trust.

...

- f) A partir de 2005: fomento de la difusión de los análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes en el marco de la formación académica y de los planes de estudios de las profesiones relacionadas con el Derecho y fomento de la difusión del Derecho Comunitario entre los mismos círculos académicos y profesionales.

...

- h) A partir de 2006: legislación europea que prescriba la utilización de los principios jurídicos y de la terminología jurídica comunes referente a las relaciones contractuales transfronterizas o interestatales con la posibilidad de cláusulas de excepción contractuales.
- i) Principios de 2008: verificación de los resultados prácticos obtenidos en el Derecho Europeo mediante unos principios jurídicos y una terminología jurídica comunes y verificación de la necesidad de unas disposiciones europeas uniformes al respecto, de manera que se lleve a efecto, a largo plazo, una uniformización del Derecho Contractual tanto en la Unión Europea como en los ordenamientos de los Estados miembros.
- j) A partir de 2010: elaboración y adopción de un *corpus* de reglas sobre el Derecho Contractual de la Unión Europea que tenga en cuenta las soluciones y los conceptos jurídicos comunes establecidos en las iniciativas precedentes» (punto 14).

A la vista de esta Resolución, no hay que descartar que, en un futuro, la armonización europea comprenda también los sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles (25), las garantías sobre los mismos, en concreto la «eurohipoteca», o el sistema de Registros de la Propiedad.

(24) Ver apartado 111, letra C.

(25) El Derecho Comparado presenta varios sistemas de transmisión de bienes inmuebles:

- a) Sistemas de transmisión causal basados en el principio del consentimiento: Francia, Italia y el sistema anglosajón.

- b) Sistemas de transmisión causal basados en el título y el modo: Austria, Suiza, España y numerosos países latinoamericanos.

- c) Sistema basado en el acuerdo abstracto traslativo: Alemania.

B) EL CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE, DE 15 Y 16 DE OCTUBRE DE 1999

El Consejo Europeo ha celebrado una sesión especial en Tampere (Finlandia), los días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, donde se adoptaron una serie de conclusiones. Prescindiendo de las relativas a la libertad y seguridad (conclusiones 1 a 32) y al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (conclusiones 33 a 37), sólo destacaremos las encuadradas bajo el epígrafe «Mayor convergencia en Derecho Civil»:

Conclusión 38: «El Consejo Europeo invita al Consejo y a la Comisión a que elaboren nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia como, por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos».

Conclusión 39: «Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001».

C) LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO
Y AL CONSEJO SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO,
DE 1 DE JULIO DE 2001

Esta Comunicación puede considerarse un primer paso hacia la puesta en práctica de las conclusiones de Tampere. En resumen, el propósito de dicha Comunicación es ampliar el debate sobre Derecho Contractual Europeo entre el Parlamento Europeo, el Consejo y otros interesados, como empresas, profesionales de la justicia, académicos y grupos de consumidores (26).

La aproximación de determinados ámbitos específicos del Derecho Contractual a nivel comunitario abarca un número creciente de problemas. El legislador comunitario ha seguido un planteamiento selectivo consistente en adoptar Directivas sobre contratos específicos o técnicas de marketing concretas cuando se detectaba una necesidad de armonización. Ahora, la Comisión Europea desea recoger información sobre la necesidad de llevar a cabo acciones comunitarias más amplias en el ámbito del Derecho Contractual,

(26) Puede verse en COM (2003), 68 final, Bruselas, 12-2-2003, o en Díez PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, *op. cit.*, pág. 407 y sigs.

especialmente cuando el planteamiento, «caso por caso», resulte inadecuado para resolver todos los problemas que pudieran plantearse.

La Comisión desea averiguar si los problemas se deben a divergencias entre el Derecho Contractual de los Estados miembros y, en caso afirmativo, a cuáles. En particular, en la Comunicación se pregunta si los problemas relativos a la celebración, la interpretación y la aplicación de los contratos transfronterizos podrían afectar al buen funcionamiento del mercado interior. La Comisión desea saber también si las diferencias en el Derecho Contractual de los países obstaculizan las transacciones transfronterizas o aumentan su coste. En la Comunicación invita a opinar sobre si el planteamiento actual de armonización sectorial del Derecho Contractual podría dar lugar a incoherencias a nivel comunitario o a problemas de falta de uniformidad en la aplicación de la legislación comunitaria y de las medidas de transposición nacionales.

Si se detectan problemas concretos, la Comisión desearía recibir opiniones sobre cómo deberían o podrían resolverse. Para facilitar su formulación, la Comunicación ofrece una lista no exhaustiva de soluciones posibles. No obstante, cualquier interesado puede proponer soluciones.

Opción I. *La no actuación de la Comunidad Europea*

Sería dejar que sea el mercado quien resuelva los problemas detectados.

Opción II. *El fomento de la definición de principios comunes de Derecho Contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales*

Sería promover el desarrollo de principios comunes de Derecho Contractual no vinculantes, que pueden ser útiles para la redacción de contratos por las partes contratantes para las decisiones de los tribunales nacionales y las instancias de arbitraje y para la redacción de iniciativas legislativas por los legisladores nacionales.

Opción III. *La mejora de la calidad de la legislación ya en vigor*

Sería revisar y mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho Contractual para que sea más coherente y puede aplicarse a situaciones que no estaban contempladas en el momento de su adopción.

Opción IV. *La adopción de nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario*

Sería adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario. Podrían combinarse diferentes elementos: el tipo del acto que se adopte (Reglamento, Directiva o Recomendación), las consecuencias para la normativa nacional (que puede ser sustituida o coexistir), la cuestión de las normas vinculantes dentro del conjunto de disposiciones aplicables y la posibilidad para las partes contratantes de elegir aplicar el instrumento comunitario o de que las normas comunitarias se conviertan automáticamente en una red de seguridad de disposiciones que se aplicarían si las partes no han acordado una solución específica.

Por último, la Comisión espera recibir comentarios sobre si algunos problemas pueden requerir soluciones no sectoriales, tales como la adopción de un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho Contractual europeo. La Comisión piensa iniciar una reflexión sobre la oportunidad, la eventual forma jurídica, el contenido y la base jurídica de las posibles soluciones (27).

D) EL LIBRO VERDE SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA, DE 2 DE OCTUBRE DE 2001

El 2 de octubre de 2001 la Comisión presentó este documento, que coincide parcialmente con la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, examinada en el apartado anterior, porque plantea la posibilidad de aprobar una Directiva-marco, complementada por Directivas específicas, que refundieran la normativa sobre Derecho de Consumo, pero sin incluirla dentro del Código Europeo de Contratos. CÁMARA LAPUENTE señala acertadamente que, de no refundir ambos documentos en un solo debate, produciría una dispersión de los esfuerzos legislativos, además de conducir, bien a reduplicaciones normativas, bien a extraer *a priori* la normativa de protección de los consumidores del marco general del Derecho Contractual europeo (28).

(27) Las respuestas coinciden en rechazar la Opción 1, dividiéndose entre las Opciones II y III. Pueden consultarse en la página web de la Comisión.

(28) CÁMARA LAPUENTE, «Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: PlanTEAMIENTO, nudo y (esquivo) desenlace», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 62 y 63.

E) EL INFORME SOBRE LA NECESIDAD DE APROXIMAR LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA CIVIL, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2001

En contestación a la Comunicación de la Comisión, en la que se le solicitaba los resultados de la consulta antes del 31 de diciembre de 2002, el Consejo de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil de la Unión Europea emitió este Informe sobre la necesidad de aproximar las legislaciones civiles de los Estados miembros (29).

F) DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL SOBRE EL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO DE 17 DE JULIO DE 2002

El Comité emitió su dictamen el 17 de julio de 2002, sobre la Comunicación de la Comisión, en sentido favorable a desarrollar un Derecho de Contratos por vía de Reglamento, en principio, en forma opcional para las partes y, posteriormente, como Derecho Común, excluible por las partes contratantes (30).

IV. INICIATIVAS EXTRACOMUNITARIAS O ACADÉMICAS

Las iniciativas comunitarias para elaborar un Código Europeo de Obligaciones y Contratos ha levantado una gran polémica en el mundo jurídico. Argumentos en favor y en contra; materias que debe comprender; si ha de ser un Código o unos principios generales; si las normas han de ser imperativas o dispositivas; si sólo se aplicaría a las relaciones jurídicas transfronterizas o también a las domésticas...

Es indudable que una tarea histórica tan ambiciosa y compleja como la planteada requiere un intenso debate entre juristas de diferentes campos (civil, mercantil, internacional, procesal, laboral...) y terminará realizándose, en parte, por vía legislativa y, en parte, por medios extralegislativos que acabarán complementándose.

Paralelamente con las iniciativas comunitarias, se han realizado otras de tipo académico o extracomunitario, de gran importancia, porque han contribuido a suscitar el debate y a aproximar el sistema continental (Civil Law) y el sistema anglosajón (Common Law), considerado uno de los mayores obstáculos para la codificación europea; estas iniciativas han sido el Congreso celebrado en Pavía y el Contract Code de HARVEY MCGREGOR, que pasamos a analizar.

(29) Documento 13758/01 del Consejo, reunión 2.385.

(30) DOCE, C241, de 7 de octubre de 2002.

A) EL CONVENIO DE PAVÍA DE 20 Y 21 DE OCTUBRE DE 1990

El Acta Única Europea (AUE), de 17 de febrero de 1986, en vigor desde el 1 de julio de 1987, tuvo como idea central conseguir el «mercado interior», el más grande del mundo, la superación del mercado común del Tratado de Roma, definiéndolo como un «espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada»; fijó el 31 de diciembre de 1992, como plazo para su realización, así como los medios y acciones para conseguirlo (art. 13 AUE).

Las normas del AUE sobre «mercado interior» (arts. 13 a 19) pueden sintetizarse en los siguientes términos:

1. Determinación de los objetivos del mercado interior y métodos para su realización (nuevo art. 8 del Tratado de Roma).
2. Modificaciones en algunos artículos del Tratado de Roma para cambiar el sistema de votación por unanimidad al de mayoría cualificada.
3. Integración en el mercado interior de la armonización de legislaciones sobre imposición indirecta (nuevo art. 99 del Tratado de Roma).
4. Introducción del nuevo procedimiento de toma de decisiones mediante cooperación con el Parlamento Europeo, para la aproximación de normas de los Estados miembros que afecten al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (nuevo art. 100 del Tratado de Roma) (31).

Esta figura del «mercado interior» ha sido ampliamente desarrollada en los Tratados de Maastricht y Amsterdam. El 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado de los Tratados, que ha intentado mejorar la convivencia del Derecho Comunitario con los derechos nacionales. Para alcanzar los fines perseguidos en el Tratado, la Comunidad implicará un mercado interior, caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común [art. 3.º, letras *c*) y *h*) del TUE]; con esa finalidad, el Consejo adoptará Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del Mercado Común (arts. 100 y 100A TUE) (32). Siguiendo este mismo criterio, el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, reitera que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas,

(31) BONET MARCO, *Introducción al Acta Única Europea*, pág. 57 y sigs., 1988.

(32) Otras normas relativas al mercado interior son los artículos 99, 109E, 123, 129A, 130B y 130F del TUE.

servicios y capitales estará garantizada (art. 14-2) y la publicación de Directivas para la aproximación de las legislaciones (arts. 94 y 95) (33).

El Derecho Comunitario Europeo, a partir del AUE tiene, pues, como uno de sus fines, la creación de un mercado interior único, lo que plantea el problema de si puede o no conseguirse ese fin sin unificar o codificar el Derecho de Obligaciones y Contratos, dada la diversidad legislativa existente entre los Estados miembros y, en especial, entre el sistema del Common Law y del Civil Law.

Plantear actualmente la idea de una codificación y a nivel europeo puede parecer irreal o utópico (34). PUIG BRUTAU señalaba que la idea de la codificación parece ya superada, que la época de los grandes códigos ya ha pasado y que el futuro se encamina hacia una progresiva «descodificación»; siempre será necesaria una ley civil general con una regulación básica de las obligaciones y contratos, mientras otras leyes regirán materias actualmente repartidas entre el Código Civil y las leyes civiles complementarias, las cuales podrán ser modificadas para mantenerlas al día con más facilidad que cuando se intenta modificar el Código Civil (35). Sin embargo, la realidad demuestra que la idea codificadora no está actualmente superada, pues, a la vista de la progresiva especialización de la ciencia jurídica moderna, el ordenamiento jurídico necesita un estímulo intelectual. Así, tras largos debates doctrinales y un intenso trabajo previo de Derecho Comparado, en Holanda se ha codificado todo el Derecho Privado (*Burgerlijk Wetboek*), en vigor desde el 1 de enero de 1992, convirtiéndose en la codificación europea más moderna, que ha influido en otros países, como en el nuevo Código Civil de Quebec de 1994 (36). Alemania ha puesto en marcha una amplia reforma del Derecho de Obligaciones, inspirada en la Convención de Viena de 1980, considerado como el Convenio preparado más escrupulosamente para la unificación del Derecho Privado (37). La Law Commission inglesa preparó una codificación del Derecho Contractual que se tradujo en el *Contract Code* (38). Finalmente, varios países de Europa Central y Oriental, a través del Coloquio sobre Codificación, organizado por el Consejo de Europa, preparan códigos actuales que sustituyan a los anteriores códigos socialistas de Derecho Privado con vistas a su próxima incorporación a la Unión Europea.

(33) Otras normas relativas al mercado interior son los artículos 15 y 93.

(34) CÁMARA LAPUENTE, S., «Hacia un Código Civil europeo, ¿realidad o quimera?», en *La Ley*, año XX, núm. 4.748, 5 de marzo de 1999, págs. 1 a 6.

(35) PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, págs. 110 y 111, 1981.

(36) P. LEGRAND, *Civil Law Codification in Quebec: A Case of Decivilianization*, pág. 574 y sigs., 1993.

(37) *Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur überarbeitung des Schuldrechts*, 1992.

(38) Ver el Punto VI, el *Contract Code*, de HARVEY MCGREGOR.

Admitida la necesidad o conveniencia de la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos, surge el problema de cómo realizarla, si la unificación debe hacerse por medios directos o legislativos o por medios indirectos o extralegislativos. Entre estos últimos se pueden citar: las cláusulas cautelares en los contratos, que originan una prevención de efectos, pero por vía contractual, no legal; el arbitraje o los contratos-tipo de grupos de empresas. Sin embargo, todos estos medios contractuales tienen un defecto común: están profundamente influidos por el sistema jurídico de donde proceden, lo que los descarta para establecer sobre ellos una normativa común. Tampoco son útiles para este fin los progresos realizados en el ámbito del Derecho Internacional (Convención de La Haya, sobre compraventa internacional de bienes muebles corporales, de 1964; Convención de Viena, compraventa internacional de bienes muebles de 1980) porque, aunque facilitan el régimen aplicable, no evitan la pluralidad de normas; por esta misma razón, tampoco sirven los indudables avances del Derecho Internacional Privado (39).

En definitiva, es indudable que una empresa tan compleja y ambiciosa como la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos a nivel europeo, habrá de abordarse con un espíritu abierto y constructivo, con un intenso debate entre juristas, en especial del Common Law y del Civil Law, para recuperar la cultura jurídica europea y habrá de realizarse, en parte, por vía legislativa y, en parte, por medios extralegislativos, que acabarán convirtiéndose en complementarios.

El proceso de integración europea, iniciado por los Tratados constitutivos, antes mencionados, avanza con dificultades, con fases de estancamiento, pero sigue adelante, pues, en menos de medio siglo se ha pasado de una idea, de un proyecto, de una nueva concepción, a una realidad económica, con 400 millones de consumidores, que representan el 43 por 100 del comercio mundial, y que aumentará en un futuro próximo con la incorporación de países de Europa Central y Oriental. Todo fin, en este caso el mercado único, necesita de unos medios y uno de ellos, de la mayor importancia, es que el marco jurídico a emplear sea común a todas las partes, que las normas sean iguales para todos los Estados miembros, para impedir diferencias y discriminaciones. El Parlamento Europeo, en las Resoluciones antes examinadas, ha indicado el camino a seguir, al partir de la idea que «la forma más conveniente de armonización para lograr la cobertura de las necesidades jurídicas de la Comunidad, en el ámbito del Derecho Privado, es la unificación de importantes ramas del mismo». Pues bien, como primer paso para intentar conseguir esa normativa común para el mercado interior, se ha celebrado un encuentro de estudio en la Universidad de Pavía sobre «El futuro Código Europeo de

(39) En contra, SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 328 a 332.

los contratos», durante los días 20 y 21 de octubre de 1990, con participación de eminentes juristas de toda Europa (40).

Los trabajos se iniciaron con la intervención de ANTONIO BRANCACCIO, quien destacó la necesidad de una única normativa para el mercado único y las numerosas dificultades que una obra tan importante va a suscitar. El convocante y anfitrión de la reunión, el profesor GANDOLFI, planteó los problemas a debatir en dicho encuentro:

- 1.º ¿Es necesario para la Europa comunitaria un Código sobre las Obligaciones y Contratos?
- 2.º ¿Es posible realizarlo?
- 3.º Caso afirmativo, ¿cómo debería ser implantado?
- 4.º ¿Sería utilizable un Código vigente como esquema de base para su redacción?

Partiendo de que la pluralidad de ordenamientos sería un obstáculo casi insalvable a la libre circulación del mercado único, el profesor GANDOLFI descartó que el problema pudiera resolverse bien mediante Directivas comunitarias, por su carácter fragmentario, bien mediante iniciativas de los sindicatos empresariales, porque resultaría peligroso, bien a través de la jurisprudencia. La solución tendría que ser mediante una ley «sustancial» (admitiendo normas sobre conflictos de ley que determinen los derechos aplicables, pero sin eliminar la pluralidad) y «orgánica» (sin los inconvenientes de las intervenciones comunitarias sectoriales); en definitiva, que era necesario un Código sobre las Obligaciones y Contratos.

Hay una doble circunstancia que puede posibilitar esta impresionante empresa: por una parte, que todos los ordenamientos jurídicos comunitarios tienen como denominador común el principio de autonomía privada y, por otra, que los principales derechos continentales tienen una misma base romano-canónica. Ya hace algunos años, ROSCOE POUND recordaba que los juristas de Europa continental hablaban y escribían como si sólo existiera el Derecho Civil de Francia, Italia, Alemania... en lugar de considerar que subsiste doctrinalmente la unidad marcada por una tradición común europea que se ha perpetuado desde Roma hasta nuestros días (41). Por el contrario, una circunstancia negativa podría obstaculizar el proyecto: la tradicional distinción

(40) Una amplia exposición del tema puede verse en J. L. DE LOS MOZOS, «La propuesta de un Código Europeo de Contratos del “Convegno di Pavia” vista desde España», pág. 181 y sigs., en *Estudios de Derecho Europeo Privado*, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, 1994; el mismo, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1991, pág. 694 y sigs.; y G. CORDINI, en *ADC*, julio-septiembre de 1991, pág. 1319 y sigs.

(41) R. POUND, *Law Finding through Experience and Reason*, pág. 3, Universidad de Georgia, 1960.

entre el Derecho continental europeo y el Derecho anglosajón, entre el sistema del Civil Law y el Common Law. Sin embargo, esta contraposición tradicional, hoy deber ser reconsiderada a la vista de nuevos hechos significativos, en especial a la iniciativa del Parlamento británico de llevar a cabo la codificación y reforma del derecho vigente, de redactar un proyecto de Código de Contratos (*Contract Code*), en el seno de la Law Commission inglesa, poniendo de relieve la disponibilidad del área del Common Law a acercarse a posiciones continentales (42).

En cuanto a la estructura del futuro Código europeo, se trata de establecer si debe o no regular todas las relaciones obligatorias, aún internacionales, qué grado de abstracción debe asumir el estilo y los parámetros normativos. A los efectos de su redacción, los trabajos de la Convención de Viena de 1980 demostraron la imposibilidad de encontrar una transacción, un compromiso entre los diversos ordenamientos jurídicos y que la redacción originaria de dicho Código, partiendo de cero, requeriría un tiempo excesivo. Por estas razones, el profesor GANDOLFI planteó la oportunidad de adoptar como esquema de base un Código vigente y propuso que ese esquema fuera el Libro IV del Código Civil italiano de 1942; las razones a favor de esta propuesta son evidentes: su relativa modernidad; se ocupa de aspectos económicos, como la empresa; es un código general de Derecho Privado, que comprende el Derecho Civil y el Mercantil, superando el fraccionamiento particularista, clasista y técnico consagrado con el Código francés; es una buena síntesis entre el Código de Napoleón y el Código Civil alemán (BGB); se inspiró en el Proyecto francoitaliano de Código de las Obligaciones de 1927; evita la división de materias entre el Derecho de Obligaciones y la Parte General de Derecho Civil, como hace el BGB; y, finalmente, sirvió de inspiración al *Contract Code* de HARVEY MCGREGOR (43).

Posteriormente tuvo lugar un animado debate, llegándose a la conclusión unánime de la necesidad de un Código Europeo de Obligaciones y Contratos que responda a las necesidades del mercado único, y que se tomara como punto de partida el libro IV del Código Civil italiano de 1942.

Entre los juristas italianos, G. B. FERRI defendió la necesidad del Código Europeo como instrumento de expresión normativa y del modelo italiano porque fusionaba las culturas jurídicas francesa y alemana. Este criterio también fue defendido por C. M. BIANCA, que destaca que el *Codice Civile* italiano ha realizado una unificación del Derecho Civil y Mercantil, aunque admite correcciones. A conclusiones similares llegó F. P. CASANOVA, quien insistió en la insuficiencia del sistema de las Directivas Comunitarias o a través de la jurisprudencia. A. TRABUCCI también defendió la necesidad de un

(42) Ver apartado IV, letra B, el *Contract Code*, de HARVEY MCGREGOR.

(43) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 212 y sigs.

Código Europeo, acudiendo a los criterios del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Obligaciones Contractuales. A. BRANCACCIO se refirió al proyecto de Directiva Comunitaria sobre condiciones generales de los contratos, destacando la necesidad de una regulación unitaria del contrato, considerando válido el modelo italiano, tanto por el sustrato histórico como por su adaptación a la época moderna.

Entre los juristas del área francesa y asimilables, el profesor TUNC señaló que la unificación era útil y el momento apropiado, defendiendo el modelo italiano como esquema de base. En este mismo sentido, D. TALLON puso de relieve la existencia de preconceptos orientados hacia la unificación y adopción de un modelo único para la futura codificación europea. J. L. DE LOS MOZOS insistió en la necesidad de un Código único, mostrando su confianza en el propósito a la vista de lo ya avanzado en ese terreno, sumándose al modelo italiano porque la problemática de las Obligaciones y Contratos estaba más desarrollada que en otros códigos. G. R. GROOT también defendió la idea del futuro Código europeo, no sólo por razones de mercado interior, sino también con vista a la construcción de una renovada cultura jurídica europea, participando del juicio generalizado sobre el modelo italiano, pero señalando la oportunidad de tener en cuenta el nuevo Código Civil holandés, en proyecto en el momento de celebración del Congreso de Pavía (44).

Entre los juristas del área germánica, D. MEDICUS también defendió la unificación del Derecho de Obligaciones, teniendo en cuenta no sólo las obligaciones contractuales sino también las extracontractuales, considerando preferible el modelo italiano sobre el alemán, pero que deberían tenerse en cuenta las reformas que se están preparando en Alemania sobre el Derecho de Obligaciones. F. STURM defendió también la unificación, por las dificultades que crea tanto la aplicación del Derecho Internacional Privado como de los derechos extranjeros, estimando acertada la elección del modelo italiano. W. POSCH también valoró positivamente el proyecto de codificación europea, en sustitución del viejo Código Civil austríaco de 1811 y de tener en cuenta las necesidades de los países del este europeo. F. WIEACKER puso de relieve el ejemplo histórico de Alemania y Suiza, donde la burguesía empresarial defendió la unificación del Derecho de Obligaciones y, en orden a la estructura del futuro Código Europeo, recomendó prescindir de una «Parte General», limitándose a enunciar los principios generales de las obligaciones.

Entre los juristas del área del Common Law, HARVEY MCGREGOR habló del proyecto de Contract Code, redactado por él para la Law Commission del Parlamento británico, en el que se recogen la ejecución en forma específica y el principio de buena fe, con lo que se reduce considerablemente la distancia res-

(44) El Código Civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*) entró en vigor el 1 de enero de 1992, ver este mismo apartado IV.

pecto del Código italiano. M. WHINCUP apuntó la conveniencia de que el futuro Código Europeo sea un compendio de normas adecuado, no una especie de compromiso entre los derechos actuales. R. FENTIMAN señaló la disposición inglesa de cooperar en la realización de un Código Europeo, consciente de que hay que saber renunciar a doctrinas tradicionales en el ámbito del Common Law y establecer etapas intermedias para llegar a la unificación. O'HIGGINS ha señalado que deben sustituirse del modelo italiano algunos «standard jurídicos», como el del buen padre de familia, ya superados.

Como acabamos de ver, el Convenio de Pavía adoptó una decisión sobre una cuestión de fondo y de forma: la unificación legislativa europea en materia de obligaciones y contratos y aceptar el Libro IV del Código Civil italiano como esquema de base para conseguir ese resultado, que dedica 886 artículos (arts. 1.173 a 2.059).

De un análisis comparativo entre el Código Civil italiano y nuestro Código Civil pueden deducirse las consideraciones siguientes:

1.^a Con una extensión idéntica —886 artículos el Código Civil italiano y 887 artículos nuestro Código Civil— y una estructura muy similar, el Código italiano tiene sobre el nuestro la gran ventaja de haber realizado la unificación del Derecho de Obligaciones y del Derecho Privado, superando el fraccionamiento entre Derecho Civil y Mercantil, consagrado por el Código Civil francés.

2.^a Como consecuencia de la anterior, el Código italiano recoge figuras de gran trascendencia práctica, carentes de regulación en nuestro Código Civil: mandato de crédito, contratos bancarios (depósitos bancarios, servicio bancario de cajas de seguridad, apertura de crédito bancario, anticipo bancario, operaciones bancarias en cuenta corriente y descuento bancario), contrato estimatorio, de agencia, etc.

3.^a Dentro de las obligaciones y contratos, nuestro Código Civil incluye una figura de Derecho real, el censo, dedicándole una regulación tan amplia y minuciosa como inútil (arts. 1.604-1.664): lo mismo podría decirse del contrato de sociedad (arts. 1.665-1.708), de escasísima utilidad práctica; ambas figuras son desconocidas en el Código italiano.

4.^a En algunas materias que regulan ambos textos legales, el Código italiano se inspira en criterios más progresivos y avanzados que el nuestro; tal es el caso de las obligaciones mancomunadas y solidarias, que en nuestro Derecho constituyen la regla general y la excepción, respectivamente, de las obligaciones con pluralidad de sujetos (arts. 1.137 y 1.138), mientras que en el Código italiano la regla general es la solidaridad pasiva (art. 1.294); en este mismo sentido se pronuncia el BGB (parágrafos 427 y 431) (45).

(45) Sobre esta materia me remito a mi trabajo «Hacia un Código Europeo de Obligaciones y Contratos», en el *Libro-Homenaje a José María Chico Ortiz*, págs. 553 a 568.

Finalizado el Convenio de Pavía, la nueva etapa ha sido la creación de la «Comisión sobre Derecho Contractual europeo» formada por un grupo de profesores de todos los Estados miembros y presidida por el profesor OLE LANDO, de la Escuela de Ciencias Económicas de Copenhague, con el fin de elaborar y codificar los principios de un Derecho Contractual Europeo. El punto de partida de la Comisión LANDO ha sido la insuficiencia del Convenio de Roma, sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales para garantizar el funcionamiento del mercado único y ha tomado como modelo la Convención de Viena de 1980, considerada como el Convenio preparado más escrupulosamente para la unificación del Derecho Privado, para elaborar un texto con los principios generales del Derecho Europeo. Después de varios años de trabajos se ha publicado la obra completa de «Principios de Derecho Contractual Europeo», Parte I y II, en adelante PECL (de Principles of European Contract Law), en una doble versión en lengua inglesa y francesa, que constituye el primer paso importante para la armonización o unificación del Derecho Europeo de Contratos (46).

En definitiva, como la codificación europea es un fenómeno «nuevo», sin precedentes en la Historia, habrá de actuar de una manera distinta a como se realizaron las codificaciones del siglo XIX (47), para recuperar una tradición europea común, que supere la distinción entre Civil Law y Common Law, y formular unos principios generales que comprendan todo el ámbito de las Obligaciones y Contratos, pues la técnica sectorial que utiliza el Derecho Comunitario es claramente insuficiente en la actualidad.

B) COMMON LAW Y CIVIL LAW: EL CONTRACT CODE DE HARVEY MCGREGOR

En Europa han existido tradicionalmente dos grandes sistemas jurídicos, el anglosajón y el continental, el Common Law y el Civil Law, presentándose como uno de los mayores obstáculos para la aproximación de legislaciones, requisito imprescindible para lograr el funcionamiento del mercado interior.

El sistema continental, de inspiración romanista, se basa en un patrimonio cultural común que divide el ordenamiento jurídico en parcelas, entre las que se incluyen las materias constitucional, civil, mercantil, administrativa, procesal, penal, social y tributaria. El sistema continental concibe las normas jurídicas como un resultado de la práctica que asegura lo esencial, sin que su formulación pueda ser ni excesivamente general ni demasiado pormenorizada, razón por la que necesitan frecuentes interpretaciones jurisprudenciales o

(46) Sobre este punto, ver el apartado V, letra A.

(47) Basta recordar la famosa controversia entre SAVIGNY y THIBAUT, que puede verse en PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 75 y sigs.

doctrinales; las normas plantean dudas sobre el resultado del proceso y no permiten predecir el resultado. El sistema continental se compone de normas jurídicas escritas, que consagran la primacía de la ley, pero la jurisprudencia tiene que llenar las lagunas legales, lo que hace aumentar su importancia y prestigio y hace más flexible al ordenamiento jurídico.

GLANVILLE WILLIAMS dice que la expresión Common Law es camaleónica y admite muchos significados (48), pero en el sentido que aquí interesa, empezó siendo el resultado del trabajo de las jurisdicciones locales que conocían de los asuntos relativos a las finanzas de la corona, a la propiedad y posesión de inmuebles y a las causas penales; se solucionaba el caso concreto y su resultado no podía preverse cuando se planteaba, no se trataba de buscar soluciones inspiradas en criterios generales de justicia, sino de resolver el conflicto. De esta forma, la contribución de los juristas resultaba inútil, por lo que, en muchos casos, la solución no era justa y sólo la influencia de la «equity» suavizaba estos inconvenientes.

La Common Law prescinde no sólo de la división tradicional del Derecho Objetivo entre Derecho Público y Privado, sino también de las distintas parcelas del ordenamiento jurídico; desconoce las nociones del sistema continental relativas a la personalidad jurídica, la fuerza mayor, el usufructo, la patria potestad y el reconocimiento de la filiación natural, por el contrario, resultó esencial la inclusión de la «equity» en el sistema. Hay giros y expresiones jurídicas del Common Law que se traducen instintivamente por los que parecen ser sus equivalentes en el sistema continental, aunque no siempre significan lo mismo. El modelo continental se inspira en criterios de racionalidad, el anglosajón en el empirismo de los procedimientos. El concepto de «norma jurídica» del sistema continental difiere también de las llamadas «legal rules», que los Jueces y Tribunales del Common Law utilizan como razonamiento aplicable exclusivamente al caso concreto, sin intención de ir más allá de esa decisión; el precedente que de ahí pueda nacer, sólo sirve para resolver otro asunto de las mismas características del que se ha decidido y no se aplica a otros supuestos más generales. No se trata de interpretar normas jurídicas de carácter general, sino de implantar reglas nuevas para cada situación y de vincularse a ellas en los casos análogos que puedan repetirse en el futuro.

El Common Law se sirve fundamentalmente de las acciones judiciales que, si proceden de los órganos superiores, dan lugar al llamado «precedente judicial vinculatorio» (leading case), mientras que, si proceden de órganos inferiores, sólo tienen un alcance limitado. Mientras que en el sistema continental se niega a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho (49), en

(48) «... this chameleon phrase...».

(49) Véase el artículo 1-6 y 7 de nuestro Código Civil.

el sistema anglosajón las decisiones de los órganos judiciales superiores vinculan a los inferiores; los jueces no están obligados a motivar las resoluciones, sin embargo, suelen acompañarlas de reflexiones, separando lo que son las razones de la decisión (*ratio decidendi*) y a las cuales se limita la fuerza del precedente, de las afirmaciones de pasada (*obiter dicta*), que son irrelevantes para fundar la decisión, tanto en la Common Law como en la «equity».

ITURRALDE SESMA destaca como rasgos esenciales del Common Law los siguientes:

1. El Common Law es un conjunto de principios y prácticas no escritas cuya autoridad no deriva de una declaración de mandato singular y positivo a través de una explícita fuente de origen legislativo o ejecutivo.
2. Es un derecho formado por los Jueces (*judge-made-law*).
3. Los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones (precedentes) de los tribunales jerárquicamente superiores.
4. Los principios del Common Law, provenientes de la antigua costumbre, sólo pueden ser autorizadamente conocidos (o descubiertos) y aplicados (declarados) en el contexto de los procedimientos judiciales.
5. El Common Law es preponderantemente práctico, no teórico. En su centro está el «*adversary proceeding*» en los tribunales (una confrontación entre dos partes contendientes, cada una haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia).
6. Es un derecho no escrito, en el sentido de que no está codificado.
7. Las reglas del derecho del Common Law (menos abstractas que las del Civil Law) son reglas que tratan de dar la solución a un proceso, y no reglas generales para el futuro. Al mismo tiempo los principios jurídicos, tal y como son desarrollados por los tribunales, se someten a una serie limitada de las reglas emanadas de decisiones anteriores.
8. Las reglas acerca de la administración de justicia, el procedimiento, la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales tienen un interés igual, o incluso superior, a las reglas relativas al fondo del derecho (50).

Apuntadas las líneas generales del Common Law y del Civil Law, las diferencias no son tan insalvables, como a primera vista pueda parecer, porque ambos sistemas tienen su raíz en el Derecho Romano y porque el concepto de contrato es una categoría general que desempeña un papel semejante, con la diferencia de que, en el sistema continental, el contrato se ha formado sobre el «contrato consensual» romano, mientras que en el Common Law se ha construido sobre el esquema de los «contratos innominados»,

(50) ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Civitas/Diputación Foral de Guipuzkoa, pág. 16, 1995.

necesitando además la «consideration»; ambas concepciones responden, pues, a dos etapas diferentes de la misma evolución del Derecho Romano. Otro punto en común entre ambos sistemas es que el contrato desempeña la misma función: el reconocimiento de la autonomía privada para crear relaciones jurídicas, la «libertad civil» que aparece en la Historia, en el Derecho Romano y es el fundamento de la Unión Europea.

HELMUT COING reclamó una «europeización de la ciencia jurídica», señalando como modelo histórico el *ius commune* romano-canónico (51); en esta línea de fomentar el desarrollo del Derecho Privado Europeo han aparecido dos revistas jurídicas, la alemana *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) y la holandesa *European Review of Private Law* (ERPL) (52), considerando las normas del Derecho alemán, francés o inglés como variantes de un mismo tronco común (53); en las Universidades se crean cátedras de Derecho Privado Europeo y se debate sobre una posible formación para juristas europeos e, incluso, sobre la creación de una European Law School (54).

En esta misma línea se inserta el estudio del Contract Code, de HARVEY MCGREGOR (55), que supone un formidable esfuerzo de acercamiento a los derechos continentales, con el fin de hacer realidad un proyecto de Código Europeo de Contratos, como propugnaba el convenio de Pavía, destinado a sustituir, en su día, a los Códigos nacionales, como proponían las Resoluciones del Parlamento Europeo, antes examinadas.

Por iniciativa del Parlamento británico, se creó en 1965 la Law Commission para codificar el Derecho de Contratos, a la que se incorporó poco después la Scottish Law Commission, dirigida por el prestigioso jurista y profesor de las Universidades de Oxford y Londres, HARVEY MCGREGOR. La Comisión propuso la supresión de la «consideration» y el reconocimiento de los derechos de terceros, sin embargo, la Scottish Law Commission quedó insatisfecha con el Código y se retiró momentáneamente de las discusiones, que continuó la Comisión inglesa, considerando al Derecho de Contratos como una parte prioritaria del ordenamiento jurídico, pero estudiándolos por separado, no como categoría única. El Contract Code, redactado sólo por el profesor MCGREGOR, fue presentado públicamente en el Convenio de Pavía, donde causó un extraordinario impacto, porque significó un cambio decisivo y demostró que podía

(51) H. COING, *op. cit.*, pág. 29 y sigs.

(52) Ambas en 1993; además, se pueden citar la *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, y la *Columbia Journal of European Law*, ambas desde 1994.

(53) BAR, *Rabels Z*, pág. 209 y sigs., 1994.

(54) RENÉ DE GROOT, *European Legal Education in the 21st Century*, pág. 7 y sigs., 1992; ROY GOODE, «The European Law School», en *Legal Studies*, pág. 2 y sigs., 1994.

(55) H. MCGREGOR, *Contract Code*, edición patrocinada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, Bosch.

existir una influencia recíproca, una intercomunicación entre ambos sistemas. El propio profesor GANDOLFI afirmó que la publicación del Contract Code era equiparable con la llegada del Apolo XI a la luna o a la caída del muro de Berlín, símbolo de separación entre dos mundos (56).

Aunque la obra se llama «Código de los Contratos», en un claro intento de aproximación a los derechos continentales, no es un verdadero Código, sino más bien una compilación o recopilación de la jurisprudencia inglesa y escocesa en materia de contratos, que se refunden casuísticamente en un texto único. Como novedades más destacadas que lo aproximan a los derechos continentales pueden indicarse las siguientes:

1. Desaparece la «consideration», figura similar a la causa y a las arras, por lo que se mantiene una concepción objetiva del contrato.

2. Se considera a la forma como elemento esencial del contrato.

3. Se consagra el principio de la buena fe. Como manifestaciones concretas del mismo se pueden citar las condiciones potestativas, el cumplimiento, la renuncia tácita o la obligación del acreedor de no obstaculizar el cumplimiento.

4. Se regula la ejecución específica o *in natura*, que podría convertirse en solución principal, no subsidiaria; también presenta un interesante tratamiento de las prestaciones de hacer y no hacer, como susceptibles de ejecución específica, así como del resarcimiento de daños y perjuicios.

5. Los contratos irregulares no son nulos, sino inexigibles a la parte contratante que se trata de proteger, figura semejante a nuestra anulabilidad.

6. Se establece una regulación interesante del abuso de confianza, la coacción económica y el deber de información. El primero se produce cuando una persona se aprovecha de la relación de confianza que mantiene con el otro contratante y obtiene alguna ventaja de la misma. La segunda existe cuando un contratante sabe que el otro está influido por las circunstancias para establecer una relación contractual y se aprovecha de ellas para lograr condiciones totalmente injustas. El tercero lo impone la buena fe en las relaciones de confianza y cuyo incumplimiento impide el consentimiento pleno (57).

En definitiva, el Contract Code ha acercado considerablemente el Common Law y el Civil Law, aproximándose de manera decidida a las experiencias continentales, en su estructura y estilo, lo que supone una gran aportación a la cultura jurídica europea, permitiendo una colaboración y una mutua influencia entre ambos sistemas, hasta ahora distantes y contrapuestos.

(56) GANDOLFI en el prefacio del *Contract Code*, pág. 11.

(57) DE LA CUESTA SÁENZ y VATTIER FUENZALIDA, en Nota preliminar del *Contract Code*.

El Contract Code se divide en tres partes: la Parte I se refiere a los contratos válidos; la Parte II a los contratos irregulares, y la Parte III a los supuestos de tres sujetos.

La Parte I empieza con la definición de contrato: «Contrato es el acuerdo entre dos o más personas al que el Derecho reconoce el efecto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones» (art. 1). Todo acuerdo es un contrato, excepto cuando: *a)* los términos del acuerdo son demasiado vagos; *b)* las personas que lo celebran no pretenden obligarse jurídicamente mediante él; *c)* el acuerdo carece de los requisitos formales esenciales (art. 2). Establece unas reglas generales sobre el acuerdo contractual (arts. 11 a 14), sobre la oferta (arts. 15 a 21) y la aceptación (arts. 22 a 27); acuerdos indefinidos o incompletos (art. 41) y acuerdos no dirigidos a quedar jurídicamente vinculados (art. 51); sobre la forma (arts. 61 y 62), contenido (arts. 101 a 111), ejecución (arts. 201 a 212), incumplimiento (arts. 301 a 310), remedios, regulando detalladamente la ejecución específica (arts. 401 a 423) y los daños y perjuicios (arts. 431 a 448), la restitución de provechos y gastos (arts. 461 a 471) y las declaraciones judiciales de reconocimiento (arts. 481 a 492).

La Parte II se refiere a los contratos irregulares, en el sentido de que cuando un contrato es contrario a la ley o al orden público, no reúne las formalidades legales, falta la capacidad o el consentimiento, no es nulo sino inexigible (art. 501); regula los contratos contrarios al orden público (arts. 511 a 522); los defectos de forma (arts. 531 a 533); la falta de capacidad (arts. 541 a 556); la falta de consentimiento libre (arts. 561 a 568) y pleno (arts. 571 a 574); el error común (arts. 581 a 587) y la frustración sobrevenida (arts. 591 a 599).

La Parte III regula los supuestos de tres sujetos, contemplando la pluralidad de partes (arts. 601 a 606); la representación (arts. 621 a 625); los derechos y obligaciones a favor de terceros (arts. 641 a 649), y la transmisión de derechos y obligaciones constituidos por un contrato (arts. 661 a 673).

Lo primero que llama la atención del Contract Code es que la numeración de su articulado no es correlativa, que hay vacíos entre los artículos. El propio HARVEY MCGREGOR explica la razón: los vacíos en la numeración del articulado están destinados a permitir con generosidad la introducción de cuantos artículos se consideren necesarios en el futuro, pues el Código, tal como se presenta, resulta muy mejorable, y ciertas partes están bastante más desarrolladas unas que otras, pues, cuando las discusiones detalladas del Código con las dos Law Commission llegaron a su fin, ya no hubo oportunidad de refinar más los materiales (58).

A modo de conclusión, MARTÍ MINGARRO señala que Europa es un vivero de cultura jurídica mixta, surgida de la espontaneidad que da la libertad, no de una guerra de conquista ni de una imposición política. El resultado es

(58) HARVEY MCGREGOR en el Prólogo de la obra, pág. 32.

sorprendentemente positivo, porque el nuevo Derecho europeo fusiona los sistemas del Common Law y del Civil Law. En efecto, el primero ha aportado una serie de instituciones sociales y económicas, hoy utilizadas en toda Europa: franquicias, factoring, leasing, renting, reglas de competencia libre, criterios extensivos de responsabilidad...; también ha tenido una clara influencia en la creación jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, esencial en el progreso y consolidación de la Unión Europea. Por su parte, el sistema continental aporta armonía y estabilidad al sistema jurídico europeo, a través de la ley escrita y común para todos, lo que se traduce en seguridad jurídica.

El Derecho sirve hoy para que las libertades sean más verdad, para más gente, en más sitios, y ello gracias a la pacífica fusión de dos sistemas jurídicos, en un tiempo antitéticos, que hoy comparten un presente y con un futuro esperanzador (59).

V. GRUPOS DE TRABAJO EUROPEOS

Las diferentes iniciativas, comunitarias o extracomunitarias, para elaborar un Código Europeo de Contratos y Obligaciones, han traído como consecuencia lógica la creación de varios grupos de trabajo a nivel europeo con esa finalidad.

A) LA COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO O COMISIÓN LANDO

Como ya hemos visto anteriormente (60), la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 1989, fue la primera iniciativa «oficial» de las instituciones comunitarias para elaborar un Código Europeo de Contratos, sin embargo, la Comisión de Derecho Contractual Europeo, más conocida por la Comisión LANDO, fue el primer grupo de trabajo europeo que, sin mandato representativo de ninguna clase, empezó a trabajar sobre este tema, desde la década de los setenta hasta comienzos de 2001, en que quedó oficialmente disuelta y finalizados sus trabajos.

La Comisión LANDO ha perseguido varios fines: en primer lugar, contribuir a un acercamiento entre el sistema continental y el anglosajón, entre el Civil Law y el Common Law, con su influencia en el Derecho escandinavo, para facilitar la unificación jurídica en materia contractual; en segundo lugar,

(59) MARTÍ MINGARRO, «Common Law/Derecho Continental: del enfrentamiento a la fusión», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, abril-mayo de 1999, pág. 26 y sigs., núm. 200.

(60) Ver apartado III, letra A.

y ésta ha sido la gran aportación de la Comisión LANDO, ha elaborado los Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte I y II, en adelante PECL (de Principles of European Contract Law), en su doble versión en lengua inglesa y francesa, una serie de normas comunes a los diferentes sistemas jurídicos europeos (61), cuya finalidad última sería facilitar el trabajo a otros grupos o comisiones y servir de base para una armonización de las obligaciones y contratos a nivel europeo (62).

1. *Contenido de los PECL*

El Capítulo I establece las disposiciones generales (arts. 1.101 a 1.107); las obligaciones generales de buena fe y lealtad y el deber de cooperación (arts. 1.201 y 1.202) y la terminología y otras disposiciones (arts. 1.301 a 1.303).

El Capítulo II regula la formación; las disposiciones generales para la conclusión del contrato (arts. 2.101 a 2.107); la oferta y aceptación (arts. 2.201 a 2.211); la responsabilidad precontractual (arts. 2.301 y 2.302).

El Capítulo III regula la representación; las disposiciones generales (arts. 3.101 y 3.102); la representación directa (arts. 3.201 a 3.209) y la representación indirecta (arts. 3.301 a 3.304).

El Capítulo IV regula la validez del contrato, contemplando el error de hecho o de derecho, el dolo, la intimidación, las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, la confirmación, la anulación parcial y los remedios por incumplimiento (arts. 4.101 a 4.119).

El Capítulo V se refiere a la interpretación del contrato (arts. 5.101 a 5.107).

El Capítulo VI regula el contenido y efectos del contrato; las declaraciones generadoras de obligaciones contractuales, las cláusulas implícitas, la simulación, la determinación unilateral del precio por una de las partes o por un tercero, la estipulación a favor de tercero y el cambio de circunstancias (arts. 6.101 a 6.111).

El Capítulo VII regula el cumplimiento; el lugar y plazo, el cumplimiento anticipado, alternativo, por tercero; la forma y moneda de pago; la falta de aceptación de bienes y de una suma de dinero y los gastos del cumplimiento (arts. 7.101 a 7.112).

(61) Una especie de «mínimo común denominador», en expresión de MARTÍNEZ SANZ, en «Principios de Derecho de los Contratos (Comisión LANDO)», en *Derecho Privado Europeo. B) Experiencias: Descripción y estado de los esfuerzos armonizadores* Praeter legem, pág. 193 y sigs.

(62) La obra ha sido traducida y comentada por Díez PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

El Capítulo VIII se refiere al incumplimiento y acciones en general; la acumulación de acciones, el incumplimiento esencial, las garantías de cumplimiento, la notificación de la fijación de un plazo adicional de cumplimiento, el cumplimiento confiado a un tercero, la justificación debida a un impedimento y la cláusula de exclusión o restricción de remedios (arts. 8.101 a 8.109).

El Capítulo IX regula las medidas concretas por incumplimiento (arts. 9.101 a 9.103); el derecho a suspender el cumplimiento (art. 9.201); la resolución del contrato (arts. 9.301 a 9.309); la reducción del precio (art. 9.401) y los daños y perjuicios (arts. 9.501 a 9.510).

La Parte III de los PECL, cuya publicación es inminente, se ocupa de la pluralidad de partes en la obligación; la cesión de créditos; asunción de deudas; la compensación y la prescripción.

Cada uno de los artículos de los «Principios» va acompañado de un «comentario», al que siguen las «notas nacionales», recogiendo el estado de la cuestión en relación con la regla establecida en cada artículo; con ello se ofrecen los antecedentes del Derecho Comparado.

2. *Objetivos de los PECL*

Los PECL no están destinados a convertirse en Derecho vigente de forma inmediata, sino que sus objetivos son:

1. Facilitar el comercio transfronterizo en la Unión Europea, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.
2. Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización europea en materia de contratos (63).
3. Realizar una función de mediación entre el Common Law y el Civil Law (64).
4. Concretar la moderna *lex mercatoria* europea (65).
5. Servir de fuente de inspiración para los Tribunales y legisladores europeos en el desarrollo de su derecho contractual propio (66).

(63) OLE LANDO y HUGH BEALE, *The Principles of European Contract Law*, Parte I, hablan de una «infraestructura» para las Directivas Comunitarias.

(64) BASIL MARKESINIS, *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law of the Eve of the 21st Century*, 1994.

(65) RUDOLF MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsstradition*, 1998.

(66) Los PECL ya han influido en Alemania, en la profunda reforma del Derecho de Obligaciones, en Holanda y en varios países de Europa Central y Oriental, que elaboran nuevos Códigos con vistas a su próxima incorporación a la Unión Europea; sobre este punto puede verse apartado IV, letra A.

6. Significan un paso importante en el camino hacia la codificación del Derecho Contractual Europeo.

3. *Modelos en que se inspiran*

Los PECL se han inspirado claramente en dos modelos: los Restatements norteamericanos y los Principios UNIDROIT.

a) Los Restatements norteamericanos

Los Restatements son la exposición sistemática de un derecho de origen doctrinal y jurisprudencial con el fin de facilitar su conocimiento y aplicación; han transformado el derecho de las decisiones judiciales en normas generales y abstractas redactadas con el rigor lógico de los Códigos Civiles; por carecer de promulgación oficial, no son Códigos, pero gozan de la autoridad científica reconocida a sus autores. Los Restatements son conjuntos sistemáticos de normas puestos a disposición de los profesionales para que los valoren según los méritos que les reconozcan; de hecho, muchas decisiones judiciales argumentan a base de los Restatements, aunque los Tribunales son libres para hacerlo (67).

A partir de 1923, el American Law Institute se propuso facilitar el conocimiento, aplicación y posible reforma del Derecho de los Estados de la Unión; no se trataba de legislar ni de codificar en forma oficial, sino de hacer lo que hizo constar el doctor LEWIS, en el Prólogo del primer Restatement publicado, el de Contratos (1932): «...para clarificar y simplificar el Derecho y darle más certeza, el primer paso ha de consistir en la preparación de una exposición (Restatement) de Common Law...». «El Instituto tiene por misión hacer constar con claridad y precisión, a la luz de las decisiones, los principios y reglas del Common Law...» (68).

Los PECL se diferencian de los Restatements, al menos en un aspecto: mientras que el contenido de éstos últimos sólo lo integra el Derecho actualmente vigente, los PECL aspiran a la unificación jurídica y a una reforma o a una evolución jurídica. Por otra parte, los ordenamientos europeos están profundamente influidos por una tradición jurídica común de varios siglos, el *ius commune* romano-canónico, y comparten unos mismos fundamentos conceptuales, sistemáticos, dogmáticos e intelectuales, que no se han perdido en

(67) H. F. GOODRICH, *Restatements and Codification*; H. E. YNTEMA, *The Jurisprudence of Codification*, pág. 241 y sigs.

(68) En 1981 se ha publicado un segundo Restatement, mucho menos conceptual y más funcional.

doscientos años de codificaciones nacionales. Por eso, la Comisión LANDO se refiere expresamente a un «núcleo común» (common core) del Derecho Contractual Europeo, y sobre esa base se pretende crear un ordenamiento moderno y funcional; en este sentido, los PECL constituyen una tarea «creativa», como la de los Restatements norteamericanos.

b) Los Principios UNIDROIT

En 1971, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo publicó los «Principios de los contratos comerciales internacionales» (Principios UNIDROIT), estructurados como los PECL, seguidos de un comentario, pero sin anotaciones de Derecho Comparado. Los principios UNIDROIT se diferencian de los PECL por su objetivo global, no limitado sólo a los países europeos. El proyecto se confió a tres especialistas en Derecho Comparado, uno procedente del Civil Law (RENÉ DAVID), otro del Common Law (CLIVE SCHMITTHOFF) y otro del ámbito jurídico socialista (TUDOR POPESCU), quienes realizaron su trabajo simultáneamente con la comisión LANDO para asegurar una efectiva coordinación entre ambos grupos de trabajo mediante la duplicidad de algunos de sus miembros. Los PECL adquirieron especial importancia por el hecho de que la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 1989, invitara a que diera comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código europeo común de Derecho Privado (69).

A diferencia de los PECL, que sólo se ocupan de una parte, los Principios UNIDROIT comprenden todo el Derecho de Contratos: el Capítulo I se refiere a las disposiciones generales; el Capítulo II, la formación; el Capítulo III, la validez; el Capítulo IV, la interpretación; el Capítulo V, el contenido; el Capítulo VI, el cumplimiento, y el Capítulo VII, el incumplimiento.

Los principios UNIDROIT se aplican no sólo en caso de pacto expreso entre las partes, sino también cuando se remitan a ello los arbitrajes que establezcan para resolver los conflictos que puedan plantearse. Se presentan con varios objetivos: a) como la moderna *lex mercatoria*, como conjunto de principios, usos y costumbres que rigen el comercio internacional; b) como un modelo para los legisladores nacionales e internacionales, sirviendo como referencia para las convenciones internacionales; c) pretenden facilitar la interpretación de textos nacionales e internacionales, suministrando a Jueces y Tribunales arbitrales unos principios uniformes y autónomos.

(69) Ver apartado III, letra A.

B) EL GRUPO DE ESTUDIO DE UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO (PROYECTO VON BAR)

Este grupo, considerado como uno de los más importantes en el ámbito europeo, fue fundado por el profesor de la Universidad de Osnabrück (Hanover) CHRISTIAN VON BAR, en 1999, y tiene como objetivo elaborar un conjunto codificado de Principios de Derecho Patrimonial europeo con comentarios y anotaciones (70).

La metodología que utiliza es la misma que la de la Comisión LANDO: un análisis comparativo entre los diversos sistemas jurídicos europeos para encontrar las analogías y diferencias entre ellos; esta tarea se complementa con aquellas otras materias que son objeto de estudio por parte de los otros grupos europeos, teniendo en cuenta las Directivas comunitarias y Tratados internacionales, como la Convención de Viena de 1980, considerado como el más completo para preparar la unificación del Derecho Privado.

Después de las reuniones celebradas en Utrecht (diciembre de 1999), Roma (junio de 2000), Salzburgo (diciembre de 2000), Estocolmo (junio de 2001) y Oxford (diciembre de 2001), se ha celebrado en Valencia (junio de 2002) el sexto encuentro de este Grupo de estudio, a la que han asistido numerosos Jueces y Juristas, con el fin de abrir un debate europeo sobre el tema, dada la magnitud del proyecto (71).

En dicho encuentro se indicó que este largo proceso de «europeización jurídica» requiere una organización más estable que los Grupos de trabajo europeos, financiados por períodos limitados, y que las Academias legales y las Judicaturas europeas deberían dirigirse a las autoridades comunitarias en el sentido de que Europa necesita un Instituto de Leyes Europeas para que este proceso de armonización jurídica deje de ser considerado como un «asunto nacional».

Este grupo, en colaboración con los restantes grupos, pretende estudiar las materias que la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, consideró esenciales para el futuro de Europa: el enriquecimiento injustificado, en un sentido amplio, incluyendo, por tanto, la *condictio indebiti*; la transmisión de la propiedad mobiliaria; las garantías personales en bienes muebles; los préstamos monetarios; la ley de contratos de alquiler; uso y préstamo de bienes muebles; ley de registros de créditos seguros y ley de personas sin capacidad legal plena.

(70) C. VON BAR, «Le Groupe d'études sur un Code Civil européen», en *RLDC*, I, 2001, págs. 127-139; ROCA TRÍAS, «El "Study Group a European Civil Code" (Proyecto VON BAR)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 199 a 204.

(71) Puede verse esta reunión en VON BAR, «From the General Law of Contract to Patrimonial Law - Some Observations prompted by the Valencia meeting of the Study Group on a European Civil Code», publicado en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10, págs. 19 a 26, 2003.

El encuentro de Valencia terminó con las discusiones en dos temas: la ley de garantías personales y la *negotiorum gestio*, traducida libremente al inglés como «intervenciones benevolentes en negocios ajenos». Los grupos de estudio ven en los PECL la continuación de la Comisión LANDO, que ha autorizado expresamente a los grupos europeos para hacer uso de las materias ya preparadas para continuar su trabajo e integrarlas en los próximos textos (72).

C) GRUPO DE PAVÍA O PROYECTO GANDOLFI

En 1992 se creó la Academia de Privatistas Europeos, más conocida como Grupo de Pavía (73), con los siguientes objetivos:

- a) Preparar una unificación del Derecho de Contratos a nivel europeo.
- b) Formular unas nuevas normas en cuya virtud el contrato sirva para regular las relaciones jurídicas del mercado interior.
- c) Que estas normas sean aceptables en todos los países de la Unión Europea, para que sirvan de auxilio a los ciudadanos y no sean una imposición.

Este grupo ha elaborado un Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, sin valor oficial, que es el resultado lógico del Convenio de Pavía, celebrado en 1990 (74), cuyas conclusiones se han visto reforzadas en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 1 de julio de 2001 (75), donde se reitera la conveniencia de adoptar una nueva legislación a nivel comunitario.

El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos consta de 173 artículos, divididos en once Títulos, relativos a las Disposiciones preliminares (arts. 1 a 5); formación del contrato (arts. 6 a 24); contenido del contrato (arts. 25 a 33); forma (arts. 34 a 38); interpretación (arts. 39 a 41); efectos del contrato (arts. 42 a 74), regulando los efectos debidos a elementos accidentales, la representación, el contrato con persona a designar y el contrato a favor de tercero; el cumplimiento del contrato (arts. 75 a 88); el incumplimiento del contrato (arts. 89 a 117), contemplando la mora del acreedor y los efectos del incumplimiento; la cesión del contrato y de las relaciones que nacen de él (arts. 118 a 127), examinando la cesión de contrato, la cesión de créditos

(72) En el encuentro de Valencia se aprobó la manera de proceder del equipo de trabajo, lo que supone un importante avance.

(73) Sobre esta materia puede consultarse a G. GARCÍA CANTERO, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto GANDOLFI o del Grupo de Pavía)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 205 a 215.

(74) Ver apartado IV, letra A.

(75) Ver apartado III, letra C.

y la cesión de deuda; la extinción del contrato y de las relaciones que nacen de él (arts. 128 a 136); y, finalmente, otras anomalías y remedios del contrato (arts. 137 a 173).

VATTIER FUENZALIDA señala como características más destacadas del Anteproyecto las siguientes:

1. Omitir las categorías abstractas de figuras jurídicas, para no encontrar oposición por los juristas anglosajones, tales como el negocio jurídico; la obligación aparece sólo como un efecto típico del contrato, tampoco aparece la buena fe, si bien la interpretación no puede ser contraria a ella o al buen sentido (art. 39.4).

2. Tiene un decidido propósito de conservación del contrato, que se pone de relieve en el *favor debitoris*, concediéndole plazos suplementarios y el fraccionamiento del pago, la renegociación del contrato, caso de excesiva onerosidad de la prestación...

3. Una notable disminución de supuestos de remisión a la discrecionalidad del Juez, para evitar a toda costa la «renacionalización» del futuro derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los Tribunales de los distintos Estados miembros, no por motivos de desconfianza (76).

El actual presidente del Grupo de Pavía, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, indica que este grupo de trabajo no tenía, ni tiene un encargo oficial; se trata de un grupo de juristas que se reúne periódicamente para tratar de formular un Código de Obligaciones y Contratos a nivel europeo; sin embargo, a los pocos meses de la primera reunión, el Max Plank de Hamburgo (Instituto de Derecho extranjero e internacional privado) organizó un simposio para propugnar todo lo contrario: que la integración sólo podía llegar por caminos extralegales. El Grupo de Pavía se volvió a reunir posteriormente para ratificar sus conclusiones, más que para rebatir lo dicho en Hamburgo.

El Anteproyecto no se inspira en los Restatements americanos de contratos, porque éstos sólo pueden tener utilidad en un sistema de Common Law, lo que no tendría mucho sentido con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y con la de los Estados europeos; por esa razón, se trata de hacer un «Código de reglas» (77).

(76) VATTIER FUENZALIDA, «El Anteproyecto de Pavía», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003, pág. 419 y sigs.; también puede verse una recensión de la obra en *RCDI*, noviembre-diciembre de 2001, núm. 668, págs. 2679 a 2681; VALIÑO ARCOS, «Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto “Gandolfi”: hacia la consecución de un “Code Européen des Contrats”», en *Revista Aranzadi* citada, pág. 383 y sigs.

(77) J. L. DE LOS MOZOS, «El Anteproyecto de “Código Europeo de Contratos”, de la Academia de Pavía», en *La unificación jurídica europea*, pág. 253 y sigs., Madrid, 1999.

D) GRUPO DE TILBURG O PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En 1992, el profesor de la Universidad de Tilburg (Viena), JAAP SPIER fundó un grupo de trabajo, inicialmente llamado Grupo de Tilburg y después European Group on Tort Law, con el fin de elaborar unos Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil. La característica más destacada de este grupo es la incorporación de numerosos juristas extracomunitarios, por la información que pueden aportar sobre los procesos de reforma de sus respectivos derechos sobre esta materia.

Sin embargo, la elaboración de unos Principios Generales sobre responsabilidad civil es una tarea difícil, por dos razones: 1.^a por ser materia en constante evolución, lo que dificulta enormemente llegar a unas conclusiones definitivas; 2.^a por las grandes diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos, no sólo entre el Common Law y el Civil Law, sino también entre los propios Estados miembros. En efecto, el Derecho de daños es una materia en permanente evolución, debido al rápido desarrollo científico y tecnológico de la sociedad actual, lo que conlleva nuevos problemas jurídicos, como los daños en masa (mass torts), los riesgos de desarrollo...; como prueba de ello pueden citarse las reformas llevadas a cabo en el Código suizo de Obligaciones en materia de responsabilidad civil en el año 2000; la realizada en Alemania, en agosto de 2002; la que está efectuando el American Law Institute en la redacción de un nuevo Restatement of Torts... A este hecho hay que añadir las diferencias existentes entre los propios ordenamientos de los Estados miembros; sin entrar en las divergencias existentes en esta materia entre el Common Law y el Civil Law, entre los sistemas continentales existen diversas posturas sobre la responsabilidad civil: el Código Civil francés (art. 1.382) y nuestro Código Civil (art. 1.902) establecen un sistema de cláusula general, mientras que el BGB establece supuestos concretos de responsabilidad civil (parágrafos 824, 825, 836 a 838) sobre bienes o intereses protegidos (la vida, la integridad física, la libertad...); sin embargo, unos y otros ordenamientos coinciden esencialmente en el resultado final; por ello, el hecho de que los ordenamientos utilicen diversos procedimientos para llegar a las mismas soluciones, pone de relieve las dificultades y la necesidad de aproximar los sistemas europeos en materia de responsabilidad civil (78).

(78) Una exposición amplia de esta materia puede verse en M. MARTÍN CASALS, «El European Group on Tort Law y la elaboración de unos “Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil” (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 217 a 226.

E) GRUPO DE TRENTO O COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW

En 1995, los profesores de la Universidad de Trento, UGO MATTEI y MAURO BUSSANI fundaron el Grupo de Trento, también conocido como «El núcleo común del Derecho Privado Europeo» (Common Core of European Private Law, o simplemente Common Core), cuya característica más destacada es elaborar una «cartografía jurídica que desentierre el núcleo común» del Derecho Privado Europeo; inspirándose en la geografía, proponen usar «un color intenso para representar una zona de mayor certeza de la misma forma en que las elevaciones mayores están representadas en un mapa de contornos y más pálido en casos de incertidumbre jurídica en el Derecho aplicable por los tribunales» (79).

La principal diferencia del Grupo de Trento con los restantes grupos de trabajo europeos es que se limita a señalar analogías y diferencias entre los sistemas jurídicos europeos en el ámbito del Derecho Privado, para que sus resultados sirvan de base a posteriores trabajos de armonización legislativa; no se trata, pues, de un proyecto articulado, normativo, como el de la Comisión LANDO, a través de los PECL, o el del proyecto GANDOLFI o el de VON BAR, simplemente, pone de relieve los puntos de coincidencia y divergencia entre los sistemas europeos en materia de Derecho Privado.

El sistema de trabajo de este Grupo parte de una serie de casos prácticos (Case law) sobre Derecho Privado para comparar sus resultados; los casos se estudian con arreglo a la ley, doctrina y jurisprudencia de cada sistema europeo, para obtener, por inducción, un estudio comparativo de los puntos coincidentes —el núcleo común, el Common Core— y las diferencias entre los sistemas jurídicos europeos.

Este sistema de trabajo ha sido muy criticado, no sólo por la excesiva influencia del sistema anglosajón, debido al método de casos prácticos y el uso del inglés como lengua de trabajo, sino también por estar orientado hacia el mundo académico, distante de la realidad contractual y el carácter reducido de la investigación (80).

F) OTROS GRUPOS

Además de los grupos anteriormente mencionados, empiezan a constituirse nuevos grupos de estudio, como la Society of European Contract

(79) BUSSANI y MATTEI, *The Common Core Approach to European Private Law*, Columbia Journal of European Law, pág. 339 y sigs., 1997-1998.

(80) SHAPIRO, *The Common Core: Some Outside Comments*, pág. 125 y sigs. Un estudio más amplio de este Grupo puede verse en S. CÁMARA LAPUENTE, «El núcleo común del Derecho Privado Europeo (Proyecto de Trento)», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 227 a 234.

Law (SECOLA), en 2001, cuyo objetivo es servir de base para la discusión del Derecho europeo en lo relativo al mercado interior, las transacciones y el Derecho Contractual.

También se puede citar el Acquis Group (European Research Group on Existing Community Private Law), en 2002, cuyo objetivo es presentar unos principios que reflejen los conceptos básicos en el acervo comunitario y sirvan para interpretarlo, desarrollarlo y transponerlo.

G) CONVENIENCIA DE SU COORDINACIÓN

La elaboración de una normativa europea en materia de contratos, sea en forma de Código o de principios generales, es una empresa sumamente ambiciosa y compleja, debido a varios factores: *a)* porque trasciende el ámbito del Derecho Civil, comprendiendo también otros campos jurídicos, como el mercantil, el internacional privado, el procesal, el laboral...; afecta también a la Historia del Derecho y al Derecho Romano, que, a través de un método histórico y comparativo, ponen de relieve la existencia de un «*ius commune* romano-canónico», que permite reconducir los diferentes sistemas jurídicos existentes a una unidad intelectual como consecuencia de sus raíces comunes; *b)* porque esta tarea afecta directamente no sólo al mundo jurídico sino también a numerosos sectores económicos y sociales, que también desean participar en este proceso para aportar sus respectivos puntos de vista; entre estos sectores se pueden citar: la Unión Europea de PYMES; el Comité Europeo de Seguros; la Cámara de Comercio Internacional; la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA); los Servicios financieros y de inversiones de entidades aseguradoras y de crédito de ámbito europeo; el Consejo de la Prensa europea; Asociaciones de Banca; Asociaciones Profesionales de Ingenieros Civiles; Empresas navieras; Productores y Distribuidores de películas, programas de televisión, vídeos y DVD; Asociaciones de Usuarios y Consumidores, Federaciones de Empresarios, Sindicatos... (81); *c)* por la existencia de varios sistemas jurídicos, en especial, el Common Law y el Civil Law, si bien se han realizado importantes esfuerzos de aproximación, especialmente con la publicación del Contract Code, de HARVEY MCGREGOR (82); y *d)* porque se trata de crear un Derecho *ex novo*, sin precedentes en la Historia. El Tribunal de Justicia Comunitario, intérprete supremo del ordenamiento europeo, ha declarado reiteradamente (sentencias Van Gend-Loos, de 5 de febrero de

(81) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 1 de julio de 2001, invitando a diversos grupos a ampliar el debate, ha tenido una amplia acogida en numerosos sectores.

(82) Ver apartado IV, letra B.

1963, y Costa-Enel, de 15 de julio de 1964) que el Derecho Comunitario es un «ordenamiento autónomo», distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros, en efecto, el Derecho Comunitario responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos, que producen una cierta integración de soberanías, originando, con ello, un germen de supranacionalidad, lo que implica una atribución de competencias a las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros. El nacimiento de un fenómeno nuevo, la Unión Europea, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, que afecta a los Estados miembros y a las personas, físicas o jurídicas, de los mismos. A la vista de las consideraciones expuestas, puede llegarse a la conclusión de que el Derecho Comunitario se sitúa entre el Derecho Internacional y los derechos nacionales de los Estados miembros.

Si se realiza un análisis comparativo entre los grupos de estudio examinados, puede comprobarse que la metodología y objetivos son comunes a todos ellos: ponen de relieve las analogías y diferencias entre los diversos sistemas jurídicos europeos, en especial entre el Common Law y el Civil Law, para que sirvan de base a posteriores trabajos de armonización, que permitan elaborar unas normas o unos principios generales aceptables a todos los países europeos, o bien abordar aspectos parciales del tema, como el relativo al Derecho de responsabilidad civil (Grupo de TILBURG). Para evitar reiteraciones y redundancias innecesarias —hay autores que pertenecen a varios grupos— se ha pedido a la Comisión Europea que establezca una coordinación entre los grupos y trabajos realizados para avanzar en el proceso de elaboración de una normativa europea de contratos que regule el mercado interior. La Comisión Europea subvenciona y estimula la creación de estos Grupos de trabajo que, previsiblemente, aumentarían en el futuro, lo que vendría a confirmar la necesidad de una coordinación entre ellos, para evitar repeticiones innecesarias.

VI. COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ELABORAR UN CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

De lo expuesto anteriormente se desprende que la elaboración de una normativa europea en materia de contratos es una tarea polémica que plantea múltiples cuestiones: ¿ha de ser un Código Civil o unos principios generales?, ¿quién debe elaborarlo?, ¿qué materias debe comprender?, ¿sólo el Derecho patrimonial o también el Derecho de familia y sucesiones?, ¿han de ser normas imperativas o dispositivas?, ¿se aplicará sólo a las relaciones jurídicas transfronterizas o también a las domésticas?...

Sin embargo, antes de responder a estas interrogantes, hay que plantearse una cuestión previa: la Unión Europea ¿tiene o no competencia para elaborar un Código en materia de contratos? El tema es importante porque, para poder intervenir en esta o en cualquier otra materia, la Unión Europea ha de tener competencia para abordarla, pues, caso contrario, su actuación estaría viciada de nulidad (art. 230 TCE) y podría ser impugnada ante el Tribunal de Justicia comunitario (art. 234 TCE).

El artículo 2 TCE, modificado por el TUE, considera como misión fundamental de la Comunidad «promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elaboración y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros». Esta norma diferencia lo que son propiamente objetivos comunitarios de los fines instrumentales (mercado interior, unión económica y monetaria y políticas y acciones enumeradas en el art. 3) como medios para alcanzar los objetivos comunitarios. Del artículo 2 TCE se desprende una doble consideración: *a)* estas acciones pertenecen a la categoría de «objetivos instrumentales o intermedios»; *b)* algunas de las actuaciones que se encomiendan a la Comunidad son una reiteración detallada de lo señalado en el artículo 2 respecto a la implantación del mercado común y de la unión económica y monetaria (83).

El artículo 3 TCE realiza la doble misión de ofrecer un listado de las obligaciones que la Comunidad deberá satisfacer y proporcionar un resumen de las áreas en que se proyectará su actividad. Hay que destacar que el TUE hace compatibles las acciones para cuyo ejercicio resulta competente la Comunidad con las acciones a adoptar con los Estados miembros para lograr la integración europea; por esta razón, se habla de competencias de atribución, competencias implícitas y competencias suplementarias, que pasamos a examinar.

(83) Esta circunstancia se aprecia especialmente en el artículo 4.2 TCE, que contiene una enumeración de los elementos que posibilitan la consecución de una Unión Económica y Monetaria.

A) COMPETENCIAS DE ATRIBUCIÓN

El principio que inspira la atribución de competencias a la Comunidad es análogo al utilizado para determinar las competencias de las organizaciones internacionales, sin embargo, se aproxima más al de los sistemas jurídicos federales. En este sentido, los Tratados establecen las facultades que se reserva la Comunidad (arts. 3 TCE, 3 TCECA y 2 TCEEA), sin embargo, el sistema comunitario de atribución de competencias presenta una doble característica que hace compleja la identificación precisa de las competencias que recibe de la Comunidad: *a)* la técnica utilizada por los Tratados obedece a consideraciones funcionales o teológicas, no a criterios materiales (84); *b)* la atribución de competencias se realiza de forma específica y dispersa, no hay ni habilitaciones generales ni un articulado o capítulo destinado especialmente a enumerar todas las competencias comunitarias.

Esta doble característica trae como consecuencia que las competencias atribuidas a la Comunidad Europea sean imprecisas y confusas, pues, aunque en algunos casos son concretas, en otros son de gran amplitud, como ocurre en el campo de las políticas comunes (agrícola, comercial, transportes...).

B) COMPETENCIAS IMPLÍCITAS

La teoría de los poderes implícitos es un producto de la jurisprudencia federal norteamericana aplicada posteriormente a los conflictos planteados ante los tribunales internacionales. Conforme a esta teoría, se admite que una organización intergubernamental asuma ciertas competencias no previstas en sus textos constitutivos, cuando las mismas son análogas o semejantes a las atribuidas expresamente y resulten indispensables para cumplir los fines que la organización tiene encomendados; por tanto, la competencia implícita se obtiene por semejanza en un determinado ámbito o problema con relación a lo que ya tiene en otra materia, participando ambos aspectos en una misma entidad.

C) COMPETENCIAS SUPLEMENTARIAS

El TCE contempla el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros; en el artículo 308 TCE (antiguo 235): «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del

(84) Como ejemplo puede consultarse la sentencia Schumalla, de 28 de noviembre de 1978.

mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

Esta norma, que se presta a numerosas interpretaciones, ha servido de base a acciones tan diversas como la creación de nuevos órganos (como el Reglamento de 13 de febrero de 1975 sobre creación del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional), la conclusión de acuerdos internacionales (como el concluido con la India) o la puesta en marcha de nuevos mecanismos de financiación (como el instrumento financiero Nuevo Instrumento Comunitario o «facilidad Ortoli»). En resumen, la Comunidad disfruta de una gran libertad en el ejercicio de las competencias suplementarias, en lo referente a la forma y objeto de las «medidas pertinentes», con la única condición de que las mismas no excedan al ámbito económico en el que se señalan los objetivos comunitarios, enumerados en los artículos 2 y 3 TCE, antes examinados; por esta razón, a mi juicio, el artículo 308 no puede servir de base o fundamento jurídico para publicar un Código Europeo de contratos.

Desde la perspectiva de las competencias suplementarias, los artículos 94 y 95 TCE presentan características comparables a las del artículo 308 en lo relativo a su finalidad.

Bajo la denominación «Aproximación de las legislaciones», el artículo 94 TCE (antiguo 100) dice: «El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común». Como contrapeso a esta norma, el Acta Única Europea estableció el artículo 95 TCE (antiguo 100A), que introdujo también en la armonización de legislaciones otras formas de aprobación distintas a la unanimidad, como la mayoría cualificada. Estos artículos 94 y 95 han servido de base para publicar numerosas Directivas de Derecho Privado (comercio electrónico, firma electrónica, propiedad intelectual...) y seguirán sirviendo en el futuro, pues tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han expresado su voluntad de seguir acudiendo al artículo 95 como fundamento jurídico para la consolidación y armonización del Derecho Civil.

El artículo 11 TCE contempla la figura de la «cooperación reforzada», es decir, que un determinado grupo de Estados miembros adopte actos comunitarios que sólo tendrían valor para ellos y no para el resto; sin embargo, la posibilidad de que este artículo 11 TCE pueda servir de fundamento jurídico para publicar un Código europeo de contratos, debe rechazarse porque, para ello, es necesario que el tema en cuestión esté «dentro de las competencias atribuidas a la Comunidad por el presente Tratado» [art. 11.1,

letra d)] y es evidente que la elaboración de un Código Civil europeo no figura entre ellas.

A la vista de las consideraciones anteriores, la conclusión es clara. Con la normativa vigente, la Unión Europea no tiene base jurídica suficiente para publicar un Código europeo de contratos (85). Sin embargo, a mi juicio, el hecho de que la UE carezca actualmente de este fundamento jurídico, no impide que pueda tenerlo en el futuro, vía modificación de los Tratados constitutivos, pues, sería totalmente ilógico y carente de sentido que el Parlamento Europeo haya iniciado este proceso unificador (86) y que la Comisión Europea subvencione y aliente la creación de Grupos de Estudio europeos con ese fin (87), si después no tuviera competencia para publicar los resultados obtenidos, en este supuesto, el Código Civil europeo de contratos. No hay que olvidar que, desde el primitivo Tratado de Roma, las competencias de las instituciones comunitarias se han venido ampliando considerablemente con las sucesivas reformas de los Tratados (Acta única Europea, Maastricht, Amsterdam y Niza) y que en la reforma de los Tratados, actualmente en marcha por la ampliación de nuevos países, se ha sugerido la conveniencia de incluir expresamente esta competencia para solucionar esta duda de manera definitiva.

VII. CONTENIDO DEL FUTURO CÓDIGO EUROPEO: ¿DEBE INCLUIR LOS DERECHOS DE FAMILIA Y SUCESIONES?

El instrumento jurídico esencial para lograr la libre circulación de bienes y servicios es el contrato, por eso, el núcleo sobre el que gira la idea de codificación europea es el Derecho de contratos. Ahora bien, el contrato o Derecho de contratos no es una categoría jurídica aislada, sino que forma parte de otra concepción más amplia, el Derecho Patrimonial o Económico. Díez PICAZO lo define como «aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan los fines económicos del hombre»; por tanto, estudia cada uno de los elementos del patrimonio, es decir, de cada una de las relaciones jurídicas que lo componen o lo pueden comprender.

(85) La opinión doctrinal negativa es casi unánime; en este sentido, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil Europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho Civil», en *Derecho Privado Europeo*, págs. 129 a 156; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 279 y sigs.; en sentido favorable, PLAZA PEÑADES, «Algunas consideraciones sobre el futuro Código Civil Europeo», en *Derecho Patrimonial*, núm. 10, págs. 316 y 317, Aranzadi, 2003.

(86) Ver apartado III, letra A.

(87) Ver apartado V.

Las materias esenciales que componen el Derecho Patrimonial son:

1. La atribución a la persona de los bienes económicos (propiedad y demás derechos sobre las cosas).
2. El tráfico o cambio de manos de dichos bienes (intercambio de bienes).
3. La prestación de servicios que unas personas pueden realizar en favor de otras (cooperación o colaboración social).

En definitiva, Derecho de contratos y Derechos reales no son compartimentos estancos de la vida económica ni sectores independientes, sino dos aspectos, dos caras de la misma moneda, el Derecho Patrimonial (88).

El Convenio de Pavía adoptó una decisión importante, en el fondo y en la forma, sobre la armonización legislativa europea en materia de contratos; aceptar el Código Civil italiano de 1942 (arts. 1.173 a 2.059) como esquema de base, como punto de partida «en un tema tan delicado» (89). La elección fue importante por varias razones: por su relativa modernidad; por tratar de aspectos económicos, como la empresa; por ocupar una situación intermedia entre el sistema francés y el alemán; por ser el menos distante con el sistema anglosajón; pero, sobre todo, por ser un Código general de Derecho Privado, que comprende el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, superando el fraccionamiento particularista, clasista y técnico seguido por el Código Civil francés. Por este motivo, recoge figuras de gran interés económico, como el mandato de crédito, los contratos bancarios (depósitos bancarios, apertura de crédito bancario, anticipo bancario, operaciones bancarias en cuenta corriente), el contrato de agencia, el contrato estimatorio, etc. (90).

De lo expuesto se desprende que el futuro Código europeo de contratos se centra sustancialmente en el Derecho Patrimonial; podrá discutirse si debe comprender todas sus instituciones jurídicas (91) o han de excluirse algunas de ellas (enfiteusis, servidumbres, superficies...) (92), pero, en cualquier caso, se está dentro del ámbito del Derecho Patrimonial. La pregunta es si esa armonización del Derecho Civil debe o no afectar a los Derechos de Familia y Sucesiones.

(88) Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, pág. 37 y sigs.

(89) La expresión es utilizada por la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001.

(90) Ver apartado IV, letra A.

(91) Como defiende A. PINNA, en *Tilburg Foreign Law Review*, 9-4-2001.

(92) Como sostiene ARROYO AMAYUELAS, *Estudio preliminar: las perspectivas de un Derecho Privado Europeo*, pág. 59, Madrid, 2002.

A) DERECHO DE FAMILIA

LACRUZ BERDEJO señala que la ley no define a la familia ni es posible dar un concepto general de ella, porque el grupo familiar tiene distinta amplitud en los diversos aspectos en que es considerado: en la sucesión intestada abarca hasta el cuarto grado (art. 954); en materia de legítimas, se restringe al cónyuge, ascendientes y descendientes (art. 808); en materia de alimentos, se extiende a los hermanos (art. 143), etc.; en tales circunstancias, una definición legal o doctrinal sería innecesaria y confusa.

Además, dentro del Derecho Civil, el ordenamiento jurídico dedica toda una normativa a la regulación de la familia, llamada, en mayor o menor precisión, Derecho de Familia, entendiendo por tal el conjunto de normas jurídicas que regulan la familia en todos sus aspectos de Derecho Privado (93).

Los caracteres del Derecho de Familia presentan notables peculiaridades frente al Derecho Patrimonial e, incluso, frente al Derecho Sucesorio. Entre ellos puede señalarse:

1.º Su contenido ético, porque la esencia de la regulación de la familia es de tipo moral, es decir, son normas éticas que el Derecho transforma después en jurídicas, hasta donde eso es posible y conveniente. Esto explica, dice RUGGIERO, el fenómeno, propio del Derecho de Familia, de la existencia de normas sin sanción o con sanción atenuada o de obligaciones no exigibles (94).

2.º Su carácter transpersonalista. En las demás ramas del Derecho Privado, la ley sirve a los fines individuales de la persona, mientras que, en el Derecho de Familia, la ley defiende el interés superior de la familia y, en consecuencia, el del Estado.

3.º Limitación del principio de autonomía de la voluntad. Muchas normas del Derecho de Familia son imperativas y, por tanto, inderogables por la voluntad de las partes (relación parental, patria potestad...); en este sentido, el acuerdo de voluntades suele restringirse a la creación del vínculo familiar, cuyos efectos se regulan mediante normas imperativas.

4.º Fusión del derecho y el deber. El Derecho de Familia se caracteriza por una interpretación de derechos y obligaciones más fuerte que en ninguna otra rama del Derecho; los derechos se conceden para poder cumplir mejor ciertos deberes que corresponden a su titular frente a otros miembros de la familia y, por ello, el ejercicio del derecho sólo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo y en el marco de sus finalidades éticas y sociales.

(93) LACRUZ BERDEJO y otros, *El nuevo régimen de la familia*, t. 1, pág. 15 y sigs.

(94) RUGGIERO, *Instituciones*, t. 1, pág. 9 y sigs.

5.º Los derechos-deberes de familia son indisponibles, lo que significa que no cabe su renuncia y que se perpetúan hasta el momento prefijado en la ley, por ejemplo, hasta la mayoría de edad (95).

A las características anteriores, se pueden añadir al actual Derecho de Familia dos rasgos, en cierto modo, contradictorios:

- a) Por un lado, se viene produciendo una «publicación del Derecho de Familia» a través del creciente intervencionismo del Estado en la vida familiar, el cual puede ser beneficioso si es controlado, pero ofrece el peligro de que, a través del mismo, se pueda dirigir a la familia, según los intereses del grupo político que se encuentre en el poder.
- b) Por otro lado, tiene lugar una «privatización del Derecho de Familia», motivada por la progresiva democratización de las relaciones familiares, pues los poderes marital o paterno dejan de ser autocráticos y se hacen democráticos y compartidos (96).

Aplicando las consideraciones anteriores al tema concreto, es evidente que no puede hablarse actualmente de un Derecho de Familia europeo. En los últimos tiempos se ha producido un rápido acercamiento de varios aspectos del Derecho de Familia: la igualdad entre hombre y mujer, la admisión del divorcio, la no discriminación entre filiación matrimonial y no matrimonial, la protección de los hijos menores tras la ruptura del matrimonio, etc.; pero, este acercamiento ha sido consecuencia de las ideas dominantes de la opinión pública, del desarrollo de principios constitucionales de los Estados miembros o de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, no de una planificación legislativa.

El Derecho de Familia y Sucesiones no tienen el sentido económico del Derecho Patrimonial y, en principio, no son prioritarios para el funcionamiento del mercado interior, pero, esto no impide que se siga avanzando en el desarrollo de puntos concretos sobre el Derecho de Familia europeo, como pueden ser: en materia de Registro Civil, la Comisión Europea intenta buscar soluciones prácticas a los problemas planteados; en materia de adopción, se ha avanzado en las adopciones internacionales; en materia de derecho de alimentos, se intenta aproximar las diferentes legislaciones europeas (parientes acreedores y deudores de alimentos, cuantía de la deuda alimenticia, garantías para su percepción, relaciones con la Seguridad Social...).

(95) LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 43 y sigs.

(96) FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, t. 1, pág. 29, lo denomina Derecho de Familia Administrativo.

En esta línea, el Consejo Económico y Social muestra su conformidad con el enfoque de la Comisión de excluir inicialmente al Derecho de Familia de las inminentes aproximaciones legislativas, sin perjuicio de iniciar un estudio en profundidad sobre la posible aproximación del Derecho de Familia a mayor escala (97).

B) DERECHO DE SUCESIONES

Tradicionalmente la doctrina defendía que, de todas las partes del Derecho Civil, la más necesitada de unificación era la de Obligaciones y Contratos, a diferencia de las demás, que pueden y deben conservar su propia particularidad, como Familia y Sucesiones (98). Este mismo criterio parece mantenerse también en el actual proceso de unificación europea, pues ni la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual, de 1 de julio de 2001, ni la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, anteriormente examinadas, incluyen al Derecho de Sucesiones en este proceso, por varias razones: por la escasa incidencia que las normas de la sucesión *mortis causa* tienen en el funcionamiento del mercado interior y por el apego a tradiciones jurídicas, debidas a razones sociales y culturales (99). Sin embargo, conviene hacer algunas matizaciones, pues entre los sistemas sucesorios europeos hay puntos de divergencia y puntos de coincidencia.

1. Puntos de divergencia

1. La primera dificultad es que la Unión Europea no tiene competencia específica en materia de Sucesiones. En realidad, es una aplicación concreta de la cuestión más amplia sobre si tiene o no competencia para elaborar un Código de Contratos, por lo que cabe la misma respuesta, esto es, que la Unión Europea carece actualmente de base jurídica para ello, pero esto no impide que pueda tenerla en el futuro, por vía de modificación de los Tratados Constitutivos, pues sería totalmente ilógico que las instituciones comunitarias hayan iniciado y alentado este proceso unificador, si después no tuvieran competencia para sancionarlo (100).

(97) Sobre esta materia puede verse a GARCÍA GRANERO, «¿Derecho de Familia Europeo?», en *Derecho Privado Europeo*, pág. 1175 y sigs.

(98) CARBONNIER, «Derecho Civil», t. I, vol. 2, *Situaciones familiares y cuasifamiliares*, pág. 23 y sigs.

(99) CÁMARA LAPUENTE, «¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte», en *Derecho Privado Europeo*, pág. 1185 y sigs.

(100) Ver apartado VI.

2. Por razones históricas y culturales, se alega que algunos países europeos, como Alemania o Francia, se han mostrado contrarios a unificar el Derecho Sucesorio (SCHMIDLIN) (101) y, en España, la diversidad de sistemas sucesorios, dentro de los derechos forales, parecen confirmar la dificultad de la unificación en esta materia. Sin embargo, la existencia de varios sistemas sucesorios dentro de un mismo país no es un hecho excepcional, como ocurre en Escocia y en el resto del Reino Unido, o en los Estados federales, como Estados Unidos, Alemania o Suiza, y no hace más que constatar la diversidad legislativa existente en materia sucesoria, pero no significa que no pueda o no deba armonizarse.

3. La existencia de varios sistemas de transmisión de la herencia en Derecho Comparado, en especial la contraposición entre el Common Law y el Civil Law. Es evidente que la sustitución del causante por la persona o personas que se hagan cargo de su patrimonio después de su muerte, una de las misiones del Derecho de Sucesiones, es algo más que un cambio meramente subjetivo en una relación jurídica, como afirmaba SAVIGNY: que la idea de sucesión *mortis causa*, o el destino del patrimonio de una persona fallecida, es un fenómeno profundo y de gran complejidad técnico-jurídica. Sobre la adquisición hereditaria, el Derecho Comparado presenta los siguientes sistemas:

- a) El primer sistema, de adquisición directa, se caracteriza por efectuar el sucesor la adquisición hereditaria directamente de su causante, sin intervención de autoridad o persona alguna.
- b) El segundo sistema, de adquisición directa por investidura, se caracteriza por ser directa la adquisición de heredero derivada de su causante, pero hecha efectiva mediante un acto oficial de investidura.
- c) El tercer sistema, de adquisición fiduciaria, se caracteriza por no adquirir los destinatarios directamente del causante, sino a través de un fiduciario interpuesto.

Veamos brevemente cada uno de ellos (102).

A) Régimen de adquisición directa

Es el más generalizado, si bien admite diversas variantes, pudiendo señalarse los siguientes aspectos:

(101) B. SCHMIDLIN, *Vers un droit privé européen commun?*, pág. 33 y sigs.

(102) Una exposición muy amplia puede verse en ROCA SASTRE, *Estudios sobre sucesiones*, t. II, pág. 417 y sigs., 1981.

I. Adquisición de la condición de heredero o propiedad de la herencia. El Derecho Romano y las legislaciones que se inspiran en él siguen el principio de continuidad jurídica del causante por el heredero, éste sucede a aquél, sin que en el proceso intervenga nadie más; sin embargo, en este principio puede haber dos variantes, según se siga el sistema de adquisición hereditaria por aceptación o por delación, una vez producida la aceptación, sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante.

Dentro de este grupo, denominado sistema continental, se pueden distinguir dos subgrupos:

- a) En el sistema de delación están Alemania, Suiza, Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia.
- b) En el sistema de aceptación están España e Italia.

II. Adquisición de la posesión del caudal relicto. En lo relativo a la obtención por el heredero de la posesión de los bienes relictos, hay también varios tipos: a) el de la adquisición *ipso iure* de la posesión por el heredero desde el momento de la muerte del causante (Francia, Alemania, Suiza, Bélgica y Holanda); b) el de la adquisición de la posesión por el heredero, estando autorizado por la ley para hacerlo (España e Italia); c) el de la adquisición de la posesión por investidura judicial: el heredero debe pedir al Juez que le ponga en posesión (Austria).

B) Régimen de adquisición por investidura

Este es el sistema sucesorio vigente en Austria, que ocupa una situación intermedia entre el Common Law y el Civil Law. El Código Civil de Austria (Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch o ABGB) regula las sucesiones, en general, de acuerdo con el Derecho Romano, pero con una peculiaridad: la necesaria intervención de la autoridad judicial, para la comprobación y declaración de herederos, atribución y entrega de los bienes relictos. Esta declaración judicial (Einantwortung) constituye el acto básico del proceso de adquisición sucesoria, ya que entonces los herederos adquieren la herencia; hasta ese momento, sólo existía herencia yacente.

C) Régimen de adquisición fiduciaria

Es el sistema sucesorio inglés que se caracteriza en que la adquisición hereditaria, su efectividad posesoria y de gestión, no es directa, sino indirecta de tipo fiduciario. Frente al sistema continental, inspirado en el principio de continuidad jurídica del causante por el heredero, en el sistema anglosajón, el

principio fundamental es el contrario, ya que entre el causante y los herederos se interpone un intermediario, el «executor» (persona instituida como tal en el testamento), o el «personal representative» (persona designada por el Tribunal a falta de testamento) o el *administrator cum testamento annexo* (persona designada por el Tribunal si el testamento no designa executor o el nombrado renuncia) (103).

En resumen, el criterio de continuación del Civil Law, frente al criterio de liquidación del Common Law. No obstante este planteamiento, las diferencias entre ambos sistemas no son tan insalvables, como a primera vista pueda parecer, pues, a diferencia de otras ramas del Derecho Privado, como el Derecho de Contratos, el sistema sucesorio inglés presenta una importante aproximación con el sistema continental y es que la sucesión inglesa se rige por una serie de textos legales (104). Como se ha visto anteriormente, el Common Law es un derecho formado por los Jueces (judge-made-law) y no un derecho escrito, en el sentido de no estar codificado (105)». Este hecho, aparentemente intrascendente, supone un importante punto de partida, al no producirse en materia sucesoria un vacío legislativo, como el que existía en el ámbito de los contratos, que vino a llenar el Contract Code de HARVEY MCGREGOR, lo que facilitará los trabajos que puedan realizar, en su día, los grupos de estudio europeos sobre Derecho Sucesorio.

2. Puntos de coincidencia

Como se ha visto anteriormente, durante varios siglos, Europa aplicó un derecho común, el *ius commune* romano-canónico, situación que se prolongó hasta el movimiento codificador del siglo XIX, en el que varios países codificaron «su» Derecho Civil. Con razón, ROSCOE POUND recordaba que los juristas de Europa continental hablaban y escribían como si sólo existiera el Derecho Civil de Francia, Italia, Alemania... en lugar de considerar que subsistía doctrinalmente la unidad marcada por una tradición común europea, que se ha perpetuado desde Roma hasta nuestros días (106).

Esta tradición común de siglos se manifiesta en una serie de materias sucesorias, con soluciones similares en las legislaciones europeas, como ocurre con la conmorienencia entre dos personas llamadas a sucederse recíproca-

(103) PARRY, *Law of Succession*.

(104) Las principales normas son: Wil/s Act 1837 y 1963; Administration of Estates Act 1925 y 1971; Inheritance Act 1975; Non Contentions Probate Rules 1991; Family Provision (Intestate Succession) Order 1993; Law Reform (Succession) Act 1995; citados por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 1190, nota 22.

(105) Ver apartado IV, letra B, *Rasgos esenciales del Common Law*.

(106) Ver apartados 11 y IV, letra A.

mente, donde se admitían como soluciones bien una presunción de premoriencia (Francia, que presumía la supervivencia del más fuerte, según la edad y sexo), bien una presunción de conmoriencia (Alemania, Suiza, España, Italia y Portugal). La reciente reforma del Código francés (Ley de 3 de diciembre de 2001) lo situó en el criterio común de la conmoriencia.

Otro punto de coincidencia es en la ficción de la capacidad sucesoria del concebido. Para evitar que el hijo nacido después de la muerte de su padre no pudiera heredar ni concurrir a la herencia con sus hermanos, el Derecho Romano estableció una cierta protección del concebido y no nacido, presuponiéndolo nacido para todo lo que pudiera favorecerlo (107). Esta solución, lógica y razonable, ha sido aceptada por numerosas legislaciones europeas (Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, España e Italia).

Las normas romanas son también recogidas sustancialmente por los sistemas europeos en lo relativo a las causas de indignidad para suceder, estableciendo una regla general y unas excepciones. La regla general es que toda persona, física o jurídica, tiene el derecho de suceder por testamento (testamentificación pasiva) o por llamamiento legal o intestado. Las excepciones son las llamadas incapacidades de suceder, que pueden subdividirse en incapacidades absolutas o relativas y en incapacidades por indignidad; el fundamento común de todas ellas son razones de orden privado y natural, no de orden público, social o religioso, como antiguamente. En efecto, en Derecho Romano, las incapacidades absolutas para suceder afectaban a esclavos, peregrinos, personas jurídicas, apóstatas, reos de alta traición y sus hijos, *nascituri*, comunidades de judíos en la Roma cristiana...; entre las incapacidades relativas estaban la del segundo o posterior consorte, que no podía adquirir por donación, herencia o legado más que el hijo menos favorecido del matrimonio anterior (*Ley Hac aedictali*) y la del Notario (Senadoconsulto Libonianno). La indignidad sucesoria respondía a razones de orden privado y se calificaba, no como incapacidad para suceder, sino como exclusión de la herencia o legado, ya que el indigno era capaz para suceder, pero, una vez declarada la indignidad, la herencia o legado adquirida por el indigno se atribuía al erario público y, más tarde, al Fisco o a una tercera persona, según los casos (108).

No obstante el fondo romano en esta materia, pueden apreciarse dos modalidades: *a)* sistemas que distinguen entre causas de indignidad y causas de desheredación (España y Alemania); y *b)* sistemas que las refunden en una sola figura, la indignidad (Francia e Italia).

Otro punto en que los sistemas europeos siguen claramente al Derecho Romano es en la sucesión intestada, inspirándose en el principio justineano

(107) *Digesto*, 50.16.231.

(108) SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pág. 551 y sigs., Madrid, 1928.

de que el cariño primero desciende (descendientes), después asciende (ascendientes) y, por último, se reparte a los lados (hermanos y sobrinos). En la época clásica, la sucesión intestada estuvo organizada con arreglo al sistema agnaticio, caracterizado por conceder la herencia exclusivamente a los parientes por línea del varón; reflejando este sistema, las Doce Tablas llamaron a la sucesión a los herederos suyos (*sui heredes*), en su defecto, a los agnados y, por último, a los gentiles. Este sistema producía grandes injusticias, por ello, el Derecho pretorio estableció el siguiente orden: 1.º los descendientes legítimos por línea masculina (*liberi*); 2.º los herederos llamados por el Derecho Civil (*legitimi*); 3.º los cognados o parientes consanguíneos (*cognati*); 4.º el cónyuge supérstite (*vir et uxor*); de este modo la familia natural era admitida a la sucesión al lado de la familia civil. Después de algunas reformas introducidas por los Senadoconsultos Orficiano y Tertuliano, y por algunas Constituciones imperiales, Justiniano estableció el sistema cognaticio de sucesión con el siguiente orden: 1.º Los descendientes del difunto. 2.º Los ascendientes en concurrencia con los hermanos de doble vínculo e hijos de hermanos premuertos. 3.º Los colaterales por el siguiente orden: a) hermanos de doble vínculo y sus descendientes; b) hermanos unilaterales y sus descendientes; c) los demás parientes, según la proximidad de grado (109).

Los sistemas europeos siguen varios de estos criterios: el de la «comunidad familiar», con algunas variantes: el sistema agnaticio y el sistema lineal, troncal o de linaje de los bienes (Inglaterra hasta la entrada en vigor de la Administration of States Act en 1925, Aragón, Navarra, Álava y Vizcaya); el sistema biológico-psicológico, que atiende a los grados de parentesco y a otras consideraciones, como el afecto o la convivencia, con dos variantes, según se siga el régimen de distinguir entre clases, órdenes y grados (Francia, Italia, España y Portugal), o el de parentelas (Alemania, Austria, Suiza y países escandinavos) (110).

De lo expuesto, pueden destacarse como principios comunes a los sistemas europeos en materia de sucesión intestada:

1.º Los descendientes heredan siempre con preferencia sobre cualquier pariente.

2.º El grado más próximo excluye al más remoto.

(109) SOHM, *op. cit.*, pág. 532 y sigs.

(110) KIPP, *Derecho de Sucesiones*, vol. V, 1.º, pág. 30 y sigs., dice que el orden de suceder por parentelas (Parentelordnung) llama primero a los descendientes del causante, pues la primera parentela está constituida por el causante y sus descendientes; luego llama a los padres del causante y los descendientes de aquéllos; después llama a los abuelos y sus descendientes, y así sucesivamente; por tanto, los ascendientes del siguiente grado, junto con sus descendientes, forman una parentela. Asimismo existen dos variantes: el de parentelas gradual, que no admite el derecho de representación, y el de parentelas puro, aunque a veces sólo en los primeros órdenes.

- 3.º Compatibilidad entre sucesión testada e intestada.
- 4.º El derecho de representación está muy extendido en todos los sistemas.
- 5.º Se ha mejorado notablemente la situación jurídica del cónyuge supérstite.
- 6.º Se reduce el número de parientes colaterales llamados a la sucesión intestada.
- 7.º En defecto de todo pariente llamado hereda el Estado.

Hay que destacar la especial incidencia que las nuevas tendencias del Derecho de Familia tienen en el Derecho de Sucesiones, pues los negocios *inter vivos* pueden tener gran trascendencia en la sucesión *mortis causa* y viceversa, en especial, en la transmisión de empresas; en este sentido se orienta la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de diciembre de 1994, aconsejando revisar el principio de pago de la legítima *in natura*, porque puede mejorar el funcionamiento del mercado interior, facilitando la transmisión de PYMES. Estas nuevas tendencias del Derecho de Familia inciden en el Derecho de Sucesiones, porque amplían el número de personas que se benefician de una disposición *mortis causa*; entre estas tendencias pueden indicarse las siguientes:

- a) La equiparación sucesoria de todos los hijos, con independencia de su filiación, matrimonial, extramatrimonial o adoptiva, como consecuencia del principio de igualdad, recogido en las Constituciones nacionales de los Estados miembros, en convenios internacionales y en las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos (111).
- b) En la relación existente entre el régimen económico-matrimonial y la protección sucesoria del cónyuge viudo. El matrimonio supone una unión física, afectiva e intelectual entre personas de diferente sexo para vivir en común y prestarse asistencia mutua; pero, esta unión, de personas y no de bienes, trasciende inevitablemente a la esfera patrimonial de cada uno de los cónyuges. Por ello, en el Derecho de Familia, se habla no sólo de los efectos personales de los cónyuges, sino también de los efectos patrimoniales o económicos, los primeros sometidos imperativamente a una regulación legal uniforme, mientras que los segundos no son iguales para todos los matrimonios, ya que los cónyuges pueden elegir el régimen económico que más le convenga (112).

(111) Sentencias de 13 de julio de 1979, caso Marckx, y de 1 de febrero de 2000, caso Mazurek.

(112) SAVIGNY distinguía entre un «Derecho de Familia puro» y un «Derecho de Familia aplicado a los bienes».

Si se efectúa un análisis comparativo entre los sistemas económico-matrimoniales y los derechos viduales, se encuentra una profunda interconexión entre estas instituciones jurídicas: ambas regulan la participación de los cónyuges en el patrimonio familiar y el deseo de supervivencia o continuidad del mismo, aún después de la muerte de uno de los cónyuges. Por ello, en unos regímenes jurídicos, los derechos viduales están estrechamente vinculados al régimen económico-matrimonial correspondiente, pudiendo incluso afirmarse que son integrantes del mismo; por el contrario, en otros sistemas, aparecen como independientes de éste, regulándose estrictamente como derechos sucesorios, con independencia del régimen económico-matrimonial. Se produce, pues, una correlatividad entre ambas figuras, de suerte que, a mayores derechos viduales derivados del régimen económico-matrimonial, suelen corresponder menores derechos sucesorios y viceversa. Un derecho sucesorio será tanto más necesario cuando el cónyuge supérstite no tenga una participación en las ganancias obtenidas en vida por su consorte, por haber existido un régimen de absoluta separación de bienes.

Esta correlatividad ya se puso de relieve en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil (113), que propuso ampliar los derechos usufructuarios del cónyuge viudo, concediéndole un beneficio que se aproximase a la viudedad universal del derecho navarro, determinándose dentro del régimen económico-matrimonial y no como derechos a la sucesión del cónyuge premuerto (114).

Otro punto de coincidencia de los sistemas europeos en materia sucesoria es el fortalecimiento de la situación jurídica del cónyuge supérstite. El Derecho Comparado es de máxima utilidad para el conocimiento y progreso del propio derecho, pues, incluso el más completo sistema jurídico no es perfectamente inteligible hasta que no se contempla en relación con otros. Los mismos problemas se plantean hoy por todas partes y cada legislación está influida, acaso inconscientemente, por las grandes corrientes jurídicas internacionales que sobrepasan las fronteras políticas de los Estados; esta universalización de los conceptos jurídicos es característica de la evolución del derecho moderno» (115).

En líneas generales, las legislaciones modernas coinciden en el deseo de reconocer ampliamente unos derechos al cónyuge supérstite, si bien difieren en la fórmula adoptada para ello. Los criterios que se siguen en esta materia son: a) sistema de asignación de una cuota en propiedad (Alemania, Austria,

(113) Celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de octubre de 1946.

(114) Dentro de los Derechos Forales hay dos grupos netamente diferenciados: sistemas en los cuales los derechos viduales son elementos integrantes o próximos del régimen económico-matrimonial (Navarra, Aragón y Vizcaya), y sistemas en los cuales los derechos viduales son independientes del sistema económico (Código Civil, Cataluña, Baleares, Fuero del Baylio); sobre este punto me remito a mi trabajo *Legítima del cónyuge supérstite*, pág. 406 y sigs., editado por el Colegio de Registradores, 1989.

(115) ANCEL, *L'avocat et le Droit Comparé*, pág. 218, 1950.

Dinamarca y Grecia); *b*) sistema de asignación de una cuota en usufructo (España, Italia, Portugal, Irlanda y Escocia); *c*) sistema ecléctico o mixto, consistente en distinguir según que existan o no hijos del matrimonio en el momento de fallecer el cónyuge, dando una solución diversa para cada una de estas hipótesis: si existen hijos, el sistema de usufructo, ya que predomina la idea de que los bienes deben permanecer en la familia de procedencia; si no hay hijos, el sistema de propiedad, ya que entonces no hay razones para desmembrar el dominio (Francia, Bélgica, Suiza); *d*) sistema del derecho a alimentos, con una cuota en usufructo en la sucesión legítima (Portugal, nuevo Código Civil de 25 de noviembre de 1966).

De los sistemas jurídicos señalados pueden deducirse, a mi juicio, las siguientes consecuencias:

1.^a Se aprecia un notable incremento de los beneficios patrimoniales concedidos al cónyuge supérstite, procedentes bien del derecho matrimonial (uso de la vivienda familiar, ajuar doméstico...), bien del derecho sucesorio.

2.^a Se empieza a dar entrada al arbitrio judicial para fijar la legítima del cónyuge supérstite (116).

3.^a Tendencia generalizada a su reconocimiento como derecho recíproco de ambos cónyuges, consecuencia de la igualdad jurídica entre hombre y mujer.

4.^a Estrecha correlación entre el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge supérstite.

El problema central que se suscitará cuando se aborde la armonización europea en materia sucesoria será el tema de las legítimas. Todos los sistemas continentales reconocen expresamente tanto los derechos legitimarios como el principio de libertad de testar, por ello el problema radicará en fijar sus límites y analizar si las legítimas pueden o no mantenerse en sus términos actuales, por lo que sería conveniente constituir grupos de estudio europeos para potenciar un mayor conocimiento del Derecho Sucesorio.

VIII. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE UN CÓDIGO EUROPEO

La armonización del Derecho Civil básico en los Estados miembros es «un tema delicado y de gran carga política», reconoce expresamente la Re-

(116) El profesor BLAGOJEVIC señala que, en el antiguo Derecho yugoslavo, el Tribunal podía aumentar o disminuir la cuota en propiedad, en principio, de cuantía fija, por razones de carácter alimenticio; citado por CASTÁN VÁZQUEZ en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, marzo de 1964, págs. 15 y 16.

solución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001 (117). Las diversas iniciativas, comunitarias y extracomunitarias o académicas, han abierto un amplio debate en profundidad y una etapa de reflexión en el mundo jurídico sobre las ventajas e inconvenientes que pueda suponer la elaboración de un Código europeo de contratos, en una primera etapa, y de un Código general de Derecho Civil, en otra fase posterior. Por ello, conviene analizar sucintamente los argumentos utilizados en uno y otro sentido (118).

A) ARGUMENTOS A FAVOR DEL CÓDIGO EUROPEO

1. El funcionamiento del mercado interior. Este es el principal argumento que utiliza la Comisión Europea para defender la armonización: que la diversidad legislativa de los Estados miembros no permite realizar una estrategia uniforme de ventas, distorsiona la competencia entre empresas y operadores del tráfico, dificultando la libre circulación de bienes. Estas dificultades pueden ser afrontadas por grandes empresas, que cuentan con medios económicos y asesoramiento jurídico para conocer el sistema jurídico de la otra parte contratante, pero resultan un obstáculo insalvable para pequeñas y medianas empresas.

2. La insuficiencia del Derecho Internacional Privado para organizar y regular el mercado interior. La UE tiene competencias en materia procesal e internacional (arts. 61 y 65 TCE), que le permiten solucionar problemas dentro de un sistema de diferencias legislativas, pero no suponen una alternativa seria a la armonización de legislaciones, porque la ley sustantiva aplicable variará en cada caso, con lo cual las distorsiones subsistirán, aunque exista un Derecho Internacional Privado plenamente armonizado. Este es el argumento utilizado por la expresada Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, y por varios grupos de trabajo europeos (Comisión LANDO, el Grupo de VON BAR, la Academia de Pavía y, en la doctrina española, DÍEZ PICAZO, ROCA y MORALES) (119).

3. La idea de codificación no está totalmente superada, pues el ordenamiento jurídico siempre necesita un estímulo intelectual; prueba de ello es que, en la segunda mitad del siglo xx, se han promulgado más de veinte

(117) Ver apartado III, letra A.

(118) CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 66 y 67, dice que toda la argumentación descansa sobre cuatro razonamientos: cultural (una cultura europea o mayor diversidad cultural), económico (el funcionamiento del mercado único), político y técnico (insuficiencias del Derecho Privado Comunitario, competencia de la UE...).

(119) Ver apartado V, letras A, B y C. En términos categóricos, el informe LEHNE afirma que el Derecho Internacional Privado ya no es un elemento adecuado para el mercado único europeo.

Códigos Civiles, basta recordar al Código portugués, de 25 de noviembre de 1966; el holandés, de 1 de enero de 1992; el Contract Code de HARVEY MCGREGOR y los Códigos que preparan actualmente países de Europa Central y Oriental, en sustitución de los viejos códigos socialistas, con vistas a su inmediata incorporación a la UE (120).

4. Las condiciones económicas y sociales de los Estados miembros son similares, al basarse en una economía de mercado y en sistemas democráticos; a ello hay que añadir la unidad intelectual de una cultura jurídica europea de principios, razonamientos e instituciones, representada por el viejo *ius commune* romano-canónico durante varios siglos (121).

B) ARGUMENTOS EN CONTRA

1. Tradicionalmente se señala como argumento que obstaculiza la armonización europea la existencia de dos grandes sistemas jurídicos, el continental y el anglosajón, el Civil Law y el Common Law, al que se aproxima el sistema escandinavo. Sin embargo, a mi juicio, este razonamiento está actualmente muy debilitado por varias razones: por la aproximación entre ambos sistemas debido a las Directivas y la jurisprudencia comunitarias, sobre todo, las relativas a protección de usuarios y consumidores; por la numerosa participación de juristas anglosajones en los grupos de estudio europeos y, en especial, por el formidable esfuerzo de acercamiento a los derechos continentales, representado por el Contract Code, de HARVEY MCGREGOR (122).

2. Se alega también la falta de competencia de la UE para elaborar un Código Europeo de contratos, pues, caso negativo, su actuación estaría viciada de nulidad (art. 230 TCE) y podría ser impugnado ante el Tribunal de Justicia comunitario (art. 234 TCE). Sin embargo, el hecho de que actualmente la UE carezca de esta base jurídica, no impide que pueda tenerla en el futuro, por vía de modificación de los Tratados; en este sentido, aprovechado la reforma de los Tratados fundacionales, actualmente en marcha por la ampliación de nuevos países, se ha sugerido incluir expresamente esta competencia para zanjar la polémica.

3. Se argumenta que es necesario respetar el pluralismo europeo, que la esencia de Europa está en su diversidad lingüística, social, cultural y jurídica, como reconoce el TCE (art. 6.3), que se perdería por la armonización; esta pérdida sería especialmente grave en España, porque supondría la desaparición de los Derechos forales (123). Sin embargo, la idea de un Código

(120) Ver apartado IV, letra A.

(121) Ver apartado 1.

(122) Ver apartado IV, letra B.

(123) SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 225 y sigs.

européo no ha sido rechazada por los juristas de territorios forales, que aceptan como inevitable el proceso de europeización jurídica y reclaman participar en él, desde su propia identidad (ESPÍAU ESPÍAU, VAQUER ALOY, MARTÍN CASALS) (124). Además, la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, reconoce expresamente que «la tradición jurídica de los pueblos de Europa presenta, en último término, más coincidencias que divergencias» (125).

4. Se alega que la armonización provocaría la pérdida de competitividad entre los ordenamientos europeos para buscar las soluciones más eficaces a los problemas planteados. Sin embargo, a ello puede objetarse que esta competencia podría reducir las garantías jurídicas de usuarios y consumidores, obligándoles a buscar la norma más beneficiosa en otro lugar, lo que retrasaría el funcionamiento del mercado interior.

IX. RECAPITULACIÓN FINAL

De todo lo expuesto anteriormente, pueden deducirse las siguientes conclusiones:

1.^a El Derecho Privado Europeo se ha ido consolidando y aumentando, conforme lo hacía el mercado interior, de una «integración negativa», esto es, que los derechos nacionales no establecieran restricciones a las «cuatro libertades» fundamentales, se ha pasado a una «integración positiva», esto es, a Reglamentos y Directivas sobre Derecho Privado. Las sucesivas reformas de los Tratados fundacionales (Acta Única Europea, Maastricht y Amsterdam) han reforzado sistemáticamente al Derecho Privado Europeo, tendencia que se mantendrá en la revisión, actualmente en marcha para la ampliación de nuevos países, prevista para el 2004.

2.^a Numerosas Directivas Comunitarias han armonizado el Derecho de Contratos, sin embargo, esta unificación ha sido sectorial, de temas concretos, no de ramas enteras del Derecho Privado, lo que, en muchos casos, ha provocado una mayor confusión porque las Directivas han sido desarrolladas por los propios Estados miembros, lo que pone de relieve la necesidad de armonizar el Derecho de Contratos a nivel europeo.

3.^a Una tarea histórica tan ambiciosa y compleja como elaborar un Código Europeo de Contratos, destinado a sustituir, en su día, a los Códigos nacionales, es un fenómeno nuevo, sin precedentes en la historia, lo que obligará a actuar de una manera distinta a las codificaciones del siglo XIX;

(124) Citados por CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 72, nota 81.

(125) Ver apartado III, letra A.

este proceso requiere un intenso debate entre juristas, sobre todo entre los del Common Law y del Civil Law, para recuperar una cultura jurídica europea de principios, razonamientos e instituciones durante siglos, que tiene como denominador común el principio de autonomía de la voluntad.

4.^a Este proceso de «europeización jurídica» se desarrollará presumiblemente en dos fases: en una primera, esta armonización deberá superar la distinción entre el Derecho Civil y Mercantil, incorporando numerosas figuras contractuales del sistema anglosajón (leasing, renting, factoring...); en una segunda fase, la armonización comprenderá también materias de Familia y Sucesiones. Cuando se aborden materias sucesorias, el problema central que se suscitará será el tema de las legítimas, pues los sistemas europeos reconocen tanto el principio de libertad de testar como las legítimas, por ello, será un problema de límites, si las legítimas deben o no mantenerse como en la actualidad.

5.^a A la vista de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, no hay que descartar que, en el futuro, este proceso de europeización jurídica pueda comprender también los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria, las garantías sobre la misma, en concreto la «eurohipoteca», o el sistema de los Registros de la Propiedad.

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA
Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio

SUMARIO: I. AL CABO DEL TIEMPO SOBRE LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO: 1. A PARTIR DE UNA ANTIGUA PROPUESTA. 2. EL FUNDAMENTAL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE PATRIMONIO. 3. COMPARACIÓN CON EL ARTÍCULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA. 4. SUGERENCIAS PARA EL EXPEDIENTE DE DOMINIO. 5. SUGERENCIAS PARA LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. 6. LA POSIBLE REFORMA QUE HUBIERA SIDO DESEABLE.—II. DISPOSICIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE DERECHOS INSCRITOS A SU FAVOR: 1. EL PRECEPTO INNOVADOR. 2. LOS SUPUESTOS QUE ABARCA. 3. COMPETENCIA GENÉRICA DE LA ADMINISTRACIÓN. 4. ÓRGANO COMPETENTE EN CONCRETO. 5. PROCEDIMIENTO PARA LA RECTIFICACIÓN. 6. TÍTULO PARA LA MODIFICACIÓN REGISTRAL. 7. ALCANCE REGISTRAL DE LA RECTIFICACIÓN.

I. AL CABO DEL TIEMPO SOBRE LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO

1. A PARTIR DE UNA ANTIGUA PROPUESTA

En la *RCDI* y en el ya lejano año de 1961, el que esto escribe publicó un trabajo cuyo título era «La certificación administrativa de dominio y la reanudación del tracto sucesivo interrumpido». Allí se mantenía que a esa certificación se le debía reconocer virtualidad para reanudar el tracto, al igual que ocurre con el expediente de dominio. Precepto que se traía a colación en defensa de esa tesis era el artículo 306 del Reglamento Hipotecario. Éste prescribía que cuando la certificación expedida estuviera en contradicción con algún asiento no cancelado, el Registrador remitiría copia de éstos a la autoridad que expidió aquella, la cual podría remitir el asunto al juez de primera instancia, que, con audiencia de las partes, se pronunciaría sobre la inscripción o no de la certificación. En aquel trabajo se terminaba indicando la forma en que habían de quedar redactados los artículos pertinentes para dar entrada clara a esa eficacia reanudadora del tracto.

En edición del ROCA SASTRE posterior a aquel año 61, se recoge la sugerencia con la indicación de no resultar la misma aceptable. Y, efectivamente, la Dirección General en sus reiteradas Resoluciones negó a la certificación administrativa ese poder de reanudar el tracto interrumpido.

Con todo, a aquella certificación le esperaban tiempos mejores. Así por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al fundamental artículo 206 de la Ley Hipotecaria, regulador de esa certificación, se añadió un párrafo 2 de este tenor: «Mediante certificación administrativa, librada en los términos indicados en el párrafo anterior y con los demás requisitos en cada caso establecidos, podrán inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes». Se permite pues en esos casos prescindir de la escritura pública.

Lo anterior queda corroborado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, Reguladora del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En el Título II, dedicado a la protección del patrimonio, el Capítulo IV trata del Régimen Registral. El artículo 36 prescribe la inscripción en el Registro de los bienes de aquellas administraciones, sean patrimoniales o demaniales. Y en el artículo 37, dedicado al título inscribible, el apartado 2 establece: «Las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas y demás previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, se practicarán mediante traslado de la disposición administrativa en cuya virtud se verifiquen, o mediante la certificación prevista en dicho artículo, siempre que no afecten a terceros».

2. EL FUNDAMENTAL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE PATRIMONIO

Pero el precepto fundamental que motiva estas líneas es el apartado 3 de ese artículo 37 que conviene transcribir íntegramente:

«3. Además de los medios previstos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, la certificación a que se refiere el artículo 206 de esta ley será título válido para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, siempre que los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes no hayan formulado oposición dentro de los 30 días siguientes a aquél en que la Administración les hubiese dado traslado de la certificación que se propone inscribir, mediante notificación personal o de no ser ésta posible, mediante publicación de edictos en los términos que se expresan a continuación. Si los interesados no son conocidos, podrá inscribirse la certificación cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad, no hayan sufrido

alteraciones durante ese plazo y se hayan publicado edictos por plazo de treinta días, comunicando la intención de inscribir la certificación en el tablón del Ayuntamiento y en el *Boletín Oficial del Estado*, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia, según cual sea la Administración que la haya expedido, sin que se haya formulado oposición por quien acredite tener derecho sobre los bienes. En la certificación se hará constar el título de adquisición del bien o derecho y el tiempo que lleva la Administración titular en la posesión pacífica del mismo.

Las inscripciones practicadas en esta forma estarán afectadas por la limitación de efectos establecida en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria».

Algunas observaciones sobre tan importante innovación. Y sea la primera que al cabo de más de cuarenta años de aquella propuesta doctrinal de 1961, ahora por vía legal se reconoce eficacia reanudadora a nuestra certificación. Se la cita junto a los otros medios del artículo 200, esto es, el acta de notoriedad y el expediente de dominio.

En segundo lugar, el precepto es bastante más flexible que el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, relativo al expediente de dominio con virtualidad reanudadora. Porque en éste la exigencia de tres notificaciones fue considerada exagerada por parte de la doctrina. En la figura ahora regulada basta con una.

En tercer lugar, cuando en el artículo 37, apartado 3, se menciona la notificación personal o la por edictos, en este segundo caso la regulación de tales edictos se separa bastante de la frase inicial. Debíó pues decirse: publicación de edictos por plazo de 30 días en el tablón del Ayuntamiento, y en el *BOE*, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia... De esa forma el precepto no se interrumpe con la referencia a los interesados no conocidos.

En cuarto lugar, resulta extraña la referencia a éstos cual la establece la Ley: «Si los interesados no son conocidos, podrá inscribirse la certificación cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad, no hayan sufrido alteración durante ese plazo...». La extrañeza radica en que, cual está el precepto, parece como si ante titulares desconocidos la certificación sólo pudiera inscribirse si las inscripciones de aquéllos tienen más de treinta años de antigüedad.

Y realmente el tiempo del asiento y el conocimiento o no de los titulares o sus causahabientes son cosas distintas. Puede ocurrir que en inscripciones que no lleguen a los treinta años, pero que estén cercanas a ese tiempo, se desconozca la identidad o domicilio de aquellas personas. Y no tiene sentido que para reanudar el tracto haya que esperar en todo caso a que se cumpla aquel largo plazo. Si acaso habría que adoptar las necesarias garantías, pero de haberse adoptado, aquella espera no es razonable.

En cambio el precepto pudo hacer referencia expresa a esos casos de desconocimiento del titular, herederos o causahabientes, o de ignorarse el

domicilio de los mismos, estableciendo al efecto las oportunas garantías. Porque con todos ellos debía intentarse la notificación, como hace mucho tiempo dejó proclamado ROCA SASTRE.

3. COMPARACIÓN CON EL ARTÍCULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA

La innovación que supone el artículo 37 de la Ley de Patrimonio choca más con lo que sobre el expediente de dominio, en su finalidad reanudadora del tracto, establece el artículo 202 de la Ley Hipotecaria que conviene transcribir en su integridad:

«Artículo 202. Los expedientes tramitados con arreglo al artículo anterior serán inscribibles, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias, siempre que éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado en debida forma y no hubiere formulado oposición.

También serán inscribibles, aunque las inscripciones contradictorias sean de menos de treinta años de antigüedad, si el titular de las mismas o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente.

Si el titular del asiento contradictorio de menos de treinta años de antigüedad o sus causahabientes no comparecieren después de haber sido citados tres veces —una de ellas, al menos, personalmente—, se les tendrá por renunciantes a los derechos que pudieran asistirles en el expediente, y éste será también inscribible».

Para las inscripciones de más de treinta años al precepto basta con que sus titulares hayan sido citados en debida forma. Y como se trata de un expediente jurisdiccional, habrá que entender que esa forma es la que hoy prescribe la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que después haremos alguna alusión.

Cuando las inscripciones no tienen más de treinta años, la ley exige que se hayan realizado tres citaciones o notificaciones, de las cuales una ha de ser personal. Con una pretendida finalidad garantista para el titular inscrito, creemos que aquí la ley exagera. Porque si verdaderamente la primera notificación que se practicó fue personal al titular, no se ve la necesidad de añadir dos más que pudieran no ser sino edictales y no suponen garantía adicional. Todavía tendría lógica pedir una citación en persona y si ésta no se logra tres de otro tipo. Pero cual está en la ley, el precepto bordea el absurdo.

A su vez, la norma sí que debió distinguir según que los titulares o sus causahabientes o herederos, pues a todos se debe citar, sean conocidos o no o tengan domicilio que se conozca o no. Para en cada caso establecer lo correspondiente.

Con independencia de lo anteriormente dicho sobre la forma en que se ha redactado el artículo 37 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la realidad es que, si se quiso modificar la reanudación del tracto interrumpido, debió hacerse de forma conjunta para el expediente de dominio y para la certificación administrativa. Porque no tiene sentido una dualidad de régimen para algo que es común; y mucho menos que se den más facilidades a la Administración que las que se ofrecen a los tribunales de justicia.

4. SUGERENCIAS PARA EL EXPEDIENTE DE DOMINIO

Porque a su vez la actuación procesal de estos tribunales ha sido regulada recientemente en la nueva LEC de forma bien convincente. Así, por lo que se refiere al punto de la notificaciones, que es el que ahora nos ocupa, el artículo 152 en su regla 2.^a establece como forma prevista la siguiente: «Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado». Esto será lo ordinario en el caso del expediente de dominio, pues es claro que el que ha de ser citado no está representado por procurador.

La nueva LEC trata de asegurar la notificación. Y así el artículo 155, apartado 2 prevé que el demandante (en nuestro caso el promotor del expediente) deberá indicar cuantos datos conozca del demandado (en este caso la persona a citar), y que pueden ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax o similares. También en la misma línea el artículo 160, apartado 2, prevé que a instancia de parte podrá ordenarse que la remisión de la comunicación se haga de manera simultánea a varios lugares.

Pero es fundamental el artículo 156 para cuando quien promueve las actuaciones no conozca el domicilio del que deba ser citado. Porque entonces el apartado 1 prescribe que el tribunal utilizará los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse a los Registros, organismos, colegios profesionales, entidades y empresas relacionadas con el demandado.

El artículo 161 de la LEC regula minuciosamente la notificación mediante entrega de cédula. El apartado 3 prevé que no hallándose el destinatario, la cédula podrá entregarse a cualquier empleado o familiar mayor de catorce años o al conserje de la finca, advirtiéndole de la obligación de entrega al destinatario. El apartado 2 prevé que si dicho destinatario se niega a recibir la cédula o a firmar la diligencia, se le hará saber que ésta queda a su disposición en el juzgado, «produciéndose los efectos de la comunicación». Porque la actividad jurisdiccional no puede quedar al arbitrio de los particulares.

En los casos en que no se conozca domicilio o no sea posible la notificación por los medios anteriores, habrá de practicarse la notificación edictal.

Al efecto, el artículo 164 de la LEC prevé que la comunicación se haga fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del juzgado o tribunal. La publicidad en el boletín oficial o en periódico diario sólo se hará a instancia y a costa de parte.

Supuesto lo anterior y conforme a lo antes indicado, el artículo 202 de la Ley Hipotecaria debía modificarse en el sentido de que para que fuera inscribible el expediente de dominio si hay inscripciones contradictorias, sería suficiente que el titular de ellas hubiera sido oído en el expediente o que hubiera sido citado en forma personal, aunque no haya comparecido. Esa notificación, que vale en el nuevo artículo 37 de la Ley de Patrimonio, debe bastar también en la esfera judicial, donde la nueva regulación de la LEC ofrece suficientes garantías.

En caso de que no pueda realizarse la notificación personal o la por cédula, habría que acudir a la notificación edictal que prevé la LEC. Como ésta no exige la publicación del anuncio en el boletín oficial correspondiente, podría pensarse que, para equiparar el tratamiento al que da el artículo 37 de la nueva Ley de Patrimonio, esa notificación hubiera de realizarse también en el Boletín Oficial de la provincia. Porque así, aunque el anuncio en el tablón del Ayuntamiento se sustituya por el hecho en el del juzgado, siempre habría una publicación adicional en el boletín.

Y si se quiere extremar las garantías del expediente en el caso de inscripciones contradictorias de menos de treinta años de antigüedad, para tal supuesto podría preverse que, a falta de notificación personal, las realizadas de otra forma (por cédula a persona distinta o por edictos) habrán de repetirse otra vez.

Finalmente, el indicado artículo 202 de la Ley Hipotecaria podría prever expresamente la notificación a causahabientes o sucesores del titular, sean éstos conocidos o desconocidos, observándose las mismas garantías que antes se han enunciado.

5. SUGERENCIAS PARA LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Lo mismo que se ha mantenido para el expediente judicial de dominio valdría para la certificación administrativa. Desde luego ésta sería inscribible, aun existiendo inscripciones contradictorias, si el titular fue oído en el expediente administrativo o si se le notificó personalmente la intención de la Administración de inscribir aquel documento. A tal efecto, el artículo 59 de la Ley 30/92 prescribe realizar la notificación por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

El propio artículo 59 prevé que si el interesado no se encuentra presente en el domicilio, podrá hacerse cargo de la notificación cualquier persona que

se encuentre en aquél y haga constar su identidad. Parece normal que a esta persona se le exija la edad mínima que la LEC prevé. Es también importante la prevención del apartado 3 de ese artículo 59. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite. Y es que también aquí la actuación de la Administración no puede quedar al arbitrio del particular.

Cuando el intento de inscribir la certificación administrativa no pueda notificarse al titular o personalmente o por entrega a otra persona, sería válida la notificación edictal mediante inserción del anuncio en el tablón del Ayuntamiento y en el boletín oficial correspondiente, que es lo que también previene el artículo 59, apartado 4 de la Ley 30/92.

Ahora bien, este precepto se refiere al tablón del Ayuntamiento del último domicilio del interesado. En cambio, en la Ley Hipotecaria y de lo que prevé la regla 3.^a del artículo 201, habría que llegar a la conclusión de que el Ayuntamiento correspondiente es el de situación de la finca cuyo tracto se pretende reanudar. Ni que decir tiene que, tanto para el expediente de dominio como para la certificación administrativa, lo deseable sería que el anuncio se fijara en los dos Ayuntamientos, el de situación del inmueble y el del último domicilio conocido de a quien se pretenda notificar.

También en la certificación administrativa y en el artículo 37 de la Ley de Patrimonio podría establecerse, para mayor garantía cuando las inscripciones contradictorias no pasaran de treinta años de antigüedad, que en ese caso, de no haberse realizado la notificación personal al titular, las practicadas de otra forma habrían de ser repetidas.

E igualmente convendría referirse a la notificación que hubiera de realizarse a los causahabientes o herederos, sean o no conocidos sus nombres y domicilios, observándose las mismas garantías que antes se han examinado.

Con lo anterior se ha sugerido un tratamiento bastante común para la inscripción del expediente de dominio y de la certificación administrativa. Para el primero se ha propuesto la mayor flexibilidad de que hace gala la Ley de Patrimonio en el artículo 37. Pero para la segunda convendría introducir algunas de las cautelas que se observan en el expediente judicial. Y en algún caso, como la notificación edictal, sumando garantías, con la hecha en el boletín oficial correspondiente, en el tablón del Ayuntamiento de situación de la finca y en el del último domicilio del interesado.

6. LA POSIBLE REFORMA QUE HUBIERA SIDO DESEABLE

Por supuesto que lo deseable hubiera sido que tal nueva y concorde regulación se hubiera introducido en la Ley Hipotecaria vigente. Para el expe-

diente de dominio con la correspondiente reforma del artículo 202. Y para la certificación administrativa mediante, añadir al artículo 206 una tercera parte con la finalidad reanudadora del tracto, en los términos que se han sugerido en este trabajo.

Por lo que se refiere a la certificación administrativa de dominio, la regulación añadida al artículo 206 tendría su desarrollo en los correlativos artículos del Reglamento Hipotecario, cual hoy sucede.

Lo que ocurre es que el artículo 306 del Reglamento, que en nuestro trabajo de 1961 era la base para defender la eficacia reanudadora del tracto de la certificación, hoy no tendría sentido a la vista del nuevo artículo 37 de la Ley de Patrimonio o de la propuesta que hemos hecho de llevar su contenido a una tercera parte del artículo 206 de la Ley Hipotecaria.

En tal caso, aquel artículo 306 podría simplemente quedar sin contenido o establecer que, en cuanto a la calificación registral de la certificación administrativa y a los recursos que contra ella proceden, se estaría a lo previsto con carácter general en la propia Ley Hipotecaria. Y así, tras el posible recurso gubernativo ante la Dirección General, de denegarse la inscripción podría acudir al recurso judicial ante el juez de primera instancia por el cauce del juicio verbal, cual hoy se ha establecido. Con lo que ciertamente aquellas prevenciones judiciales del artículo 306 del Reglamento Hipotecario vienen a ser innecesarias. Y es que no tiene ya sentido una vista o audiencia al interesado cuando ahora se ha previsto un juicio verbal civil.

Finalmente, si esta regulación que se ha examinado fuera trasladada al seno de la Ley Hipotecaria, bastaría con que el apartado 3 del artículo 37 de la Ley de Patrimonio se remitiera, en cuanto al efecto reanudador del tracto de la certificación, a lo previsto en ese artículo 206 añadido de la Ley Hipotecaria. Todavía podía conservarse la última parte de aquel artículo 37, apartado 3, en el sentido de su remisión al artículo 207 de la Ley Hipotecaria sobre limitación de efectos de tal inscripción.

En cambio, el apartado 4 y el 5 de ese artículo 37 de la Ley de Patrimonio podrían continuar en esa sede, en cuanto regulan aspectos muy interesantes de la actuación patrimonial pública que guarda relación con el Registro de la Propiedad. Pero esa materia excede ya de la que era propia de este trabajo.

II. DISPOSICIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE DERECHOS INSCRITOS A SU FAVOR

1. EL PRECEPTO INNOVADOR

La reciente Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, de 3 de noviembre de 2003, número 33 de las de ese año, dedica su Título II a la

protección y defensa de ese patrimonio. Dentro de él, el Capítulo IV se ocupa del régimen registral, muy especialmente de lo relativo al Registro de la Propiedad.

Pues bien, el artículo 37, bajo el rótulo de Título inscribible que, por cierto, no es comprensivo de todo lo que el precepto establece, en sus apartados 4 y 5 trata de la materia que vamos a abordar. Por ello conviene transcribir íntegramente dichos apartados:

«4. La certificación administrativa expedida por órgano competente de las Administraciones Públicas será Título suficiente para proceder a la cancelación o rectificación de las inscripciones a favor de la Administración Pública en los siguientes supuestos:

- a) Cuando, previa la instrucción del correspondiente procedimiento en cuya tramitación será preceptivo un informe técnico, se acredite la inexistencia actual o la imposibilidad de localización física de la finca.*
- b) Cuando se reconozca el mejor derecho o preferencia del Título de un tercero sobre el de la Administración Pública en caso de doble inmatriculación, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante.*
- c) Cuando se reconozca la titularidad, mejor derecho o preferencia del Título de un tercero sobre una finca que aparezca inscrita a favor de las Administraciones Públicas, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante.*

5. La orden estimatoria de una reclamación previa a la vía judicial civil interpuesta por el interesado para que se reconozca su titularidad sobre una o varias fincas será título bastante, una vez haya sido notificada a aquél, para que se proceda a la rectificación de la inscripción registral contradictoria existente a favor de la Administración Pública».

Basta ver el contenido de los dos apartados para comprender que aquí no estamos ante un Título inscribible sino ante lo que decíamos en el enunciado de este trabajo. O mejor aún, ante la disposición que la Administración hace de la inscripción a su favor que tenía de ciertos derechos.

Tampoco los dos apartados están exentos de crítica desde el punto de vista formal. Porque parece que lo primero a decir hubiesen sido los supuestos contemplados; después el procedimiento a seguir; tras ello la resolución decisoria; y finalmente, el Título que accederá al Registro para producir la rectificación. De otra parte, en las letras *b)* y *c)* del apartado 4, se repite una frase entera, cuando hubiera sido más elegante una mera remisión.

2. LOS SUPUESTOS QUE ABARCA

En definitiva, los supuestos a contemplar del apartado 4 son, en primer lugar, el caso de inexistencia real de la finca, pues a ello viene a equivaler la imposibilidad de su localización. Que la inscripción se extinga cuando desaparezca su objeto es algo natural y que ya recibe tratamiento en nuestro derecho registral. Cabe por supuesto que esa inexistencia sea meramente parcial.

El segundo caso es el de la doble inmatriculación del inmueble, a favor de la Administración y de un tercero, cuando se entienda que la que debe prevalecer es la inscripción del último. También sobre este tema de la doble inmatriculación ha habido recientes reformas en el derecho registral a las que hay que remitirse.

Finalmente, la tercera hipótesis se refiere al supuesto en que, sin darse esa doble inmatriculación, la Administración reconoce que la finca que tenía inscrita a su nombre corresponde en realidad a la titularidad de un tercero. Viene a ser como el triunfo no judicial de una acción declarativa del dominio.

Plantean en cambio dudas las referencias que las letras *b)* y *c)* del apartado 4 hacen al mejor derecho o preferencia. Si por ello se entiende reconocer que esa finca o derecho pertenece al tercero, no hay problema. Pero si es otro el caso, una cuestión de preferencia o de mejor derecho tiene aplicación en relación a otra persona distinta de aquéllas que se enfrentan o comparan. La tercera de mejor derecho es la más clara prueba de tal afirmación.

Y si apareciera efectivamente esa tercera persona ajena a la comparación, no se ve que la Administración esté facultada para decidir preferencias que de alguna forma puedan afectar a aquélla. Porque el principio general es que en materia de prelación de derechos, la competencia para decidir corresponde a los Tribunales de Justicia. De otro lado, no cabe olvidar que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de dichos Tribunales. Finalmente, incluso la calificación del Registrador podría no estar conforme con esa preferencia de derechos que reconoció la Administración. Máxime con la protección jurídica que merecen los derechos patrimoniales de ésta.

3. COMPETENCIA GENÉRICA DE LA ADMINISTRACIÓN

Pero salvo esa duda, la competencia de la Administración está sólidamente afincada. Precisamente al examinarse comentarios a los artículos 27 y 28 del Reglamento Hipotecario, sobre los que después volveremos, fue enormemente ilustrativa la opinión de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE en sus comentarios a la legislación hipotecaria. En el Tomo V de la edición de 1971, en la página 592 se reseña esta doctrina:

«La autoridad administrativa que en cada caso proceda, o sea aquélla a quien compete la instrucción de los procedimientos administrativos contra primeros y segundos contribuyentes, ejercen verdaderas funciones judiciales y las providencias tienen la misma fuerza que la de los Tribunales ordinarios, hallándose comprendidas entre aquéllas las que declaran la nulidad o rescisión de un remate, de una enajenación de finca, de la redención de un censo, o la declaración de quiebra de una subasta por no pagar el comprador el precio en los plazos correspondientes..., por lo que dichas providencias tendrán acceso, en su caso, al Registro» (RO de 25 de mayo de 1901, y RR de 9 de noviembre de 1888, 30 de abril de 1890 y 30 de abril de 1903, entre otras).

Precisamente en un lejano artículo, que el firmante publicó en la *RCDI*, sobre la necesaria reforma del Título I del Reglamento Hipotecario, se mantenía que aquellos artículos 27 y 28 de tal texto, donde tendrían verdadera aplicación es en las enajenaciones por apremios fiscales. Porque en cuanto a las enajenaciones de bienes patrimoniales, la competencia para decidir sobre las incidencias habidas correspondía a los Tribunales ordinarios.

Posiblemente aquella añeja afirmación habría que matizarla hoy a la vista de la nueva Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En efecto, cuando el artículo 43 de la misma articula el control judicial de las potestades de la Administración, establece que para defender el derecho de propiedad u otros de naturaleza civil, los perjudicados podrán acudir a los Tribunales de dicho orden. Pero si alegan infracción de procedimiento o falta de competencia, el recurso podrán plantearlo en vía contencioso-administrativa.

Algo parecido es lo que establece el artículo 110 de la misma Ley sobre el control de los negocios patrimoniales. De sus controversias entenderán los Tribunales de orden civil. Pero la preparación y adjudicación de tales contratos se consideran actos separables, y de ellos entenderá el orden contencioso-administrativo. Queda pues claro que en materia de procedimiento cabe una vía administrativa y una competencia de la Administración (aunque el contrato sea civil), si bien los acuerdos de aquélla son revisables por lo contencioso.

En cuestiones ya de fondo, y sobre todo en materias de propiedad y derechos reales, la competencia ha sido tradicionalmente atribuida al orden jurisdiccional civil. Lo que ocurre es que antes de ese litigio, la Administración puede pronunciarse al resolver la reclamación previa al pleito civil. Y en ese ámbito claro es que podrá resolver sobre materias estrictamente civiles. Porque no tendría sentido que por un prurito competencial se obligara siempre al interesado a acudir al litigio civil cuando la otra parte está conforme en acceder a su pretensión. Y ese es el verdadero fundamento de los apartados 4 y 5 de ese artículo 37.

4. ÓRGANO COMPETENTE EN CONCRETO

El que la Administración pueda decidir no implica que quede resuelto el problema de a qué altura haya de darse esa resolución. Porque sobre esto la reciente Ley no es del todo clara. Así ocurre cuando al inicio del apartado 4 alude a la certificación administrativa expedida por órgano competente. A su vez, el apartado 5 menciona la orden estimatoria de una reclamación previa como título suficiente; y aunque la palabra «orden» se escribe en minúscula, parece que se está contemplando una resolución ministerial.

Esto concordaría con lo que establece la Ley 30/1992 en el artículo 122 sobre la reclamación previa a la vía judicial civil. Porque, según su apartado 2, en la Administración General del Estado la reclamación se planteará ante el ministro del departamento competente en razón a la materia. Pero luego el apartado 1 del artículo 124 prevé que la reclamación la resuelva el ministro o el órgano competente. Conviene examinar pues la propia Ley de Patrimonio en busca de mayor luz.

En ésta el artículo 10 establece las competencias de los distintos órganos. Así en el apartado 3, letra f), encomienda al Ministro de Hacienda acordar o autorizar los actos de disposición, administración y explotación que esta Ley le atribuye. Lo mismo prescribe el apartado 5, letra c) con relación a la Dirección General del Patrimonio del Estado. Hay pues que buscar por otro lado ante la igualdad de esos textos.

Con respecto a la enajenación de bienes inmuebles, es más claro el artículo 135 de la Ley, que en su apartado 1 proclama que el órgano competente en la Administración General del Estado es el Ministro de Hacienda, aunque la tramitación del expediente corresponda a aquella Dirección General. Y hemos traído a colación la norma sobre bienes inmuebles, pues son de este carácter los que se inscriben en el Registro de la Propiedad.

Relación con esa tramitación de los expedientes tiene el artículo 113 de la Ley, cuyo apartado 3 atribuye a la Dirección General del Patrimonio del Estado realizar los trámites conducentes a la formalización notarial de los contratos y demás negocios sobre bienes y derechos de la Administración General del Estado.

Más importancia tiene el artículo 12 de la Ley sobre actuación frente a terceros. Porque para el apartado 1, la representación de la Administración General del Estado en las actuaciones relativas a sus bienes y derechos patrimoniales corresponde al Ministerio de Hacienda, que la ejercerá a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado y las Delegaciones de Economía y Hacienda. Lo cual es independiente de la representación en juicio a que se refiere el apartado 3.

A la vista de ello, podemos plantearnos aquel problema de la competencia para resolver que indicábamos más arriba. En primer lugar, está el caso de

declararse la inexistencia actual de un bien inscrito a favor de la Administración. Entendemos que tal acto no implica una verdadera enajenación, pues no cabe que ésta exista cuando no hay objeto sobre que recaiga. Partiendo de ello y con aplicación del artículo 12 de la Ley antes transcrito, cabe defender que tal declaración pueda efectuarla la Dirección General del Patrimonio del Estado, por sus facultades ordinarias de representación. Si se mantuviera que incluso pueda decidirlo la Delegación de Economía y Hacienda, lo correcto es que fuera dando cuenta de la resolución a aquella Dirección General.

En cambio en los supuestos *b)* y *c)* del apartado 4 del artículo 37 hay que entender que la competencia para decidir corresponde al Ministro de Hacienda. Y ello porque reconocer ese mejor derecho o titularidad sobre un bien inmueble inscrito supone un acto de disposición que el artículo 135 atribuye al titular del departamento. Y si éste ha de decidir las enajenaciones a cambio de un precio, con mayor motivo cuando éste no existe, por reconocerse que el bien en realidad era del tercero. Competencia ministerial que en su caso podría estar delegada en la Dirección General del Patrimonio.

5. PROCEDIMIENTO PARA LA RECTIFICACIÓN

Por lo que respecta al procedimiento para esos actos de declaración o reconocimiento, el apartado 4 del artículo 37 prescribe que en el caso de inexistencia actual del bien será necesario un informe técnico al efecto. En los supuestos de las letras *b)* y *c)*, el informe habrá de ser del Abogado del Estado o de la asesoría jurídica correspondiente.

Desde luego el que en el caso *a)* sea necesario el informe del técnico (normalmente o arquitecto o ingeniero agrónomo), no excluye el que también sea oportuno pedir el dictamen de la asesoría jurídica. El cual siempre es conveniente tratándose de una materia de sustancia patrimonial.

A su vez, en los casos *b)* y *c)* será muchas veces conveniente que exista también el informe de los técnicos antes indicados; pues el deslinde entre las cuestiones de hecho y las de derecho nunca es tan nítido como para prescindir de esas garantías. Por lo demás, esto no supone problema alguno, pues es claro que para resolver adecuadamente un expediente será oportuno el acudir a los trámites de instrucción que garanticen la mayor probabilidad de acierto.

Trámite a que se refiere el apartado 5 del artículo 37 es la notificación al interesado del acuerdo resolutorio. Si bien ese apartado se refiere al caso de resolverse una reclamación previa a la vía civil, no hay inconveniente en que tal notificación se realice al que resulte interesado, aunque el procedimiento seguido haya sido de otra naturaleza.

Parece también normal que la resolución decisoria haya de ser firme. Porque para producir una modificación en los asientos del Registro de la

Propiedad esa condición debe requerirse a las providencias o resoluciones que la acuerden. El artículo 27 del Reglamento Hipotecario, para la anulación de ventas que hiciera la Administración, establece que la resolución que la acordase sea firme.

Bien es verdad que en los supuestos que contempla el apartado 4 del artículo 37, lo normal es que la resolución que recaiga no sea recurrida por el particular, puesto que aquélla le resultará favorable. Pero no cabe excluir el que en algún caso el reconocimiento no fuera total sino parcial, y en ese supuesto la exigencia de la firmeza seguirá teniendo todo el sentido.

6. TÍTULO PARA LA MODIFICACIÓN REGISTRAL

En cuanto al Título necesario para que en el Registro se produzcan las rectificaciones expresadas en el artículo 37, el apartado 4 alude a la certificación administrativa expedida por órgano competente, y el apartado 5 a la orden que estimase la reclamación previa a la vía civil. Creemos que el verdadero Título será en cada caso la resolución de la autoridad administrativa que haya declarado la inexistencia del bien o reconocido la titularidad del tercero. Y ello con independencia de que tal autoridad haya sido el propio Ministro o la Dirección General del Patrimonio o incluso, en su caso, la Delegación de Hacienda.

Otra cosa es que ese título se lleve al Registro mediante la oportuna certificación expedida por el órgano administrativo que tenga competencia para autorizarla. Es el sistema normal que se usa cuando estamos ante decisiones de la Administración Pública.

En la certificación contemplada en el artículo 27 del Reglamento Hipotecario, a que antes aludimos, deben consignarse una serie de datos. Por supuesto el traslado íntegro de la resolución, la constancia de su firmeza, la notificación al interesado y el informe del Abogado del Estado cuando se tratara de bienes estatales. Esas prevenciones, debidamente adoptadas, serían aplicables a la certificación administrativa indicada en el artículo 37, apartado 4, de la Ley de Patrimonio. La referencia a los informes habría de ser a los que en cada caso exige con carácter preceptivo ese apartado. Sobre la notificación al particular y necesidad de firmeza ya anteriormente nos habíamos pronunciado.

7. ALCANCE REGISTRAL DE LA RECTIFICACIÓN

En cuanto al efecto que la resolución administrativa debe causar, dependerá del objeto del procedimiento. Cuando se haya reconocido la inexistencia

actual del bien inscrito a favor de la Administración, es claro que procederá la cancelación del asiento. Lo mismo se diga cuando en supuesto de doble inmatriculación se admita que la inscripción basada en la realidad es la que ostentaba el particular.

Cuando, sin darse doble inmatriculación, se reconozca por la Administración que el bien inscrito a su favor era en realidad de la titularidad de un tercero, también procedería la cancelación del asiento de aquélla. No obstante y para supuestos en que el derecho del particular tenga relación con el de la Administración, por ejemplo, si ha usucapido el bien que era de aquélla, esa cancelación no supone que se ignore el asiento anterior; así lo ha explicado claramente ROCA SASTRE cuando trató de la transferencia del derecho a otro como causa de la extinción del asiento del titular precedente.

Antes se dijo que los acuerdos de reconocimiento del derecho del otro podrían ser de estimación parcial y no total. Supuesto que ello ocurriera y que la resolución quedara firme, en tal caso lo que se provocaría en el Registro más que una cancelación sería una rectificación. La expresión rectificación la utiliza el artículo 37 tanto en el apartado 4 como en el 5.

En ese supuesto de estimación parcial y de consiguiente rectificación del asiento que titulaba la Administración, podría pensarse en la necesidad de realizar una segregación que pusiera en concordancia el Registro con la realidad. Precisamente el apartado 2 del artículo 37 de la Ley de Patrimonio establece que esas segregaciones previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria podrán realizarse mediante traslado de la disposición administrativa en cuya virtud se verifiquen, o mediante la certificación prevista en dicho artículo, siempre que no afecten a terceros.

El concepto está en total consonancia con el apartado 2 del citado artículo 206 de la Ley Hipotecaria, adición introducida en ésta por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de 30 de diciembre de 1996. Según ese apartado, por tal certificación podrán inscribirse las operaciones de segregación de fincas del Estado, siempre que no afecten a terceros.

Ahora bien, no parece que ese tercero sea quien instó el expediente en el que parcialmente se le reconoció su titularidad. Si dio conformidad a tal estimación parcial y la resolución quedó firme, no se ve inconveniente alguno en que pueda inscribirse la certificación de esa segregación, cuando ésta es mera consecuencia de aquel reconocimiento.

Esto se corresponde con la solución adoptada en la doctrina cuando se trataba de la anulación de ventas hechas por la Administración. En la obra de CAMY se destacaba que tales anulaciones podían acceder al Registro cuando el bien estuviese inscrito a favor de quien adquirió de la propia Administración. No en cambio si había pasado a poder de un subadquirente; pues en tal caso el asunto habrían de resolverlo los Tribunales de Justicia.

Ello es trasladable al caso que nos ocupa. Y no sólo a los supuestos de segregación por estimación parcial, sino a cualquier otra hipótesis donde apareciere el tercero.

Porque, en los casos de doble inmatriculación o en los de reconocimiento de derecho sin darse tal circunstancia, aunque la Administración pretendiera reconocer plenamente la titularidad del peticionario, podría renunciar a su propio derecho y hacer que éste fuera cancelado; pero lo que no podrá es adoptar tales decisiones respecto a derechos que, sobre la base del suyo, tuvieren otros verdaderos terceros.

Y es que para éstos jugaría plenamente el principio de que se puede disponer de lo propio, pero no de lo ajeno; y además el precepto fundamental de que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales. En cuanto a esos verdaderos terceros, sólo la jurisdicción ordinaria podría decretar la pérdida de sus derechos y tras el correspondiente proceso donde fueran parte con plenitud de garantía de defensa.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

DICTÁMENES Y NOTAS

Cuestiones prácticas sobre la reclamación de deudas a copropietarios morosos en las comunidades en régimen de propiedad horizontal

SUMARIO: I. Objeto del procedimiento monitorio previsto en el artículo 21 de la LPH.—II. Preferencia del crédito a favor de la Comunidad por gastos comunitarios.—III. Requisitos para iniciar este procedimiento: 1. EXISTENCIA DE UNA DEUDA DINERARIA, VENCIDA, EXIGIBLE Y DE CANTIDAD DETERMINADA. 2. ADOPCIÓN POR LA JUNTA DE UN ACUERDO APROBANDO LA LIQUIDACIÓN DE LA DEUDA. 3. CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO. 4. NOTIFICACIÓN DEL ACUERDO AL PROPIETARIO MOROSO.—IV. LA SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO MONITORIO: 1. LA PETICIÓN INICIAL: a) *Admisión*; b) *Inadmisión*. 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 3. LEGITIMACIÓN PASIVA: a) *Inexistencia de listiconsorcio pasivo necesario si la vivienda es ganancial*; b) *Carencia de legitimación pasiva del usufructuario, habitacionista, arrendatario o precarista*; c) *Vivienda de un cónyuge cuyo uso se ha adjudicado al otro en un proceso matrimonial*; d) *Responsabilidad solidaria del propietario anterior*; e) *Responsabilidad solidaria del titular registral*; f) *Responsabilidad del adquirente del inmueble por deudas del anterior propietario*. 4. REQUERIMIENTO DE PAGO. 5. PAGO O CONSIGNACIÓN DE LA CANTIDAD RECLAMADA. 6. INCOMPARECENCIA DEL DEUDOR. 7. COMPARECENCIA DEL DEUDOR SIN OPOSICIÓN NI PAGO. 8. OPOSICIÓN DEL DEUDOR.—V. CONCLUSIONES.

La problemática suscitada por el incumplimiento por parte de ciertos copropietarios de comunidades en régimen de propiedad horizontal de la obligación de contribuir, con arreglo a su respectiva cuota, en los gastos comunes, obliga a arbitrar mecanismos procesales ágiles y efectivos que fortalezcan la posición de dichas comunidades frente a la actitud hostil, y generalmente reiterada, de los vecinos incumplidores que pretenden aprovecharse de la

pasividad de la comunidad originada por la incomodidad que supone acudir a los tribunales de justicia para reclamar cantidades de dinero frecuentemente de escasa entidad.

El juicio monitorio (1) se presenta como un instrumento procesal idóneo para articular este tipo de reclamaciones, ya que permite aprovechar una de las principales ventajas que brinda este procedimiento, esto es, evitar el proceso declarativo que se desarrollaría sin la comparecencia del deudor (2), permitiendo aprovechar su falta de oposición para revestir de carácter ejecutivo a un documento que en principio carece de dicha cualidad (la certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda por quien actúe como Secretario con el visto bueno del Presidente) (3), por lo que si el moroso no paga ni se opone se procede directamente a dictar auto despachando ejecución.

La utilización del juicio monitorio por parte de las comunidades en régimen de propiedad horizontal para reclamar cantidades debidas por los copropietarios en concepto de gastos comunes no ha sido una novedad de la LEC 1/2000, sino que data de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, de 6 de abril de 1999 (4), la cual estableció en el artículo 21 un cauce procesal que revestía todas las connotaciones de un procedimiento monitorio, a pesar de que el legislador no se atrevió a denominarlo como tal hasta la promulgación de la nueva LEC, en la que una de las principales novedades fue precisamente la instauración de este procedimiento cuyos orígenes se

(1) El proceso monitorio puede definirse como un «proceso especial plenario o rápido que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley» (cfr. CORREA DELCASSO, J. P., *El proceso monitorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 211).

(2) Cfr. CALAMANDREI, P., *El procedimiento monitorio*. Traducción de Sentís Melendo. Buenos Aires, 1946, pág. 193.

(3) La conveniencia de revestir de fuerza ejecutiva a dicho documento fue una pretensión de los administradores de fincas, los cuales presentaron en el año 1997 una iniciativa legislativa popular en dicho sentido, avalada por más de 832.000 firmas. No obstante, su pretensión no prosperó, ya que suponía otorgar un excesivo valor a las certificaciones de las Juntas de las Comunidades en régimen de propiedad horizontal.

(4) La anterior reforma de la LPH por Ley 2/1988, de 23 de febrero, había resultado insuficiente, por lo que con razón recibió duras críticas por parte de la doctrina: cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., «Una paupérrima reforma de la Ley de Propiedad Horizontal (Comentario de urgencia a la Ley 2/1988, de 23 de febrero)», en *La Ley*, T. 2, 1988, págs. 1027 a 1033. MAGRO SERVET, V., «Sobre la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal (Análisis de las propuestas de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal que se tramitan en el Parlamento español)», en *La Ley*, T. 3, 1998, pág. 1490, y en «El cauce procesal para la reclamación de los gastos de comunidad», en *La Ley*, T. 6, 1999, pág. 1831.

La necesidad de reformar la LPH a estos efectos resultaba apremiante, dada la falta de operatividad práctica de la regulación existente, cuya ineficacia había propiciado una deuda global en España por gastos de comunidad de veintiocho millones de pesetas.

remontan a la Alta Edad Media (5) y que aunque en la legislación procesal española ha tenido escasa incidencia (6), ha reportado unos excelentes resultados en otros países de nuestro entorno (7).

Actualmente, la LEC regula este proceso en los artículos 812 y siguientes, si bien resulta obvio que el juicio monitorio regulado en el vigente artículo 21 de la LPH (reformado por la Disposición Final 1.^a de la LEC) no es coincidente con el contemplado en la LEC, por lo que no resulta arriesgado defender que actualmente existen en nuestro ordenamiento procesal civil dos tipos de juicio monitorio: *el ordinario*, regulado en los artículos 812 y siguientes de la LEC, y *el privilegiado*, contemplado en el artículo 21 de la LPH, el cual merece este apelativo tanto *ratione materiae* como por sus singulares peculiaridades, que lo convierten en una baza procesal especialmente atractiva para el acreedor y que, *grosso modo*, son las siguientes:

- innecesariedad de un análisis previo por parte del órgano judicial de los documentos aportados con la petición inicial con objeto de cerciorarse de que los mismos constituyen un principio de prueba (art. 815.1 de la LEC);

(5) En las ciudades del norte de Italia se vio la necesidad de regular un proceso rápido y sencillo, dada la lentitud y complejidad del *solemnis ordo iudiciarius* o procedimiento ordinario. El acreedor insatisfecho que no poseía un título ejecutivo y no se resignaba a acudir al procedimiento ordinario, se presentaba ante el Juez solicitando la emisión de un *mandatum de solvendo cum cláusula iustificativa*. Si el Juez accedía a la petición emitía el *mandatum* u orden de pago dirigida al deudor, haciendo constar en el mismo la cláusula *si senseris te gravatum compareas coram nobis o nisi senseris te gravatum*. Es decir, al deudor se le presentaba la opción de pagar, comparecer ante el Juez y oponerse o ni pagar ni oponerse (cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio», en *RDP*, 1960, págs. 45 y 46).

(6) En nuestro país la técnica propia del juicio monitorio de «pague o dé razones» no ha sido desconocida; sin embargo, esta vía de conseguir un título ejecutivo de manera rápida, por el mero silencio del deudor, se consideró como una práctica abusiva por la Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, por lo que se desterró de la práctica forense, y aunque se han querido ver rasgos propios de este procedimiento en algunos procesos de la LEC de 1881 —singularmente la jura de cuentas— o en el juicio que contemplaba el artículo 41 de la LH, en realidad no ha existido en nuestro Derecho un auténtico procedimiento monitorio hasta la reforma de la LPH por la Ley 8/1999, de 6 de abril (cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., «El proceso monitorio del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal innovado por Ley 49/1960, de 21 de julio», en *Revista Jurídica Sepín*, junio de 1999, núm. 193-B, pág. 8, y en *Revista Jurídica Sepín. Monográfico: El proceso de reclamación a morosos en la LPH*, núm. 196-B, octubre de 1999, pág. 9. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El juicio monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, un cambio cultural», en *Jueces para la Democracia*, julio de 2000, núm. 38, pág. 69, y en «Comentario al artículo 812», en *Comentarios a la LEC*. Coordinadores: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, T. III. Iurgium editores atelier, 2000, Madrid, pág. 3799).

(7) Cfr. CORREA DELCASSO, J. P., «El proceso monitorio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998, T. 2, pág. 1901. Este autor muestra con datos estadísticos el éxito del juicio monitorio en distintos países europeos.

- posibilidad de solicitar el embargo preventivo sin previa prestación de caución cuando el deudor se oponga a la petición del acreedor (párrafo 5 del art. 21 de la LPH);
- posibilidad de utilizar en la petición inicial los servicios de Abogado y de Procurador que deberá pagar el deudor con sujeción a los límites del artículo 394.3 de la LEC, tanto si atiende el requerimiento como si no comparece;
- inclusión de los honorarios del Abogado y de los derechos del Procurador en la tasación de costas cuando se desestime totalmente la oposición del deudor aunque la intervención de dichos profesionales no hubiere sido preceptiva (párrafo 6 del art. 21 de la LPH).

En suma, y con base en lo antedicho, nos atrevemos a defender que el juicio monitorio contemplado en el artículo 21 de la LPH no sólo merece el calificativo de «juicio especial» sino el superlativo de «especialísimo», ya que a su vez constituye una modalidad de un juicio especial, lo que en cierto modo resulta paradójico, teniendo en cuenta que la *voluntas legislatoris* que subyace en la vigente LEC es la de reducir la gama de juicios especiales existentes en nuestro ordenamiento procesal civil.

No obstante, procede reseñar que no existe ninguna obligación legal que imponga a las Comunidades de Propietarios la necesidad de acudir al juicio monitorio del artículo 21 de la LPH para instar la reclamación de gastos comunes, por lo que, a pesar de que este procedimiento les brinda ciertas prerrogativas procesales, no existe inconveniente alguno en que prefieran acudir al procedimiento declarativo que corresponda, sin que en dichos casos quepa acoger la excepción de inadecuación de procedimiento (8).

I. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 21 DE LA LPH

A tenor de lo previsto en el artículo 21 de la LPH son susceptibles de reclamación por medio del juicio monitorio las obligaciones a que se refieren los apartados *e)* y *f)* del artículo 9.1 de dicha ley, esto es, la contribución a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización, así como la contribución a la dotación del fondo de reserva existente para atender las obras de conservación y reparación de la finca.

En cuanto al *fondo de reserva*, éste constituye una novedad de la Ley de 6 de abril de 1999 [art. 9.1.f)], cuya finalidad es atender las obras de conser-

(8) SAP de Palencia, Sección Única, de 10 de septiembre de 2002.

vación y reparación del edificio, no pudiendo ser su importe inferior al 5 por 100 del último presupuesto ordinario. Su constitución constituye una exigencia legal contra la que no cabe pacto en contra por parte de los copropietarios, sin perjuicio de que la ley exima de dicha obligación a las agrupaciones de comunidades a las que se refiere el artículo 24 de la LPH.

Respecto a los *gastos comunes*, deben incluirse tanto los ordinarios como los extraordinarios (9), siempre que no tengan la consideración de individualizables, es decir, deben ser gastos que se hayan efectuado en beneficio de la comunidad, lo que no conlleva inexorablemente que deban reportar provecho a todos los copropietarios, por lo que la falta de uso de ciertos servicios comunes no exime *per se* del deber de abonar los gastos derivados de los mismos (art. 9.2 de la LPH), pues si así fuera también se tendría que exonerar de la contribución en dichos gastos a los propietarios de los pisos o locales desocupados o inhabitables por algún siniestro, lo que supondría incrementar la cantidad que debería abonar el resto de los copropietarios ajenos a dichas situaciones.

Bien es cierto que dicho criterio puede resultar cuanto menos paradójico, pero hay que tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 5 de la LPH, la cuota de cada copropietario se habrá fijado en proporción a la superficie útil de su piso o local, su emplazamiento interior o exterior, su situación y *el uso que se presuma racionalmente que va a efectuar de los servicios o elementos comunes*, por lo que resulta inadmisibles que cualquier comunero pueda decidir si contribuye o no a los gastos comunitarios en razón de los servicios que utilice, no procediendo la exención de un gasto sin haber obtenido antes la nulidad del acuerdo impugnado o la modificación de los estatutos (10).

Por consiguiente, la contribución a los gastos comunes como norma general debe efectuarse con arreglo a la cuota de participación de cada copropietario fijada en el título, sin perjuicio de que sea la Junta y no el título quien acuerde un sistema especial de pago de ciertas partidas como, por ejemplo, los honorarios del Administrador, que en muchas comunidades se pagan a

(9) SAP de Orense, Sección 1.ª, de 28 de noviembre de 2002.

(10) SSAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 24 de septiembre de 1999; de Granada, Sección 3.ª, de 27 de diciembre de 1999; de Jaén, Sección 3.ª, de 15 de octubre de 2002; de Burgos, Sección 2.ª, de 15 de noviembre de 2002.

En este mismo sentido, aunque desde distinta perspectiva, la SAP de Jaén, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2003, contempla un supuesto en que los propietarios de un local destinado a entidad de seguros estuvieron pagando durante más de diez años la totalidad de los pagos sin hacer valer la cláusula de exención que operaba a su favor en relación a los gastos de mantenimiento interiores del edificio, considerando esta sentencia que dicha actuación no podía ser interpretada como una renuncia de sus derechos de exoneración, al haber actuado movidos por un error sin plena conciencia de modificar o extinguir su derecho.

partes iguales por considerar que benefician a todos los copropietarios de la misma manera (11).

En todo caso si se pretende un sistema de distribución de gastos distinto al fijado en el título constitutivo será necesario que los propietarios lo acuerden por unanimidad (art. 17.1.^a de la LPH), pues sólo por esta vía podrán quedar eximidos ciertos copropietarios (generalmente los de los locales) de contribuir al mantenimiento de algunos servicios que no utilizan (12). Incluso se ha llegado a plantear por la doctrina (13) el supuesto contrario, es decir, la posibilidad de variar el reparto de los gastos en caso de un uso más intenso de los elementos comunes por parte de alguno de los propietarios, valga como ejemplo el caso de que un piso se destine a despacho de abogados o a un consultorio médico, lo que propiciará un uso reiterado del ascensor por parte del público que lo visita.

Lo cierto es que los copropietarios pueden modificar las reglas contenidas en el título constitutivo en relación a la distribución de gastos, siempre y cuando lo hagan por unanimidad (art. 17.1.^a de la LPH), sin perjuicio de que sea posible que acuerden por mayoría la mera condonación de una deuda a uno o varios comuneros, ya que dicha medida de carácter extraordinario no supone en puridad un cambio del régimen de distribución de gastos (14). Ahora bien, la pasividad de la comunidad ante el pago de una determinada deuda no se puede interpretar como una exoneración ni una condonación tácita de la misma hasta el momento en que se cumpla el plazo de prescripción (15).

No obstante, y sin perjuicio de lo antedicho, suscribimos la tesis (16) de que no se puede establecer un criterio de distribución del fondo de reserva distinto al de la cuota de participación, pues dicha interpretación se deduce de una lectura *a sensu contrario* de la letra *f*) del artículo 9.1 de la LPH que, a diferencia de lo previsto para los gastos comunes en el apartado *e*) del

(11) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, Ed. Sepín, Madrid, 1999, pág. 129.

(12) De todos modos, las exenciones a los gastos generales que se acuerden para ciertos copropietarios han de ser objeto de una interpretación restrictiva; así, por ejemplo, la exención para los locales de los «gastos de conservación de la escalera» no puede extenderse a gastos como el del ascensor (SAP de Guadalajara, Sección Única, de 22 de enero de 2003).

(13) Cfr. FUENTES LOJO, J. M., *La Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 6 de abril de 1999*. Ed. J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 306.

(14) SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 5 de septiembre de 2002.

(15) SAP de Cuenca, Sección Única, de 21 de noviembre de 2002.

(16) Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «La obligación de contribuir a la dotación del fondo de reserva que se establece en la Ley de Propiedad Horizontal tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 208-B, noviembre de 2000, págs. 16 y 17).

citado artículo, no contempla la posibilidad de que la contribución al fondo de reserva se realice conforme a lo pactado por los copropietarios.

Por lo demás, es preciso reseñar que no todos los gastos son reclamables, ya que en caso de que se adopte por mayoría un *acuerdo para realizar nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble*, pueden dejar de pagar los copropietarios que hayan votado en contra —aun cuando no hayan impugnado el acuerdo y aunque no pueda privárseles de la mejora— si la derrama es superior a tres mensualidades ordinarias, sin que ello suponga la modificación de su cuota (art 11.2 de la LPH). No obstante, cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de *obras de accesibilidad*, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes (art. 11.3 según redacción dada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre).

Además, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.1.^a de la LPH, obligan a todos los propietarios, aunque hayan votado en contra, los acuerdos relativos al *establecimiento o supresión de los servicios de ascensor* (17), *portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general*, así como los acuerdos referentes a la *realización de obras* o al *establecimiento de nuevos servicios comunes cuya finalidad sea suprimir barreras arquitectónicas con objeto de favorecer el acceso o movilidad de minusválidos*, sin que para adoptar dichos acuerdos sea necesario unanimidad aunque impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos (18), lo que permite

(17) Dentro de esta norma no sólo se puede subsumir *el establecimiento o supresión* de ascensores sino también su *sustitución por otros* cuando venga impuesta por circunstancias de necesidad (SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 24 de julio de 2002), así como la *adaptación de los ascensores* existentes a la normativa legal en materia de seguridad (SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 15 de noviembre de 2002).

(18) A tenor de lo dispuesto en la norma 1.^a del artículo 17 de la LPH, para adoptar los acuerdos relativos al establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, se requiere el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere.

Para la adopción de acuerdos relativos a la realización de obras o al establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de minusválidos será necesario el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11, los cuales han sido reformados por la Ley 5/2003, de 2 de diciembre, disponiendo el párrafo segundo del artículo 10, la obligación de la comunidad de hacer las obras de accesibilidad necesarias para un adecuado uso por los discapacitados de los elementos comunes o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la comunicación con el exterior, *siempre que su importe total no exceda de tres mensualidades* y precisando el apartado tercero del artículo 11 la obligatoriedad de dichos acuerdos para la comunidad

poner fin a las actitudes obstruccionistas de ciertos propietarios en aras de conseguir un mayor dinamismo en el funcionamiento interno de las comunidades de propietarios (19).

Asimismo, tampoco tienen la consideración de reclamables los *gastos judiciales* de un proceso contra la comunidad respecto al copropietario que litigó contra ella, el cual no sólo estará exento de contribuir al pago de las costas cuando haya sido condenada la comunidad, sino que tampoco estará obligado a su pago cuando sus pretensiones hayan sido parcialmente estimadas y no exista expresa condena en costas en cuyo caso se entiende que ya es suficiente con que abone las que le corresponden (20).

Finalmente, procede reseñar que sí se podrán reclamar los gastos comunes que provengan de *acuerdos impugnados judicialmente*, ya que, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.4 de la LPH, la impugnación de los acuerdos de la Junta no suspende su ejecución, salvo que el juez, a instancia del demandante y oída la comunidad, así lo disponga con carácter cautelar, por lo que aunque el proceso en que se impugne el acuerdo pueda prejuzgar el resultado del juicio monitorio, no por ello se apreciará litispendencia, de forma que el Juez que conozca de la reclamación de la deuda comunitaria no podrá absolver en la instancia al comunero demandado y tampoco deberá entrar a valorar las causas que justifican las tachas de ilegalidad de los acuerdos comunitarios, pues de los mismos sólo puede conocer el Juzgado ante el que se haya planteado la acción impugnatoria (21).

II. PREFERENCIA DEL CRÉDITO A FAVOR DE LA COMUNIDAD POR GASTOS COMUNITARIOS

Los créditos a favor de la Comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes, es decir, conceden al acreedor —en este caso a la Comunidad de propietarios— un privilegio que cercena el principio general de *par conditio creditorum*, ya que preceden para

en el caso de que sean aprobados válidamente, *aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes*.

(19) Cfr. ENJO MALLOU, C., «La alteración de elementos y servicios comunes en el régimen de propiedad horizontal: conflictos judiciales», en *Revista el Consultor Inmobiliario. La Ley*, año 2, núm. 11, marzo de 2001, pág. 33.

(20) Cfr. ESTRADA ALONSO, E., *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia. Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por Ley 8/1999, de 6 de abril*. Coordinador: CABAÑAS GARCÍA, J. C., Ed. Trivium, Madrid, 1999, pág. 390.

(21) SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 24 de marzo de 2003.

su satisfacción a los créditos enumerados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 1.923 del Código Civil (22), sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores.

De todos modos, el resto de las cantidades adeudadas que excedan del año en curso y del natural anterior tienen la condición de crédito ordinario, lo que en la práctica es un dato a ponderar por la Comunidad de propietarios, a la que no le convendrá instar un juicio monitorio a principios de año en el caso de que vaya a reclamar deudas que se remonten en el tiempo, pues lo que le interesa es intentar extender la preferencia al mayor número de cuotas posible, así si un copropietario ha dejado de pagar desde el mes de enero de 2001, si se inicia el juicio monitorio en enero de 2004, dicho crédito a favor de la comunidad tan sólo será preferente en cuanto a la deuda correspondiente al mes de enero de 2004 y a todo el año 2003; sin embargo, si se inicia el juicio en diciembre de 2003, la preferencia del crédito cubrirá no sólo todo ese año sino también el anterior.

La verdad es que hacer depender el número de cuotas comunitarias alcanzadas por la preferencia de la fecha en que se inicie el juicio para reclamarlas, no resulta, a nuestro modo de ver, muy coherente, por lo que *de lege ferenda* estimaríamos más adecuado que la ley estableciera una preferencia limitada a un determinado número de meses y que, además, se fijara expresamente que dicho período fuera inmediatamente anterior a su reclamación judicial, con independencia de la constancia registral de la anotación preventiva de embargo, pues el momento determinante para el cómputo de las cantidades garantizadas ha de ser el de la presentación de la demanda (o de la petición si la deuda se reclama por el juicio monitorio) (23).

Por lo demás, y aunque nos pese, reconocemos que la literalidad de la ley nos lleva a considerar que la preferencia crediticia —al igual que la afección real que pesa sobre el inmueble— tan sólo resulta aplicable cuando el objeto del juicio monitorio sea la reclamación de gastos comunes pero no cuando se

(22) Artículo 1923.3: «Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de refacción».

Artículo 1923.4: «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».

Artículo 1923.5: «Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores».

(23) Respecto a los argumentos a favor de que el momento relevante para determinar el alcance cuantitativo de la preferencia sea la fecha de la reclamación judicial: cfr: GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «Las garantías del crédito de la Comunidad de propietarios para el cobro de la obligación de contribuir a los gastos generales tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 200-B, febrero de 2000, pág. 17 y sigs.

reclame la dotación al fondo de reserva, ya que dichos privilegios a favor de la Comunidad de propietarios se contemplan en la letra *e*) del artículo 9.1 de la LPH, el cual se refiere a los gastos comunes; sin embargo, dichas previsiones normativas no se reiteran en la letra *f*) del citado artículo, relativo al fondo de reserva. La verdad es que no alcanzamos a comprender dicha exclusión, ya que ninguna razón existe para que en un juicio monitorio originado por el incumplimiento por parte de un copropietario de contribuir al fondo de reserva, la Comunidad de propietarios sea privada de ciertos privilegios legales que ostenta cuando lo que reclama son gastos comunes. De todos modos, y aunque de *lege ferenda* propugnamos la revisión por parte del legislador de esta cuestión, consideramos que *de lege data* no se puede defender otra solución, máxime teniendo en cuenta que en los trabajos que precedieron a la inclusión en la LPH del fondo de reserva —en concreto en una proposición de Ley presentada por CiU— se contemplaba la necesidad de redactar en un párrafo separado —y no dentro del apartado relativo a gastos comunes— la preferencia crediticia y la afección real en aras de que dichos privilegios afectaran tanto a los gastos comunes como al fondo de reserva, sin embargo dichas propuestas no pasaron al texto definitivo (24).

III. REQUISITOS PARA INICIAR ESTE PROCEDIMIENTO

1. EXISTENCIA DE UNA DEUDA DINERARIA, VENCIDA, EXIGIBLE Y DE CANTIDAD DETERMINADA

Constituye un requisito *sine qua non* para que una comunidad en régimen de propiedad horizontal pueda dirigirse contra un copropietario *ex artículo 21 de la LPH*, que se reclame el pago de un débito dinerario, vencido y exigible.

A diferencia de lo previsto con carácter general para el juicio monitorio en el artículo 812 de la LEC, no es preceptivo que su cuantía no exceda de 30.000 euros (25); si bien, no es ocioso recordar que dicha peculiaridad más bien debería ser la regla general en los juicios monitorios, ya que el artículo

(24) Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «La obligación de contribuir a la dotación del fondo de reserva que se establece en la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», *op. cit.*, págs. 21 y sigs., y en «La obligación de contribuir a los gastos generales en caso de enajenación del piso o local, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 205-B, julio de 2000, pág. 19.

(25) Cfr. LUCES GIL, F., «El nuevo proceso monitorio de la Ley de Propiedad Horizontal, de reclamación de deudas a morosos», en *Revista Jurídica Sepín. Monográfico: El proceso de reclamación a morosos en la LPH*, octubre de 1999, núm. 196-B, pág. 15.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario a la Disposición Final 1.ª, en *Comentarios a la LEC*. Coordinadores: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, T. III, Iur-gium editores atelier, 2000, Madrid, pág. 3960.

lo 5 de la Directiva 2000/35 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, prevé que este proceso se sustancie *independientemente del importe de la deuda* (26).

Por lo demás, siendo el objeto de la reclamación el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 9, apartado *e*) (contribución a los gastos generales) y *f*) (contribución a la dotación del fondo de reserva) resulta obvio que por su propia naturaleza la deuda será en todo caso *dineraria*.

Mayores complicaciones pueden surgir en relación al *vencimiento* y la *exigibilidad* del débito, conceptos que están estrechamente relacionados entre sí, aunque este último se encuentra más vinculado a la tutela judicial efectiva por ser aquella cualidad en virtud de la cual las obligaciones se hacen reclamables y dan lugar a la correspondiente acción judicial (27).

La obligación de contribuir a los gastos comunes se debe cumplir en el tiempo y forma determinados por la Junta, por lo que la deuda será vencida y exigible si expirado el último día del período concedido para su cumplimiento (sea un mes, un trimestre, etc.) ésta no se ha satisfecho en debida forma, sin perjuicio de que el débito prescriba transcurridos quince años conforme prevé con carácter general el artículo 1.964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan plazo especial, no pudiendo considerarse aplicable el plazo de cinco años del artículo 1966.3 de dicho Código (previsto para los pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves) porque la aplicación de los plazos de prescripción debe ser cautelosa, debiendo primar en los casos dudosos el plazo general de quince años y porque la obligación que previene el artículo 9.1.*e*) de la LPH es inherente al derecho de propiedad y deriva de unos gastos generales que tienen un carácter unitario —aunque su pago se pueda fraccionar formulando presupuesto al inicio de cada ejercicio— pero ello no supone que sean pagos que, por su naturaleza, deban realizarse de forma periódica, sino que se realiza así para facilitar su cumplimiento (28).

(26) El legislador en la Exposición de Motivos de la LEC justifica la limitación de cantidad para el juicio monitorio en los siguientes términos: «Conviene advertir, por último, en cuanto al proceso monitorio, que la Ley no desconoce la realidad de las regulaciones de otros países, en las que este cauce singular no está limitado por razón de la cuantía. Pero se ha considerado más prudente al introducir este instrumento de tutela jurisdiccional en nuestro sistema procesal civil, limitar la cuantía a una cifra razonable, que permite la tramitación de reclamaciones dinerarias no excesivamente elevadas, aunque superiores al límite cuantitativo establecido para el juicio verbal».

(27) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario al artículo 812», en *Comentarios a la LEC*, op. cit., pág. 3810.

(28) Cfr. MONTSERRAT VALERO, A., «El plazo de prescripción del crédito de la Comunidad de propietarios contra los comuneros morosos», en *Aranzadi Civil*, núm. 19, 1999, págs. 13 y sigs.

LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», op. cit., pág. 311.

2. ADOPCIÓN POR LA JUNTA DE UN ACUERDO APROBANDO LA LIQUIDACIÓN DE LA DEUDA

Ab initio resulta imprescindible que se convoque Junta, ordinaria o extraordinaria (29), en cuyo orden del día figure la reclamación a uno o varios propietarios de cantidades debidas en concepto de gastos comunitarios, no siendo posible la adopción de un acuerdo genérico de proceder judicialmente contra los comuneros morosos, sino que éstos y sus deudas deben ser identificados necesariamente (30).

Para que dicho acuerdo sea válidamente adoptado será necesario que en primera convocatoria se apruebe por la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación; y, en segunda convocatoria, por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

No obstante, si no se pudiere lograr la citada mayoría podrá acudir al procedimiento previsto en el artículo 17.3 *in fine* de la LPH y, por tanto, será el Juez el que, a instancia de parte, deducida en el mes siguiente de la segunda Junta (31), resolverá previa audiencia de los contradic-

BALLESTEROS PASCUAL, A.; MORENO MARTÍ, F. J.; ROSAT ACED, C., y ROSAT ACED, D. I., *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Ed. Tirant lo Blanch, Comentarios, Valencia, 1999, pág. 317.

COBO PLANAS, J. J., «El plazo de prescripción de la acción de reclamación de cuotas y otros gastos comunes es de quince o de cinco años», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 220, diciembre de 2001, pág. 35 y sigs.

SSAP de Madrid, Sección 13.ª, de 11 de septiembre de 1998; de Madrid, Sección 8.ª, de 9 de febrero de 2000; de Toledo, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2000; de Barcelona, Sección 1.ª, de 10 de mayo de 2000; de Badajoz, Sección 2.ª, de 27 de septiembre de 2001; de Jaén, Sección 2.ª, de 13 de enero de 2003; de Córdoba, Sección 3.ª, de 24 de febrero de 2003.

De todos modos, la cuestión no es pacífica y en algunas sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de 3 de julio; Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Única, de 21 de noviembre de 2002, entre otras, se considera que el plazo de prescripción de la acción de reclamación de gastos comunes es de cinco años en virtud de lo previsto en el artículo 1966.3 del Código Civil.

(29) Se debe negar categóricamente la posibilidad de que se puedan utilizar las Juntas Rectoras para aprobar liquidaciones de deudas (cfr. MAGRO SERVET, V., «La delimitación competencial entre las Juntas Rectoras y las Juntas de Propietarios en la reclamación de gastos de comunidad (análisis de los arts. 13.1 y 21 de la nueva Ley)», en *Revista Jurídica Sepín. Monográfico: El proceso de reclamación a morosos en la LPH*, octubre de 1999, núm. 196-B, pág. 43).

(30) Cfr. FUENTES LOJO, J. M., «La Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 6 de abril de 1999», *op. cit.*, pág. 632.

BALLESTEROS PASCUAL, A.; MORENO MARTÍ, F. J.; ROSAT ACED, C., y ROSAT ACED, D. I., «Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina, jurisprudencia y formularios», *op. cit.*, pág. 318.

En igual sentido: SAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 17 de junio de 2002.

(31) El plazo de un mes es de caducidad.

tores (32), los cuales, aunque la Ley no lo prevea, podrán acudir a la comparecencia con los medios de prueba que estimen procedentes para su práctica en el propio acto, previa declaración de su pertinencia, decidiendo finalmente el Juez en equidad lo que proceda, dictando una resolución motivada que, aunque no resulta pacífico si deberá revestir la forma de laudo, auto o sentencia, a nuestro juicio deberá ser una sentencia a tenor de lo previsto en los artículos 245.1.c) de la LOPJ y 206.2.3.^a de la LEC (33), la cual será recurrible conforme a las reglas generales de la LEC (34), aunque algunos autores (35), con base en lo que preveía el antiguo artículo 16.3.III de la LPH, mantienen que no resulta apelable.

De todos modos, la adopción de este acuerdo con intervención judicial resulta, en cierto modo, inhabitual en la práctica, máxime teniendo en cuenta

(32) Por «contradictorios» hay que entender no sólo a los que votaron en contra del acuerdo, sino también a los ausentes y a los que se abstuvieron (cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2000, pág. 318).

(33) Cfr. HERCE QUEMADA, V., «¿Es procedente el recurso de apelación contra la resolución de equidad dictada en el proceso de la norma segunda, párrafo tercero del artículo 16 de la LPH?», en *RDPr*, T. IV, 1964, pág. 153.

TOMÉ PAULÉ, J., «Régimen procesal de la propiedad horizontal», en *RDPIB*, 1965, pág. 87.

GIMENO SENDRA, V., *Procesos civiles especiales*, Ed. Colex, 1996, pág. 266, y en «Derecho Procesal Civil. Parte especial», *op. cit.*, pág. 319.

DÍAZ MÉNDEZ, N., y DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Aspectos procesales de la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril», en *La Ley*, 1999, T. 2, pág. 1991.

RICHARD GONZÁLEZ, M., «Los procesos en la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, año LV, núm. 661-662, octubre-noviembre de 1999, pág. 12408.

RAMÚNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Procesos arrendaticios y de propiedad horizontal», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales V. Procesos arrendaticios y de propiedad horizontal. Cuestiones prácticas que suscita el Tribunal del Jurado*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, pág. 294.

(34) Cfr. RICHARD GONZÁLEZ, M., «Los procesos en la nueva Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 12408.

BLÁZQUEZ MARTÍN, R., y RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., «La reforma procesal de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Jueces para la Democracia*, nm. 36, noviembre de 1999, pág. 12.

RAMÚNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Procesos arrendaticios y de propiedad horizontal», *op. cit.*, pág. 295.

Incluso con la anterior legislación algún autor estimaba que procedía recurso de apelación: cfr. HERCE QUEMADA, V., «¿Es procedente el recurso de apelación contra la resolución de equidad dictada en el proceso de la norma segunda, párrafo tercero del artículo 16 de la LPH?», *op. cit.*, pág. 153 y sigs. Este autor partía de la base de que las normas segunda y tercera del antiguo artículo 16 de la LPH establecían procesos distintos: un proceso de equidad en la norma segunda y un juicio de impugnación de acuerdos de la mayoría por los propietarios que se sintieron gravemente perjudicados en la norma tercera, siendo tan sólo inapelable la sentencia en este último caso, por declararlo expresamente la Ley.

(35) Cfr. DÍAZ MÉNDEZ, N., y DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Aspectos procesales de la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril», *op. cit.*, pág. 1991.

que no pueden votar —aunque sí participar en la deliberación— los propietarios que en el momento de iniciarse la Junta no se encuentren al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubieren impugnado judicialmente las mismas (36) o procedido a su consignación judicial o notarial (art. 15.2 de la LPH) (37), resultando necesario a estos efectos que en la convocatoria de la Junta figure una relación de morosos con la advertencia de que, de seguir en esa situación, no podrán votar (16.2 de la LPH) (38). Ahora bien, la privación del derecho al voto de los propietarios morosos no opera en los acuerdos en que la ley exija unanimidad, pues así se deduce de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 15.2 de la LPH; no obstante, cuando tan sólo se exija la aprobación por mayoría, si la comunidad les permitiera ejercitar su derecho al voto incurriría en una infracción legal, por ser el artículo 15.2 un precepto de *ius cogens* (39), sin perjuicio de que su participación en la votación no origine la nulidad del acuerdo cuando no haya sido decisiva para alcanzar dicha mayoría y dicho acuerdo no haya sido impugnado.

3. CERTIFICACIÓN DEL ACUERDO ADOPTADO POR LA JUNTA

A tenor de lo previsto en el artículo 21 de la LPH, la utilización del juicio monitorio previsto en dicho precepto requiere la presentación de la

(36) A tenor de lo previsto en el artículo 18.2 *in fine* de la LPH, sólo podrá impugnarse por el propietario que no esté al corriente de pago los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de cuotas de participación a que se refiere el artículo 9.

(37) En el caso de que un copropietario sea dueño de más de un piso o local se plantea la cuestión de si ha de ser privado del voto respecto a todos los inmuebles de su propiedad. A estos efectos, cfr.: «Privación del derecho de voto de todas las propiedades de un moroso», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 225, mayo de 2002, págs. 39 y 40. El criterio de esta revista es que, sin perjuicio de que el propietario múltiple sólo tenga un voto numérico para formar mayorías, en tanto que la privación de derechos ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, únicamente se le podrá privar del voto en relación a la cuota aplicable al piso o local donde la deuda exista, pero no en cuanto al resto, donde podrá emitir su voto numérico en relación a la suma de las cuotas de los demás.

(38) En el caso de que en la convocatoria de la Junta no se contuviere relación de morosos, resulta discutible si en la Junta se podrá privar del voto a los propietarios que no estén al corriente de pago. Cfr.: *Encuesta jurídica de la Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 232, enero de 2003, págs. 6 y sigs. En esta encuesta la doctrina se muestra dividida, si bien la tesis de la *Revista Sepín* es considerar que no puede ser privado del derecho al voto el moroso que no figure como tal en la convocatoria de la Junta, cfr.: «La privación del derecho de voto a los morosos», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 193-B, junio de 1999, pág. 30.

(39) Cfr. «La privación del derecho de voto a los morosos», en *Revista Jurídica Sepín, op. cit.* págs. 30 y sigs. *Encuesta jurídica de la Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 237, junio de 2003, págs. 9 y sigs.

certificación del acuerdo de la Junta, aprobando la liquidación de la deuda por quien actúe como Secretario de la misma con el visto bueno del Presidente, por lo que el documento exigido para iniciar el juicio por la forma y solemnidad en que debe ser adoptado, en principio supera el requisito de apariencia que ha de revestir una deuda para ser reclamada por medio de un juicio monitorio (40).

De todos modos, no resulta ocioso reseñar que dichos requisitos contenidos en el artículo 21 de la LPH no son coincidentes con los previstos en el artículo 812.2. 2.º, que tan sólo exige que la deuda se acredite mediante *certificación de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de inmuebles urbanos*, lo que plantea el problema de la falta de coordinación de ambos preceptos, si bien procede entender que el artículo 21 de la LPH es preferente por ser *lex specialis* (41).

Por lo demás, en cuanto a los requisitos que debe revestir la certificación de la Junta en el juicio monitorio previsto en el artículo 21 de la LPH, es preciso reseñar que no es una mera certificación del Secretario de la comunidad en la que exprese simplemente que un determinado comunero mantiene cierta deuda con la Comunidad de propietarios, sino que dicha certificación debe recoger el acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda, según conste en el acta de la reunión —la cual deberá reunir los requisitos previstos en el art. 19.2 de la LPH y estar firmada por el Presidente y el Secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes—

(40) CORREA DELCASSO, J. P., «El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: Indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial», en *La Ley*, T. 2, 1999, pág. 2008, y en «Presente y futuro de la reclamación de deudas comunitarias: propuesta de solución a las reivindicaciones de los administradores de fincas», en *RCDI*, núm. 656, año LXXVI, enero-febrero de 2000, pág. 184.

(41) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario al artículo 812», en *Comentarios a la LEC*, op. cit., pág. 3817. Este autor mantiene una opinión peculiar respecto a esta cuestión, ya que defiende que mientras el juicio monitorio *privilegiado* del artículo 21 de la LPH resulta aplicable a las comunidades en régimen de propiedad horizontal legalmente constituidas, el juicio monitorio *ordinario* previsto en la LEC puede instarse *ex* artículo 812.2.2.º de la LEC por todas las demás comunidades de propietarios de inmuebles urbanos tanto las de cuatro o menos propietarios a que se refieren los artículos 398 del Código Civil y 13.8 de la LPH, como los supuestos de prehorizontalidad en los que el régimen de propiedad horizontal no llega a nacer por falta de alguno de los requisitos legales; interpretación que basa, entre otros motivos, en el hecho de que el artículo 812.2.2 —a diferencia del art. 21 de la LPH— tan sólo hace referencia a la reclamación por dichas comunidades de gastos comunes, obviando la contribución al fondo de reserva cuya constitución no es obligatoria para estos otros complejos inmobiliarios privados [art. 24.2.c) de la LPH].

A nuestro juicio, sin embargo, y sin negar la virtualidad de dicha interpretación doctrinal, estimamos que dicha opinión resulta discutible, ya que el artículo 24.3 de la LPH establece que los complejos inmobiliarios privados a los que se refiere en el apartado 1 y 2 de dicho precepto, se regirán por las disposiciones de la LPH, con algunas especialidades entre las que no se encuentra la inaplicación del artículo 21.

tes— detallando dicha liquidación la cuantía y el origen de lo adeudado por el propietario o propietarios morosos con expresión de los períodos a los que corresponden sus débitos.

En dicha certificación debe constar el visto bueno del Presidente de la Comunidad, lo que en suma supone un previo control por parte de éste, sin que sea posible que en ausencia o por imposibilidad del mismo firme su respectivo cónyuge (42), aunque sea cotitular del inmueble, pues el nombramiento de Presidente no se efectúa por viviendas sino por personas y para los casos de ausencia, vacante o imposibilidad la propia ley prevé que pueda existir un Vicepresidente (art. 13.4).

4. NOTIFICACIÓN DEL ACUERDO AL PROPIETARIO MOROSO

El párrafo segundo del artículo 21 establece como un requisito necesario para utilizar este singular procedimiento que el acuerdo de la Junta de Propietarios, aprobando la liquidación de la deuda, se notifique al propietario afectado.

La verdad es que, a pesar del tenor literal de la ley, dicha notificación es en puridad un auténtico requerimiento extrajudicial de pago, que deberá contener una copia literal del acuerdo de la Junta o, al menos, una explicación pormenorizada de la liquidación del débito con indicación de las partidas económicas, su origen y fecha.

La Junta de Propietarios no es un órgano judicial que deba utilizar los mecanismos de comunicación previstos en la LEC (43), por lo que este requerimiento se habrá de practicar en la forma establecida en el artículo 9.1.h) de la LPH, precepto que prevé la obligación de los copropietarios de comunicar, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, un domicilio en España a los efectos de citaciones y notificaciones relacionadas con la comunidad. Esta comunicación, a tenor de lo previsto en esta norma, ha de realizarse al Secretario, aunque tampoco existe inconveniente alguno en que se haga al Presidente o Administrador (44). El incumplimiento de dicha obligación no lleva aparejada otra consecuencia que la de otorgar plenos efectos a las notificaciones y citaciones que se realicen en el piso o local perteneciente a la comunidad o incluso en el tablón de anuncios de la misma o en un lugar visible de uso general habilitado al efecto, en el caso de

(42) SAP de Valencia, Sección 11.ª, de 9 de diciembre de 2002.

(43) SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2002.

(44) Cfr. FUENTES LOJO, J. M., «La Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 6 de abril de 1999», *op. cit.*, pág. 335.

que fuera imposible practicarla en la vivienda o local perteneciente a la comunidad.

Por consiguiente, poniendo en relación el artículo 9.1.h) con el artículo 21.2 *in fine* de la LPH, en primer lugar la notificación del acuerdo de la Junta se habrá de intentar *en el domicilio que a efectos de actos de comunicación de asuntos relacionados con la comunidad haya indicado el propietario moroso*, sin que sea necesario que se practique de una forma fehaciente (45), aunque resulta más seguro utilizar la vía notarial o el burofax. No obstante, el propietario no puede indicar cualquier domicilio, sino que éste debe encontrarse en España, lo que resulta coherente con la finalidad del juicio monitorio que pretende resolver el problema de la morosidad en las comunidades de propietarios de una manera ágil y rápida, pretensión que se vería truncada por las dilaciones que podría producir la notificación de la liquidación de la deuda al moroso en un país extranjero.

Por lo demás, si el propietario no hubiera señalado domicilio alguno en España, a efectos de actos de comunicación, la notificación de la liquidación de la deuda deberá practicarse en el *piso o local perteneciente a la comunidad*, estableciendo el artículo 9.1.h) que tendrá plena eficacia la comunicación realizada al ocupante del mismo, con lo que en principio será válida la notificación practicada a un arrendatario que ocupe el inmueble (46). No obstante, a pesar del tenor literal de la ley, procede preguntarse si en estos casos podría causarse indefensión al propietario-arrendador en el supuesto de que se iniciara el juicio monitorio sin haber tenido conocimiento previo del acuerdo de la Junta o incluso siendo completamente ajeno a la existencia de la deuda por haber pactado con el arrendatario que éste se haría cargo de los gastos comunitarios. La verdad es que dicho desconocimiento no podrá alegarse como causa de oposición en el juicio monitorio, pues la notificación se ha realizado en legal forma y frente a la comunidad el responsable es el propietario y no el arrendatario, por lo que si aquél desea poner fin al procedimiento no le quedará más remedio que pagar lo reclamado, sin perjuicio de repetir posteriormente contra el arrendatario incumplidor.

Finalmente, en el caso de que tampoco de este modo pudiese practicarse la comunicación, por estar el piso o local perteneciente a la comunidad desocupado o por otra causa, el artículo 9.1.h) *in fine* de la LPH permite realizar la comunicación mediante su *colocación en el tablón de anuncios de la comunidad o en lugar visible de uso general habilitado al efecto*, expresión que ha de interpretarse *lato sensu*, pues en principio no vemos inconveniente

(45) SAP de Granada, Sección 4.ª, de 7 de octubre de 2002.

(46) SAP de Cantabria, Sección 2.ª, de 3 de diciembre de 2002. En esta sentencia se considera válida la notificación efectuada mediante entrega al ocupante del local al no conocerse el domicilio del propietario.

alguno en que se pueda colocar en cualquier pared visible del portal o incluso en el ascensor, produciendo plenos efectos en el plazo de tres días naturales. Esta forma de comunicación se admite aun cuando el moroso fuera el propietario de un local que no tuviera acceso al portal, ya que ello no desvirtúa el hecho de que el tablón de anuncios sea por su propia naturaleza un expositor de interés general para todos los propietarios, incluidos los de los locales, los cuales tienen la carga de estar al tanto de lo que allí se exponga o se comunique en cuanto les puede afectar, pues entender lo contrario equivaldría a considerar que la forma de notificación prevista en el artículo 9.1.h), párrafo segundo, rige sólo para los dueños de pisos y no para los propietarios de locales, lo cual no sería lógico (47).

No obstante, procede reseñar que esta forma de comunicación tan sólo ha de utilizarse en último término, por lo que si el propietario moroso no hubiera comunicado un domicilio a efectos de actos de comunicación y tampoco residiera en el inmueble, pero otro vecino o el portero conocieran su actual paradero, resultaría conveniente que se practicara en dicho lugar la notificación del acuerdo de la Junta, ya que, aunque la ley no lo exige y por tanto no resulta preceptivo (48), dicha medida no sólo favorece al moroso, concediéndole una oportunidad para que salde su deuda, sino que también resulta beneficiosa para la comunidad, pues aunque el juicio monitorio no reviste especial complejidad, siempre es mejor solventar las cuestiones sin acudir a los tribunales.

Sin embargo, consideramos que si el propietario moroso ha comparecido a la Junta en que se aprobó la reclamación de su deuda, supondría una dilación innecesaria, volverle a comunicar algo que ya conoce, pues, si habiendo estado presente en dicha Junta, opta por mantener su situación de moroso, raramente le va a hacer cambiar de opinión la posterior notificación de un acuerdo cuya deliberación y adopción él mismo presenció. Por ello, a nuestro juicio, resultaría conveniente *de lege ferenda* que se flexibilizaran los términos del párrafo segundo del artículo 21 de la LPH, permitiendo en estos casos obviar el trámite de la notificación de la liquidación de la deuda al moroso. De todos modos, aun con la actual regulación, la doctrina considera que dicha notificación no supone una exigencia en el caso de que se acredite cumplidamente el hecho de la asistencia del moroso a la Junta y de que no se ausentó antes de la adopción del acuerdo (49).

(47) SAP de Almería, Sección 1.ª, de 8 de noviembre de 2002.

(48) La SAP de Madrid, Sección 18.ª, de 19 de noviembre de 2001, no considera necesario que la comunidad deba practicar la notificación en otros domicilios del deudor si éste no los hubiere designado a efectos de notificaciones, aun cuando pudiera suponerse que la comunidad los conocía.

(49) Cfr. MONTÓN REDONDO, A., *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia. Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por*

IV. LA SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO MONITORIO

1. LA PETICIÓN INICIAL

El procedimiento comenzará por un escrito inicial al que el legislador no le da la categoría de demanda en sentido técnico-jurídico, sino de simple petición, que podrá extenderse en un impreso o formulario. El inicio del proceso por medio de una petición inicial no tiene su razón tanto en la simplicidad del mismo como en su propia naturaleza (50), lo que se corrobora por el hecho de que los juicios verbales de cuantía inferior a 900 euros se inicien por demanda, a pesar de que ésta se pueda formular cumplimentando unos impresos (51).

En dicho escrito no se pide del órgano jurisdiccional que declare ningún derecho ni que dicte una sentencia de condena, sino únicamente que requiera de pago al deudor. Por ello, esta petición carece de formalismos, no siendo necesario, tan siquiera, que contenga fundamento jurídico alguno, por lo que, a tenor del artículo 814 de la LEC, tan sólo deberá expresar la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residan o puedan ser hallados y el origen y cuantía de la deuda. La concisión de la Ley es tal que incluso olvida mencionar expresamente la necesidad de que en la petición se haga constar la identidad del acreedor, aunque resulta obvio que constituye un requisito *sine qua non*.

El órgano judicial deberá apreciar de oficio su propia competencia, la cual es fijada por el artículo 813 de forma imperativa, aunque dejando cierto margen de actuación al solicitante, al que se le permite optar entre varios fueros alternativos (el del lugar en que se halle la Comunidad de propietarios o bien el del domicilio o residencia del deudor y, si no fueran conocidos, el del lugar en que pudiera ser hallado), sin que en ningún caso, y con independencia de la cuantía de la deuda, puedan ser competentes los Jueces de Paz,

Ley 8/1999, de 6 de abril. Coordinador: CABAÑAS GARCÍA, J. C., Ed. Trivium, Madrid, 1999, pág. 813.

FUENTES LOJO, J. M., «La Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 6 de abril de 1999», *op. cit.*, pág. 647.

(50) Sobre las diversas posturas acerca de la naturaleza del proceso monitorio:

SEOANE CACHARRÓN, J., «El proceso monitorio. Examen crítico de su regulación en el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997», en *RVDPA*, vol. 10, núm. 1, 1998, págs. 53 y 54.

(51) Cfr. DE LA LLANA VICENTE, M., «El proceso monitorio, su regulación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (II)», en *La Ley*, núm. 5982, 23 de junio de 2000, pág. 3. Para este autor el hecho de que el proceso monitorio empiece por una simple petición y no por una demanda, pone de relieve sus diferencias con los procesos ordinarios que exigen el desarrollo de una fase de cognición previa a la resolución del fondo del asunto, fase que en el procedimiento monitorio no se da, salvo que el deudor se oponga.

pues aunque pudiera parecer que este procedimiento no plantea especiales dificultades, la ley se muestra terminante en este sentido y atribuye la competencia exclusivamente a los Jueces de Primera Instancia.

Por lo demás, junto con la petición resulta preceptivo que se adjunte certificación de la Junta, aprobando la liquidación de la deuda y acreditación de su notificación al propietario moroso en los términos que hemos expuesto anteriormente, pudiendo añadirse a la reclamación el importe derivado de los gastos ocasionados por el requerimiento previo de pago acompañando los correspondientes justificantes.

Asimismo, aunque la ley no lo exige expresamente, también se deberá adjuntar acreditación de la legitimación activa del solicitante —justificación de ostentar el cargo de Presidente o, en caso de presentar la petición el Administrador que ha obtenido la autorización de la Junta— así como acreditar la legitimación pasiva de aquéllos contra los que se dirige la petición y que no son propiamente el propietario deudor, considerándose conveniente que en caso de dirigir la petición frente al titular registral que no coincida con el deudor moroso se presente nota simple o certificación del Registro de la Propiedad (52).

a) *Admisión*

Cuando la petición cumpliera los requisitos legales será admitida por medio de providencia, lo que constituye una excepción a lo establecido en el artículo 206.2.2.^a de la LEC, en donde se establece que adoptarán la forma de auto las resoluciones que decidan sobre la admisión o inadmisión de las demandas; peculiaridad que obedece, sin duda, a que el legislador no ha otorgado a la petición que inicia el procedimiento monitorio la categoría de demanda, si bien, en caso de que se inadmitiera, resultaría más adecuado que la resolución adoptara la forma de auto.

Por lo demás, conforme a lo establecido en el artículo 815 de la LEC, pudiera parecer que cuando la deuda tiene su origen en el impago de cantidades debidas en concepto de obligaciones comunes en las comunidades de propietarios de inmuebles urbanos, el órgano judicial deberá admitir sin más la petición y ordenar la práctica del requerimiento de pago. No obstante, la utilización en el artículo 812.2.2.º de la LEC del verbo «acreditar» referido a los documentos, hace pensar que en estos casos también resulta procedente una cognición del Juez limitada a determinar si los documentos reúnen los

(52) Cfr. RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Procesos arrendaticios y de propiedad horizontal», *op. cit.*, págs. 302 y 303.

requisitos necesarios para constituir el principio de prueba exigido (53), por lo que si detectara la omisión de algún dato o la ausencia de algún documento no debería admitir sin más la petición, sin perjuicio de que en determinados supuestos pudiera conceder un plazo de subsanación.

La ley silencia si cabe algún *recurso* contra la providencia de admisión, aunque estimamos que la inimpugnabilidad de la misma se deriva de la *ratio legis*, pues en otro caso se estaría brindando al deudor un doble mecanismo de oposición.

La LEC tampoco se pronuncia respecto a la *admisión parcial* de la petición, si bien dicho supuesto puede plantearse en aquellos casos en que se reclamen deudas comunitarias que, aunque existan realmente, no consten en la certificación del acuerdo de la Junta, pues tras la reforma del artículo 21 de la LPH por la Disposición Final 1.^a de la vigente LEC ya no es posible, tan siquiera, la acumulación de reclamaciones durante el curso del proceso.

b) *Inadmisión*

La *certificación de la deuda* constituye un presupuesto de admisibilidad de la petición inicial cuya omisión aboca a la inadmisión de la misma y no a la mera suspensión en espera de su subsanación, lo que cobra especial importancia, teniendo en cuenta que la inadmisión no interrumpe el plazo de prescripción ni tampoco genera litispendencia (54).

Asimismo, la falta de *notificación del acuerdo liquidativo* al deudor también se considera como un requisito de procedibilidad que propicia la inadmisión de la petición (55), lo que —como hemos puesto de relieve con anterioridad— a nuestro juicio pudiera resultar excesivo en los casos en que el propietario hubiera asistido a la Junta en que se adoptó el acuerdo.

No obstante, en modo alguno podrá ser causa de inadmisibilidad la *prescripción* de la deuda por transcurso del plazo de quince años, pues la prescripción no puede ser apreciada de oficio, por lo que deberá alegarla el deudor como causa de oposición.

Contra el auto de inadmisión de la petición cabe *recurso de apelación* que se tramitará *inaudita parte debitoris* y una vez firme el mismo, si el recurso es desestimado y el acreedor quisiera hacer valer sus pretensiones, debería

(53) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El juicio monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, un cambio cultural», *op. cit.*, pág. 70.

(54) Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., «El proceso monitorio del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal innovado por Ley 49/1960, de 21 de julio», en *Revista Jurídica Sepín*, junio de 1999, *op. cit.*, pág. 12, y en *Revista Jurídica Sepín*, octubre de 1999, *op. cit.*, pág. 11.

(55) SAP de Pontevedra, Sección 5.^a, de 20 de enero de 2003.

acudir al juicio declarativo correspondiente o a un juicio monitorio *ordinario* y no al *privilegiado* del artículo 21 de la LPH, ya que, aunque la ley no lo establece expresamente, no apreciamos inconveniente alguno en que se pueda iniciar un juicio monitorio ordinario en los casos en que, dado el alto coste de la convocatoria de la Junta de Propietarios, se acompañe a la petición una aportación documental distinta a la certificación de la liquidación de la deuda por la Junta (por ejemplo, unos recibos impagados con certificación del descubierto por el administrador) aunque en estos supuestos se perderán los privilegios procesales que la ley brinda al acreedor en el citado artículo 21 de la LPH.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa para iniciar un juicio monitorio del artículo 21 de la LPH corresponde a las Comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, ya que aunque bien es cierto que dichas comunidades no tienen personalidad jurídica, ello no significa que carezcan de capacidad para demandar o ser demandadas (56), pues el artículo 13.3 de la LPH, al disponer que el Presidente las representará en juicio y fuera de él, les está reconociendo *ex lege* capacidad procesal (57). Además, también le corresponde a dicho Presidente apoderar, en su caso, al Procurador, siendo válido dicho poder y las actuaciones procesales que en su caso se hayan practicado, aunque la persona física del Presidente cambie con posterioridad (58).

Asimismo, también pueden utilizar este juicio monitorio ciertos complejos inmobiliarios privados, como las Entidades Urbanísticas de Conser-

(56) Cfr. CORDÓN MORENO, F., «De nuevo sobre la legitimación», en *RDPr*, núm. 1, 1997, pág. 53: «Tanto en el caso de las comunidades de bienes como en el de los entes sin personalidad, me parece que no se presenta un problema de legitimación en sentido estricto, sino de “representación” en sentido amplio, si se prefiere, de determinación de quién es el portador legítimo en juicio del derecho o interés de la comunidad o del grupo. Y, por eso, en algunos supuestos de comunidades de bienes (por ejemplo, las Comunidades de propietarios), la Ley reconoce expresamente esta representación a su Presidente».

(57) STS de 24 de diciembre de 1986 (*RAJ* 7797): «La constante doctrina de esta Sala, a raíz de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, es la de que carece de personalidad jurídica la Comunidad de propietarios, la cual y los demás órganos y destacadamente el presidente de la misma lo son de gestión y representación de un particularizado régimen de propiedad. Las relaciones entre los copropietarios y los terceros por razón de la propiedad horizontal tienen efectos a través de esos órganos y las domésticas o internas entre la propia Comunidad y sus partícipes ofrecen la naturaleza jurídica que les asigna la reciente sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1986 (*RAJ* 548): actos de conjunto (“Gesamtakten”) sin que por ello, aunque es supuesto análogo al contractual, se identifique con él».

(58) SSTs de 16 de julio de 1990 (*RAJ* 5882), 19 de noviembre de 1993 (*RAJ* 9154).

vacación (SSAP de Málaga, Sección 6.^a, de 19 de julio de 2001, y de Toledo, Sección 2.^a, de 16 de octubre de 2002), ya que, a tenor de lo previsto en el artículo 24.4 de la LPH, el régimen de la LPH les es de aplicación supletoria.

En virtud de lo previsto en el párrafo primero del artículo 21 de la LPH, la legitimación activa para instar el proceso monitorio la ostentan «el Presidente o el Administrador, si así lo acordase la Junta de Propietarios», resultando criticable que de los términos legales pueda parecer que se exige la autorización de la Junta aun cuando el Presidente inicie el procedimiento, ya que si así fuera resultaría regresiva la actual regulación en relación con la anterior en la que se establecía que sólo el Administrador necesitaba dicha autorización (59). A nuestro modo de ver, sería paradójico que la *voluntas legislatoris* hubiera sido la de establecer como requisito *ex novo* la necesidad de que la Junta autorizara al Presidente para iniciar un juicio monitorio, siendo que el propósito de las últimas reformas en esta materia ha sido precisamente agilizar las reclamaciones de deudas comunitarias por las comunidades de propietarios. Asimismo, resultaría redundante la concesión de dicha autorización a un órgano comunitario, como el Presidente, que *ex lege* tiene reconocida la representación legal de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten (art. 13.3 de la LPH), ya que aunque el Administrador también es un órgano de la comunidad (60), el artículo 20 no regula entre sus atribuciones la representación de la misma, por lo que resulta comprensible que necesite una autorización expresa de la Junta, lo que guarda plena armonía con la cláusula abierta establecida en el citado artículo 20 en la que se otorgan al Administrador todas aquellas atribuciones que le confiera la Junta.

Por consiguiente, aunque pueda resultar una interpretación un tanto *contra legem*, suscribimos las opiniones doctrinales (61) que consideran

(59) El artículo 20.1 de la LPH, en su redacción anterior a la reforma acaecida por Ley de 6 de abril de 1999, rezaba en los siguientes términos: «Las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo 9.º serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta. Si no lo hiciere, podrá *el Presidente o el Administrador, si éste hubiere sido autorizado por la Junta*, exigirlo por vía judicial sin necesidad de requerimiento previo alguno, salvo si los Estatutos exigiesen el requerimiento».

(60) Sobre las funciones del cargo de Administrador, cfr. MAGRO SERVET, V., «El cargo de Administrador de las Comunidades de Propietarios en la nueva Ley 6/1999, de 6 de abril», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 202.-B, abril de 2000, págs. 15 y sigs.

(61) Cfr. PÉREZ UREÑA, A., «La reclamación judicial a los propietarios morosos en las Comunidades de propietarios», en *RGD*, año LV, núm. 660, septiembre de 1999, pág. 10673. MONTÓN REDONDO, A., «La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia. Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por Ley 8/1999», de 6 de abril, *op. cit.*, pág. 811. SEOANE PRADO, J., «La nueva Ley de Propiedad

innecesaria la autorización de la Junta al Presidente para entablar un juicio monitorio, siendo deseable *de lege ferenda* que el legislador concrete los términos legales, ya que la imprecisión de la ley no sólo ocasiona elucubraciones doctrinales, sino que trasciende a la práctica forense en donde algunos morosos pretenden aprovecharse de la literalidad de la ley para oponer la excepción de falta de legitimación activa del Presidente cuando éste ha iniciado el juicio monitorio sin la autorización de la Junta (62).

La verdad es que, a nuestro juicio, dicha excepción tan sólo tendrá razón de ser cuando el que no haya obtenido la autorización de la Junta sea el Administrador, sin perjuicio de que dicho defecto pueda considerarse subsanable en la audiencia previa (art. 418.1 de la LEC) o en la vista (art. 443.3), dependiendo de que la oposición se sustancie por un juicio ordinario o por un verbal, según exceda o no de 3.000 euros la cuantía de lo reclamado.

Por lo demás, procede reseñar que es suficiente con que la autorización al Administrador se adopte por un acuerdo mayoritario de la Junta, sin que sea preciso unanimidad, e incluso la doctrina estima suficiente la concesión de una autorización general, sin perjuicio de la conveniencia de que se realice caso por caso (63).

La concesión de legitimación al Administrador a estos efectos merece un juicio positivo, ya que no sólo sirve para descargar de obligaciones al Presidente —el cual es un copropietario con sus propias ocupaciones—, sino también porque por su condición de profesional en la materia suele tener un mejor conocimiento de las cuentas y presupuestos de la comunidad (64). Además, en ciertos supuestos, como cuando el moroso sea el propio Presidente, su intervención puede resultar muy conveniente, sin perjuicio de que en estos casos también pueda actuar en representación de la comunidad el Vice-

Horizontal. El nuevo juicio de reclamación a morosos», en *Revista Jurídica Sepín. Monográfico: El proceso de reclamación a morosos en la LPH*, núm. 196-B, octubre de 1999, pág. 24. FUENTES LOJO, J. M., «La Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 6 de abril de 1999», *op. cit.*, pág. 634. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario a la Disposición Final 1.ª», en *Comentarios a la LEC*, *op. cit.*, pág. 3960.

(62) En la desafortunada sentencia de la AP de Alicante, Sección 7.ª, de 18 de octubre de 2002, se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de primera instancia que estimaba la existencia de falta de legitimación activa del Presidente que no había acreditado haber obtenido autorización de la Junta de propietarios para reclamar judicialmente, a través del procedimiento monitorio, el impago de gastos comunes.

(63) Cfr. FUENTES LOJO, J. M., «La Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 6 de abril de 1999», *op. cit.*, pág. 637.

(64) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», *op. cit.*, pág. 316.

presidente o incluso algún autor estima (65) que se podría designar por la Junta un propietario para que representara a la comunidad, opción esta última que a nuestro modo de ver no resulta muy acertada, ya que la iniciación del juicio monitorio a instancia de comuneros que no ostenten la condición de órganos de gobierno de la comunidad debe ser un supuesto excepcional de aplicación restrictiva.

Así, en el caso de que el Presidente o el Administrador adoptaren una actitud de pasividad negándose a efectuar la reclamación, podrían considerarse legitimados los propietarios que hubieran adoptado el acuerdo y cuando se haya adoptado judicialmente *ex* artículo 17.3 de la LPH ostentarán legitimación aquéllos que hubieran acudido al Juez para que resolviera en equidad sobre la adopción de dicho acuerdo. La legitimación de los copropietarios en estos supuestos viene respaldada por el hecho de que la comunidad en régimen de propiedad horizontal constituye en sí un supuesto especial de comunidad de bienes y, por lo tanto, cualquier comunero puede comparecer en juicio por ella y la sentencia dictada a su favor aprovechará a los demás, sin que les perjudique la adversa; doctrina general de la comunidad de bienes que es aplicable también a esta comunidad especial (66), tal y como ha venido a reconocer el TS (67) e incluso el propio TC (68).

3. LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva en el juicio monitorio del artículo 21 de la LPH en principio corresponde al que fuera *propietario del piso o local* (69) en el momento en que se debió realizar el pago de las obligaciones comunitarias contempladas en los apartados *e*) y *f*) del artículo 9 de la LPH, y si el mismo

(65) Cfr. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., « El proceso monitorio », en *La LEC XX comentada. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, vol. II. Coordinadores: MARTÍNEZ PRADO y LOSCERTALES FUERTES. Ed. Sepín, pág. 1634.

(66) Cfr. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*, Ed. J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1994, pág. 24.

(67) STSS de 9 de febrero de 1991 (RAJ 1160), 8 de enero de 1992 (RAJ 153), 15 de julio de 1992 (RAJ 6077), 16 de julio de 1992 (RAJ 6616), 19 de noviembre de 1993 (9154), 14 de julio de 1998 (RAJ 6386).

(68) En la STC 115/1999, de 14 de junio, se estima el recurso de amparo interpuesto por un copropietario de una comunidad en régimen de propiedad horizontal, reconociéndole legitimación para interponer dicho recurso, pues a pesar de que el Presidente ostenta *ex lege* la representación de la comunidad, cada propietario también está legitimado en casos de pasividad o incluso de oposición de la misma.

(69) Para ser considerado propietario del inmueble no es preciso que conste su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad, dada la condición voluntaria de la inscripción registral a tenor de lo previsto en el artículo 6 de la LH (SAP de Granada, Sección 3.^a, de 15 de abril de 2000).

hubiera fallecido y su herencia todavía no se hubiera aceptado, podrá dirigirse la petición contra la herencia yacente, pues, con independencia de que la misma carezca de personalidad jurídica, ostenta legitimación pasiva a estos efectos (70).

No vemos inconveniente alguno en que la Comunidad de propietarios pueda iniciar un juicio monitorio contra varios morosos, si bien es cierto que esta acumulación de acciones, aunque no se encuentra excluida por los artículos 72 y 73 de la LEC, no se admite en todos los Juzgados de Primera Instancia.

En ningún caso resulta viable que por medio de este procedimiento se realicen reclamaciones frente a otros deudores, aun cuando éstos puedan ser otras Comunidades de propietarios que se rijan por la propia LPH, sin perjuicio de que en estos casos se pueda acudir al juicio monitorio *ordinario* previsto en los artículos 812 y siguientes de la LEC, siempre que se acompañe a la petición un documento que constituya un principio de prueba.

a) *Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario si la vivienda es ganancial*

Si la vivienda tuviera carácter ganancial, por aplicación del artículo 1385.2 del Código Civil (que autoriza a cada uno de los cónyuges a ejercitar la defensa de sus derechos por vía de excepción) y dado el carácter indivisible de la cuota de participación comunitaria que puede abonarse por cualquiera de los cónyuges sin necesidad de autorización del otro, bastará con dirigirse contra uno de ellos. No obstante, el otro podrá intervenir en el procedimiento alegando un interés directo y legítimo (art. 13 de la LEC) y en caso de embargarse la vivienda o cualquier otro bien ganancial, a tenor de lo previsto en el artículo 541 de la LEC, se deberá notificar el embargo al otro cónyuge con traslado de copia del auto despachando ejecución e incluso de la petición por la que se ha iniciado el juicio monitorio, pues aunque este último precepto prevé el traslado de la demanda ejecutiva, dicha demanda resulta inexistente en el juicio monitorio, ya que se despacha ejecución sin previa petición de parte por el mero hecho de que el deudor no pague ni se oponga en el plazo de veinte días concedido al efecto, por lo que, a nuestro juicio, en aras de que el cónyuge no demandado conozca cuál ha sido el débito que ha originado el embargo, sería conveniente darle copia de la petición inicial del juicio monitorio.

En estos casos la notificación de la traba al cónyuge no demandado adquiere una importancia de primer orden, ya que no sólo posibilita la cons-

(70) SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 23 de marzo de 2000.

tancia en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva de embargo que en su caso recaiga sobre el inmueble ganancial (art. 144 del RH), sino que asimismo permite al cónyuge no demandado tomar conocimiento del procedimiento, adquiriendo una posición de «cuasiparte», pues el artículo 541 le permite utilizar los mismos mecanismos de oposición que los artículos 556 y siguientes ponen a disposición del ejecutado.

La posibilidad de utilizar dichos medios de oposición, permite al cónyuge no demandado defender sus propios intereses, por lo que, a nuestro modo de ver, la ausencia de litisconsorcio necesario, en modo alguno le va a perjudicar.

De todos modos, es preciso reseñar que este criterio no resulta pacífico, ya que no existe unanimidad acerca de que la obligación de satisfacer las cuotas comunitarias tenga carácter personal y de que sea innecesario demandar a ambos cónyuges (71), pues algunas sentencias (72) vienen considerando que la reclamación por parte de las comunidades de propietarios de cuotas comunitarias constituye una obligación *propter rem*, más próxima a las reales que a las meramente personales, ya que el deudor está designado por la titularidad del inmueble y siendo que sobre éste recae una afección real para el pago de tales gastos, resulta necesario demandar a todos los titulares de la finca (73).

b) *Carencia de legitimación pasiva del usufructuario, habitacionista, arrendatario o precarista*

En el caso de que la vivienda o local estén ocupados por un usufructuario, habitacionista, arrendatario o precarista (74), dicha circunstancia resulta irrelevante a estos efectos, pues la comunidad deberá dirigir en todo caso la petición del juicio monitorio contra el propietario, ya que así se deduce de la literalidad del artículo 21 de la LPH, que establece que «las obligaciones a que se refieren los apartados e) y f) del artículo 9 deberán cumplirse por el propietario de la vivienda o local», redacción que viene a ser avalada por

(71) En este sentido, véase: SSAP de Vitoria, Sección 2.ª, de 11 de noviembre de 1999; de Cantabria, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 2002, y demás sentencias citadas por esta última.

(72) SSAP de Zaragoza, Sección 2.ª, de 20 de julio de 1998, y de Asturias, Sección 5.ª, de 18 de enero de 2000.

(73) Respecto a las distintas posturas seguidas por las Audiencias Provinciales sobre este particular: cfr. COBO PLANAS, J. J., «Existencia o no de litisconsorcio necesario entre cónyuges frente a reclamaciones de cuotas y gastos comunes relativas a inmuebles urbanos pertenecientes a la sociedad de gananciales», en *Revista Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 223, marzo de 2002, pág. 33 y sigs.

(74) El pago de gastos de comunidad no desvirtúa la acción de precario (SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, de 22 de febrero de 1999).

lo dispuesto en el artículo 9 que prevé como obligación de cada *propietario* la contribución a los gastos generales y la participación a la dotación del fondo de reserva, así como por el artículo 3.3, que establece que la transmisión del derecho de disfrute por parte del propietario no afectará a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad.

No obstante, dicha interpretación resulta difícil de conciliar con los artículos 500 y siguientes del Código Civil, que establecen que el *usufructuario* estará obligado a los gastos ordinarios, y el nudo propietario a los extraordinarios. Sin embargo, la LPH no prevé disposición alguna respecto a las obligaciones del usufructuario frente a la comunidad, ya que la única referencia que contiene al usufructo se contempla en el artículo 15.1 *in fine*, en donde establece que el nudo propietario tendrá derecho al voto, sin perjuicio de ser representado por el usufructuario. Por consiguiente, suscribimos las opiniones doctrinales que mantienen que dichos preceptos del Código Civil tan sólo regulan la distribución de cargas y contribuciones entre usufructuario y nudo propietario *ad intra*, es decir, en las relaciones internas (75), por lo que *ad extra* resultará responsable frente a la comunidad el nudo propietario (76), sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el usufructuario y de que en su caso se pueda embargar el derecho de nuda propiedad que ostenta el deudor sobre el inmueble con las consiguientes consecuencias negativas que su realización forzosa puede llegar a producir en el usufructuario si un tercero desconocido para él adquiere aquel derecho.

En lo que respecta a los *inmuebles arrendados*, es posible que el arrendador haya convenido con el arrendatario que éste se haga cargo de los gastos comunitarios. Dicha posibilidad se halla contemplada en el artículo 20 de la vigente LAU, en donde se establece que las partes podrán pactar (77) que los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios,

(75) Cfr. PÉREZ UREÑA, A., «La reclamación judicial a los propietarios morosos en las Comunidades de propietarios», *op. cit.*, pág. 10678.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «La obligación de contribuir a los gastos generales en caso de enajenación del piso o local, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad horizontal*, núm. 205-B, julio de 2000, págs. 22 y 28.

LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», *op. cit.*, pág. 133. Este autor mantiene la misma opinión, si bien considera que por cautela podría resultar conveniente dirigir la petición contra ambos.

(76) SSAP de Madrid, Sección 18.ª, de 23 de mayo de 2001, y de Oviedo, Sección 4.ª, de 23 de febrero de 1999. En esta última sentencia, aunque se parte de la opinión de que debe reputarse deudor al nudo propietario, por tratarse de una obligación *propter rem* impuesta a quien ostente la titularidad dominical en cada momento, se considera que el usufructuario debe responder de la deuda por ser los nudos propietarios sus dos hijos menores y haberse comportado siempre ante la Comunidad de propietarios como deudor de los gastos comunes.

(77) El pacto deberá ser por escrito y determinar el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato.

tributos y responsabilidades, que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios, sean a cuenta del arrendatario. El citado precepto establece que en edificios de propiedad horizontal tales gastos serán los que correspondan a la finca en función a la cuota de participación, aunque más bien debería decir en función a la cuota *o a lo especialmente establecido*, pues la LAU parece olvidar que los copropietarios en Junta pueden acordar una forma de distribución de gastos distinta a la cuota de participación y en estos casos no resultaría coherente que el arrendatario debiera pagar por este concepto una cantidad distinta a la que pesa sobre el inmueble.

No obstante, resulta conflictivo si el arrendatario también deberá sufragar los gastos extraordinarios o derramas, si bien la postura mayoritaria las considera excluidas (78). Por lo demás, durante los cinco primeros años de vigencia del arrendamiento, la suma que el arrendatario haya de abonar en concepto de gastos comunitarios sólo podrá incrementarse anualmente y nunca en un porcentaje superior al doble del porcentaje en que pueda aumentarse la renta (la cual se actualiza aplicando a la anualidad anterior la variación porcentual experimentada por el IPC en los doce meses anteriores), sin perjuicio de que resulte posible el incremento de los gastos comunitarios a cuenta del arrendatario, aun en el caso de que no se revise la renta.

De todos modos, con independencia de lo antedicho, frente a la Comunidad de propietarios el único responsable de los gastos comunitarios será el arrendador y contra él deberá dirigir su reclamación en caso de impago, ya que el pacto entre arrendador y arrendatario, para que éste se haga cargo de dichos gastos, sólo tiene eficacia *inter partes*, pues en modo alguno supone una asunción de deuda, entre otros motivos porque el artículo 20 de la LAU no exige que la Comunidad de propietarios preste su consentimiento, lo que resulta lógico teniendo en cuenta que difícilmente lo va a otorgar, pues si el juicio monitorio se dirigiera exclusivamente contra el arrendatario, la comunidad no podría interesar el embargo sobre el inmueble, perdiendo un importante medio de garantía para el cobro de la deuda.

(78) Cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I., «La repercusión de gastos generales y servicios individuales (art. 20 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)», en *Revista Jurídica Sepín. Arrendamientos Urbanos*, núm. 206-A, septiembre de 2000, págs. 20 y sigs. Este autor expone las distintas posturas doctrinales en relación a si los gastos extraordinarios también deben ser abonados por el arrendatario en el caso de que haya convenido con el arrendador *ex* artículo 20 de la LAU, y aunque reconoce que la postura mayoritaria se orienta en el sentido de entender que el pacto sobre el pago de gastos de comunidad se refiere exclusivamente a los ordinarios, concluye que únicamente deben ser excluidas de pago por el inquilino las mejoras cuyo abono no es obligatorio para la propiedad, salvo que manifieste el arrendador su voluntad de disfrutarlas.

c) *Vivienda de un cónyuge cuyo uso se ha adjudicado al otro en un proceso matrimonial*

Cuando en un proceso matrimonial se ha adjudicado el uso de la vivienda propiedad de un cónyuge al otro —generalmente a la mujer, que es la que se queda con los hijos— en caso de impago de los gastos comunitarios, se suscita la espinosa cuestión de quién ostenta legitimación pasiva en el juicio monitorio.

Ab initio procede reseñar que el derecho de uso concedido a uno de los cónyuges sobre la vivienda propiedad del otro constituye un *ius in re aliena*, por lo que resulta asimilable a otros derechos que atribuyen a su titular la facultad de usar una cosa ajena. Por consiguiente, y partiendo de este punto de partida, estimamos que la solución en todos estos casos debe ser la misma, por lo que aunque el cónyuge que use la vivienda sea el que habitualmente abone los gastos de mantenimiento ordinarios, ello no empece para que en el supuesto de que los mismos resulten impagados, responda frente a la comunidad el propietario de la vivienda. De todos modos, alguna sentencia (79) ha considerado conveniente que el procedimiento se dirija también contra el cónyuge que usa la vivienda en virtud del derecho que ostenta sobre la misma, por estar afectado por esta reclamación en cuanto el inmueble responde de la deuda y por la previsible obligación que tiene de asumir tales gastos dentro de las relaciones internas con el titular (80).

d) *Responsabilidad solidaria del propietario anterior*

En el caso de que el propietario anterior de la vivienda o local haya incumplido con la obligación contemplada en el apartado i) del artículo 9.1 de la LPH, en el cual se prevé su deber de comunicar a quien ejerza las funciones de Secretario de la Comunidad, el cambio de titularidad, seguirá siendo responsable, solidariamente con el nuevo titular, de las deudas comunitarias devengadas con posterioridad a la transmisión.

La comunicación del cambio de titularidad del inmueble podrá realizarse por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción, sin que sea preciso que sea fehaciente, por lo que dado que su práctica no reviste ninguna complejidad, debe ser una cautela que ha de tomar el transmitente del inmueble aun cuando la enajenación se produzca en documento privado, ya que

(79) SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 19 de junio de 1998.

(80) Cfr. FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «Derechos y deberes de los ocupantes no propietarios en la Ley de Propiedad Horizontal», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 209-B, diciembre de 2000, págs. 30 y sigs.

en otro caso será responsable con el adquirente de las deudas comunitarias que se devenguen con posterioridad a la enajenación, a menos que pruebe que cualquiera de los órganos de gobierno de dicha comunidad (81) ha tenido conocimiento del cambio de titularidad de la vivienda o local por cualquier otro medio o por actos concluyentes del nuevo propietario, es decir, actos demostrativos de su titularidad dominical, o bien que la transmisión resulta notoria o, lo que es lo mismo, de conocimiento general en el ámbito de la comunidad. No obstante, tampoco vemos inconveniente alguno en que la comunicación del cambio de titularidad de la vivienda o local se pueda realizar a otro órgano comunitario distinto del Secretario, ya que el párrafo tercero del apartado *i*) del artículo 9.1 de la LPH permite integrar el párrafo primero de dicho precepto.

El legislador ha previsto en el apartado *i*) del artículo 9.1 de la LPH, una responsabilidad solidaria a modo de sanción por el incumplimiento de la obligación prevista en el citado precepto, haciendo responsable al transmitente de las deudas devengadas con posterioridad a la transmisión, aunque en puridad no se trate propiamente de una deuda sino de la asunción legal de su cumplimiento, convirtiendo al anterior propietario en un fiador legal solidario sin beneficio de excusión, aunque con derecho de repetición, por lo que la finalidad de dicha previsión legal no es sino proteger en todo momento el conocimiento por parte de la comunidad de quién es el verdadero titular del piso o local (82).

De todos modos, a nuestro juicio, dicha previsión legal resulta criticable por su ambigüedad e imprecisión, ya que sólo resulta coherente dirigir la petición del juicio monitorio contra el anterior titular del inmueble en el caso de que la comunidad desconozca la identidad del actual, puesto que si la conoce ya no tiene sentido la responsabilidad solidaria que predica el artículo 21.4 y el párrafo segundo del apartado *i*) del artículo 9, pues el propio párrafo tercero de este mismo apartado *i*) exonera de responsabilidad al anterior titular que haya incumplido la obligación de poner en conocimiento del Secretario de la comunidad el cambio de titularidad del inmueble, en los casos en que dicho hecho resultare notorio, así como cuando los órganos de gobierno de la comunidad hayan tenido conocimiento del cambio de titularidad por cualquier otro medio. Por lo tanto, cuando la Comunidad tenga conocimiento por otra vía de quién es el verdadero titular del piso o local, el anterior propietario queda sin legitimación para soportar el juicio monitorio (83).

(81) En virtud del artículo 13 de la LPH, son órganos de gobierno de la comunidad: la Junta de Propietarios, el Presidente, y, en su caso, los Vicepresidentes, el Secretario y el Administrador.

(82) SAP de Segovia, Sección Única, de 25 de junio de 2002.

(83) Cfr. MONTÓN REDONDO, A., «La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia. Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por Ley 8/

e) *Responsabilidad solidaria del titular registral*

El párrafo 4 del artículo 21 de la LPH también contempla la responsabilidad solidaria del *titular registral* —aun en el caso de que haya comunicado la transmisión al Secretario de la comunidad— por las deudas comunitarias que se devenguen con posterioridad a la enajenación, siempre que el adquirente no haya inscrito en el Registro de la Propiedad el piso o local a su nombre, por lo que con dicha medida se intenta potenciar la inmediata inscripción en el Registro de la Propiedad de las transmisiones efectuadas.

La verdad es que resulta un tanto injusto que sea el transmitente quien pague las consecuencias de una omisión ajena (84), resultando comprensible que la doctrina (85) haya considerado de difícil justificación material la petición de condena del titular registral que se sabe que no es propietario (86), máxime teniendo en cuenta que nuestro sistema registral inmobiliario tiene carácter voluntario, por lo que no teniendo que coincidir necesariamente la titularidad del registro con la real, no se comprende la exigencia legal de que deba ser traído al proceso el titular registral como verdadero «convidado de piedra», sin tener responsabilidad personal ni real, por el mero hecho de ostentar esa titularidad formal sobre la finca (87).

La única explicación de dicha previsión normativa se encuentra en conseguir que el Registrador anote el embargo que pueda trabarse sobre la vivienda o el local, pues de otro modo, con base en lo previsto en los artículos 20 de la LH y 140 del RH, el Registrador debería denegar la anotación

1999, de 6 de abril», *op. cit.*, pág. 809. Compartimos la opinión de este autor, el cual establece que sólo en caso de dudas muy fundadas respecto a quien corresponde la titularidad dominical del inmueble, la comunidad se podrá dirigir judicialmente contra el anterior propietario.

(84) Cfr. BALLESTEROS PASCUAL, A.; MORENO MARTÍ, F. J.; ROSAT ACED, C., y ROSAT ACED, D. I., «Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina, jurisprudencia y formularios», *op. cit.*, pág. 307. Estos autores mantienen que esta previsión legal de considerar solidariamente responsable al titular registral en el caso de que el inmueble no conste en el Registro a nombre del verdadero propietario, va a obligar a un cambio en el tráfico mercantil de inmuebles, pues ahora el vendedor deberá estar vigilante de que dicha inscripción se produzca si no quiere ser responsable solidario de las deudas que el nuevo adquirente contraiga con la comunidad.

(85) Cfr. MARINA REIG, J., «Comentario a la Disposición Final 1.ª», en *LEC XX comentada. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, vol. II. Coordinadores: MARTÍNEZ-PRADO y LOSCERTALES FUERTES. Ed. Sepín, pág. 1747.

SEOANE PRADO, J., «La nueva Ley de Propiedad Horizontal. El nuevo juicio de reclamación a morosos», *op. cit.*, pág. 26.

(86) Es preciso precisar que en el escrito inicial del juicio monitorio no se ejercita ninguna pretensión de condena, pues tan sólo se pide al órgano judicial que requiera de pago al deudor, por lo que dicha pretensión se sustanciará en el juicio ordinario o en el verbal que en su caso se tramite a consecuencia de la oposición del deudor.

(87) SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 25 de febrero de 2003.

preventiva de embargo con el argumento de que el demandado no coincide con el que figura como titular del bien en el Registro de la Propiedad.

De todos modos, aunque dicha interpretación es la más coherente, la misma no se deduce de los términos legales, pues el apartado 4 del artículo 21 se limita a establecer la responsabilidad solidaria del titular registral cuando éste no coincida con el actual propietario de la vivienda o local, lo que puede inducir a confusión, ya que si el titular registral no ha sido quien ha contraído la deuda, no tiene por qué responder de la misma, y de hecho estimamos que ningún bien de su propiedad podrá ser embargado a resultas de esta obligación, ya que el único bien a su nombre que podrá ser trabado será el inmueble al que se refieren las deudas, el cual no hay que olvidar que ya no le pertenece.

Por consiguiente, a nuestro juicio el apartado 4 del artículo 21 debería precisar que la posibilidad de dirigir la petición del juicio monitorio contra el titular registral lo es a los solos efectos de poder practicar la anotación preventiva de embargo sobre un inmueble que todavía figura a su nombre en el Registro, aunque ya no es de su propiedad. Asimismo, *de lege ferenda* estimamos que debería eliminarse la referencia contenida en el apartado 4 *in fine* de dicho precepto relativa a que el titular registral puede repetir lo abonado contra el actual propietario, pues dicha previsión normativa resulta ilusoria teniendo en cuenta que el titular registral no tiene obligación de pagar la deuda y tampoco responde de la misma con ningún bien que sea actualmente de su propiedad.

f) *Responsabilidad del adquirente del inmueble por deudas del anterior propietario*

Ab initio, es preciso reseñar que a los efectos que nos ocupan ha de reputarse deudor de los gastos comunitarios al dueño del inmueble en el tiempo de emitirse el recibo, sin perjuicio de que si éste enajena el inmueble pueda repercutir al nuevo titular la parte proporcional en función de los días del mes en los que efectivamente haya sido propietario (88).

No obstante, puede suceder que se proceda a la enajenación del inmueble, dejando pendiente de cobro ciertas cantidades por gastos comunitarios, y en dicho caso la Comunidad no sólo podrá dirigirse contra el que fuera propietario del inmueble en el momento de contraerse el débito sino también frente al nuevo adquirente, pues aunque en puridad no es deudor de las cuotas comunitarias que ha dejado de abonar el anterior propietario, ostenta la titularidad de un bien especialmente afecto al pago de la deuda, lo que le legitima

(88) SAP de Palencia, Sección Única, de 10 de septiembre de 2002.

para adquirir la condición de ejecutado (art. 538.2.3.^a de la LEC), ya que, a tenor de lo previsto en el párrafo *e*) del artículo 9 de la LPH, el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal resulta responsable con el propio bien adquirido de las cantidades adeudadas a la Comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición (89) y el año natural inmediatamente anterior.

A estos efectos, y en aras de proteger los intereses del adquirente del inmueble, el apartado *e*) *in fine* del artículo 9.1 de la LPH prevé que *en el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local, el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales comunitarios o expresar los que adeude*, debiendo aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, y ello aun cuando dichas deudas correspondan a un período de tiempo distinto a la anualidad en curso o a la anterior, pues aunque en este caso el adquirente no responderá de dichas deudas, la ley no hace ninguna excepción a este respecto, exigiendo que se hagan constar en la certificación todos los débitos comunitarios pendientes de pago.

De todos modos, no siempre quedan salvaguardados los intereses del adquirente, pues el citado precepto obvia los supuestos en que la enajenación se produzca en *documento privado*, si bien en estos casos el comprador deberá ser cauteloso, exigiendo al vendedor dicha certificación, ya que es obvio que el precio del inmueble no podrá ser el mismo si existen deudas pendientes.

Asimismo, en el caso de que el inmueble se enajene en *pública subasta*, la transmisión tampoco se va a documentar en escritura pública, siendo título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario con los requisitos previstos en el artículo 674 de la LEC, por lo que aunque en estos supuestos también opera la afección real sobre el inmueble por deudas comunitarias, la certificación sobre el estado de dichas deudas no se exige por el Juzgado con carácter previo a la subasta, pues al deudor tan sólo se le puede requerir para que aporte los títulos de propiedad sobre la finca (art. 663 de la LEC), por lo que por muy cuantiosa que sea esta deuda, su importe en modo alguno se va a tener en cuenta en la liquidación de cargas que practique el Secretario.

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

Por lo demás, resulta cuestionable que la obligación de acreditar el estado de deudas sea aplicable cuando el inmueble se transmita *a título gratuito*, máxime teniendo en cuenta que dado el precio que actualmente alcanzan los inmuebles, presumiblemente el valor de la donación será muy superior al de las deudas comunitarias; además, si dicha transmisión se produce *mortis causa*, mal se puede exigir esta obligación a un transmitente que ha fallecido (90).

No obstante, el apartado *e)* del artículo 9.1 de la LPH impone esta obligación al que transmita una vivienda o local *por cualquier título*, estableciendo la necesidad de que —salvo que el adquirente le haya exonerado expresamente— presente certificación sobre el estado de deudas como requisito *sine qua non* para que se pueda autorizar el otorgamiento del documento público, no resultando pacífico si dicha omisión impide la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad (91).

La certificación sobre el estado de deudas se deberá emitir en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de Secretario, con el visto bueno del Presidente, si bien dicho plazo ha sido considerado por la doctrina (92) insuficiente, máxime si la enajenación tiene lugar en ciertas épocas del año, como la estival, en que puede resultar difícil localizar al Presidente o al Secretario y aunque aquél aun podría ser sustituido por el Vicepresidente, la sustitución del Secretario resultará más difícil.

Por lo demás, el Secretario y el Presidente de la comunidad responderán del retraso en la emisión de la certificación y de los datos consignados en la misma en caso de culpa o negligencia, pudiendo considerarse incursos en dichas conductas cuando hayan actuado sin la diligencia debida y, *a fortiori*, cuando a sabiendas hayan efectuado una declaración errónea. No obstante, y sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos, la Comunidad de propietarios

(90) Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «La obligación de contribuir a los gastos generales en caso de enajenación del piso o local, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», *op. cit.*, págs. 22 y 28. Este autor estima que, a lo sumo, debe reconocerse un interés legítimo en el heredero para exigir la emisión de la certificación de gastos a los efectos de poder ejercer los derechos a deliberar y a aceptar la herencia a beneficio de inventario (art. 1.010 del Código Civil).

(91) Sobre el dilema doctrinal existente en relación a este particular: cfr. VENTOSO ESCRIBANO, A., «La omisión del certificado sobre el estado de deudas con la comunidad no impide la inscripción de la escritura de transmisión en el Registro de la Propiedad», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 207-B, octubre de 2000, págs. 15 y sigs. Este autor defiende con sólidos argumentos que la omisión de la inscripción no impide la inscripción en el Registro de la Propiedad, si bien, como el propio autor reconoce, sobre esta materia no existe unanimidad doctrinal. En contra: GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «La obligación de contribuir a los gastos generales en caso de enajenación del piso o local tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», *op. cit.*, pág. 27.

(92) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», *op. cit.*, pág. 136.

no puede ir en contra de sus propios actos, por lo que en modo alguno podrá reclamar al adquirente una deuda que no constaba en dicha certificación.

En el caso de que dicha certificación no se haya emitido, si con posterioridad a la enajenación resulta que existen cuotas impagadas o éstas son mayores que las conocidas por el adquirente, procede preguntarse si el transmitente a título oneroso responderá frente al comprador, ya que dicha previsión legal no se encuentra actualmente contemplada por la LPH, a diferencia de lo que ocurría en el párrafo tercero del apartado 5 del artículo 9 en su redacción anterior a la reforma acaecida por Ley de 6 de abril de 1999, en la que se contemplaba: «el transmitente a título oneroso quedará sujeto a la obligación legal de saneamiento o por la carga aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local».

La verdad es que no alcanzamos a comprender la causa de dicha omisión legal, si bien lo más lógico es entender que haya sido un mero olvido del legislador, pues, por razones de justicia, lo más coherente es que el vendedor del inmueble quede sujeto a la obligación legal de saneamiento, aunque en principio dicha circunstancia no podrá considerarse causa de rescisión del negocio jurídico, dada la escasa entidad que suelen tener estas deudas en relación al valor del inmueble, por lo que la obligación de saneamiento quedará limitada a la indemnización de daños y perjuicios (93).

En todo caso, la expedición de la certificación del estado de deudas supone una garantía para el adquirente del inmueble, por lo que no resulta aconsejable que éste renuncie a la misma, máxime teniendo en cuenta que si existen deudas la Comunidad de propietarios podrá dirigirse contra él para hacer valer la afección real que pesa sobre el inmueble, a menos que considere suficiente dirigir la petición del juicio monitorio únicamente contra el anterior propietario por estimar que posee suficientes bienes objeto de embargo para cubrir el importe del débito.

De todos modos, aunque el adquirente responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad por el anterior propietario con el límite de las cuotas correspondientes a la anualidad en que tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior, dicha afirmación debe ser atemperada, pues puede ocurrir que al estipular el negocio de compraventa del piso o local las partes hayan pactado que el comprador se haría cargo de todas las deudas pendientes por gastos comunitarios. En dicho caso procede

(93) Cfr. FUENTES LOJO, J. M., «La Ley de Propiedad Horizontal tras la reforma de 6 de abril de 1999», *op. cit.*, págs. 321 y 322.

En contra: SAMANES ARA, C., «La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Reclamación judicial del pago de gastos de comunidad», en *Revista Jurídica Sepín. Monográfico: El proceso de reclamación a morosos en la LPH*, octubre de 1999, núm. 196-B, pág. 30. Esta autora estima que el nuevo titular no tiene acción de resarcimiento frente al que lo era al tiempo de originarse el gasto, opinión que no compartimos.

preguntarse si el anterior propietario —es decir, el que haya vendido el inmueble dejando deudas— podrá alegar falta de legitimación pasiva en el caso de que la Comunidad de propietarios se dirija judicialmente contra él.

La verdad es que aunque la respuesta a esta cuestión no resulta pacífica (94), estimamos que en modo alguno dicha oposición podrá prosperar cuando el pacto por el que el comprador se haya hecho cargo de las deudas pendientes se haya realizado sin intervención de la Comunidad de propietarios, ya que en dicho caso el acuerdo sólo tendrá eficacia *inter partes*, pues sin el consentimiento del acreedor no se puede considerar que estemos ante una asunción de deuda (art. 1.205 del Código Civil) y, por lo tanto, no se extinguirá la deuda del anterior propietario (95).

4. REQUERIMIENTO DE PAGO

En la providencia, admitiendo la petición, se acuerda requerir de pago al deudor por veinte días, si bien este plazo pudiera considerarse excesivo (96), máxime teniendo en cuenta el especial protagonismo que juega el principio de celeridad en este procedimiento, por lo que a nuestro juicio dicho plazo bien podría reducirse a la mitad, concediendo al deudor diez días al igual que en otros procedimientos como el cambiario.

La diligencia de requerimiento de pago supone una admonición al deudor, de ahí que se haya estimado que el juicio monitorio bien podría denominarse de admonición, admonitivo o conminatorio (97).

Por lo demás, algún autor (98) ha considerado que en vez de «requerimiento de pago» la ley debería emplear propiamente la expresión «mandato de pago», aunque bien es cierto que no es el pago la única opción que posee el deudor que, en su caso, puede comparecer para oponerse, por lo que dicha diligencia también reviste los caracteres de un emplazamiento.

El requerimiento deberá practicarse en el domicilio previamente designado por el deudor para las notificaciones y citaciones relacionadas con los asuntos de la Comunidad de propietarios y, en defecto de dicha designación,

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

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

(96) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», *op. cit.*, pág. 321.

(97) Cfr. MONTÓN REDONDO, A., «Los procedimientos especiales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Especial consideración del procedimiento monitorio», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, VI-2000, Ley de Enjuiciamiento Civil II, Madrid, 2000, pág. 78.

(98) Cfr. CORREA DELCASSO, J. P., «El proceso monitorio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. 2, 1998, pág. 1902.

se intentará la comunicación en el propio inmueble y, si tampoco pudiera hacerse efectivo de este modo, se procederá a la comunicación edictal, siendo éste el único supuesto en que se admite el requerimiento por medio de edictos en un proceso monitorio (99), lo cual encuentra su explicación en la solemnidad del documento por el que se inicia el procedimiento, ya que el deudor debe haber sido convocado a la Junta de Propietarios en que se aprobó el acuerdo liquidatorio y, además, éste le debió haber sido notificado (100).

Asimismo, procede reseñar que de la literalidad del párrafo segundo del artículo 815 de la LEC pudiera deducirse que en caso de no ser hallado el deudor en el domicilio designado ni en el piso o local perteneciente a la comunidad se deberá proceder directamente al requerimiento por edictos; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (101) obliga a realizar una interpretación a la luz de los principios constitucionales, por lo que, salvo que el deudor figure inscrito en el Registro Central de Rebeldes Civiles, consideramos procedente la práctica de las investigaciones oportunas para averiguar su domicilio o residencia antes de acudir a la vía edictal, agotando las posibilidades de investigación que brinda el artículo 156 de la LEC (102), pues aunque somos conscientes de que dichos trámites pueden afectar al principio de celeridad que informa el juicio monitorio, en modo alguno dicho

(99) La comunicación edictal en el proceso monitorio, salvo para el cobro de obligaciones de las Comunidades de propietarios, es inadmisibile, ya que dicha interpretación se desprende de los trabajos parlamentarios de la LEC y de su interpretación a la luz de la doctrina del TC (cfr. PICÓ I JUNOY, J., «Requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (especial atención al proceso monitorio)», en *RJC*, T. 3, 2000, págs. 734 y sigs. BAYO DELGADO, J., «De los procesos especiales», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 700.

(100) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «El juicio monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, un cambio cultural», *op. cit.*, pág. 71, y en «Comentario al artículo 815», *Comentarios a la LEC*, *op. cit.*, pág. 3839.

(101) La oficina judicial ha de agotar las gestiones de averiguación del paradero de los destinatarios de las comunicaciones por los medios normales a su alcance, de manera que antes de acudir a la publicación de edictos es inexcusable agotar las demás modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente comunicación y que, por ende, garantizan en mayor medida el derecho de defensa en el proceso, pues aun sin negar validez constitucional a la forma de comunicación y emplazamiento por edictos, la doctrina del TC ha sido particularmente estricta con el recurso a la misma, dados sus límites consustanciales para alcanzar el efectivo conocimiento del destinatario (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; 181/2003, de 20 de octubre).

(102) En este sentido también se pronuncia: cfr. HERRERO DE EGAÑA y OCTAVIO DE TOLEDO, F., «El proceso monitorio», en *Los procesos especiales*. Escuela Judicial. Estudios de Derecho Judicial, 30, Madrid, 2000, págs. 144 y 145.

En contra: VICENTE DÍAZ, M., «Los procesos especiales. Especial consideración del proceso monitorio», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, VI-2000, Ley de Enjuiciamiento Civil, II, Madrid, 2000, pág. 133. Esta autora estima que no procede en estos casos la averiguación del domicilio del deudor.

principio debe solapar el derecho de tutela judicial efectiva que ostenta un carácter soberano en el ámbito jurídico.

En lo que respecta a la forma de practicar el requerimiento por vía edictal, existe una discordancia entre el artículo 815.2 de la LEC y el artículo 9.1.h) de la LPH, ya que este último establece que la comunicación se colocará en el tablón de anuncios de la comunidad o en un lugar visible de uso general habilitado al efecto, mientras que el artículo 815.2 de la LEC, remitiendo al 164, da a entender que la comunicación edictal se realizará en el tablón de anuncios del Juzgado o, incluso, si lo solicita la otra parte, en un Boletín Oficial o en un diario de difusión nacional o provincial. De todos modos, a nuestro juicio, la discordancia entre dichos preceptos es más aparente que real, pues a pesar de que algunos autores consideran oportuno que la comunicación edictal del Juzgado se exponga en el tablón de la comunidad *ex* artículo 9.1.h) de la LPH (103), en nuestra opinión este precepto tan sólo es aplicable para las comunicaciones que practique la Comunidad de propietarios, pero no para las que realice el Juzgado, ya que los actos de comunicación practicados por los órganos judiciales se han de practicar conforme a lo previsto en la normativa que les es aplicable, en este caso el 164 de la LEC, al que a su vez remite el artículo 815.2 de la referida ley procesal (104).

En todo caso, el órgano judicial ha de tener un cuidadoso esmero en la forma de practicar el requerimiento, ya que las consecuencias que se siguen de la desatención del mismo son de especial gravedad, pues el silencio del deudor propiciará que se despache ejecución contra él, por lo que si su pasividad se ha debido al desconocimiento del requerimiento de pago, se le puede ocasionar una auténtica situación de indefensión, a la que la ley no da un remedio específico en sede de juicio monitorio, por lo que habrá que acudir a la normativa general. Así, en principio, cabría pensar en la posibilidad de acudir al régimen jurídico previsto para la audiencia del rebelde, si bien no parece que este cauce procesal se ajuste propiamente al caso que nos ocupa, pues en el juicio monitorio la incomparecencia del deudor no ocasiona su declaración de rebeldía ni tampoco existe sentencia alguna que rescindir; por ello, pudiera resultar más oportuno plantear un incidente de nulidad de actuaciones fundado en defectos de forma que han causado indefensión (105),

(103) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», *op. cit.*, pág. 322. LUCES GIL, F., «El nuevo proceso monitorio de la Ley de Propiedad Horizontal, de reclamación de deudas a morosos», *op. cit.*, pág. 18.

En contra: cfr. GIMENO SENDRA, V., «Derecho Procesal Civil. Parte especial», *op. cit.*, pág. 341.

(104) Cfr. Auto de la A. P. de Málaga, Sección 6.ª, de 11 de abril de 2002.

(105) En este sentido se pronuncia: MONTÓN REDONDO, A., «La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia. Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por Ley 8/1999, de 6 de abril», *op. cit.*, pág. 822.

si bien estimamos que el deudor también se podría oponer al despacho de ejecución alegando la infracción de normas legales (art. 562), en concreto las que regulan la práctica de los actos de comunicación judicial, ya que a causa de irregularidades en el requerimiento de pago se está procediendo contra él ejecutivamente.

5. PAGO O CONSIGNACIÓN DE LA CANTIDAD RECLAMADA

Si el deudor procede al pago de la cantidad reclamada, la actuación del órgano judicial no habrá sido propiamente jurisdiccional, pues se habrá limitado a ser un mero instrumento de coacción, por lo que algún autor (106) ha llegado a asimilar este supuesto con un expediente de jurisdicción voluntaria, aunque por nuestra parte no compartimos esta tesis, ya que en los expedientes de jurisdicción voluntaria no está empeñada ni se promueve cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, requisito que no concurre en el caso que nos ocupa.

Si el deudor atiende el requerimiento, el artículo 817 de la LEC establece que se le hará *entrega del justificante de pago* y que *se archivarán las actuaciones*, si bien la redacción de dicho precepto adolece de cierta imprecisión que estimamos debería ser objeto de matización por parte del legislador.

Así, por un lado, y en lo que respecta a *la entrega por el Juzgado del justificante de pago*, sin perjuicio de no alcanzarse a comprender qué justificante pretende el legislador que el órgano judicial entregue al deudor, el artículo 817 obvia la posibilidad de que el deudor pague al acreedor extrajudicialmente, ya que en dicho caso se invertirán los términos legales, pues no será el Juzgado el que deberá entregar al deudor acreditación del pago sino viceversa, pudiendo resultar conveniente conferir traslado al acreedor del justificante aportado por el deudor con objeto de que muestre su asentimiento, aunque también es posible que sea éste el que participe al Juzgado que el deudor le ha abonado la cantidad reclamada.

En parecidos términos: SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «El proceso monitorio», en *La LEC XX comentada. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, op. cit.*, pág. 1645. No obstante, este autor también considera apropiado acudir al cauce previsto para la rescisión de sentencias firmes, es decir, la rescisión de sentencias a instancia del rebelde, la revisión de sentencias firmes o incluso al propio recurso de amparo. De todos modos, en nuestra opinión, el primer cauce propuesto por este autor es de dudosa aplicación en el presente supuesto, pues ni el deudor ha sido declarado en rebeldía ni se habrá dictado una sentencia firme, por lo que resultará más oportuno acudir al incidente de nulidad de actuaciones y, en último extremo, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

(106) Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». T. V. *Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades*. Coordinadores: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Colex Práctica Jurídica*, Tecnos, 2000, pág. 60, y en *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2.^a ed., Ed. Colez, Madrid, 2000, pág. 116.

Por otro lado, el artículo 517 de la LEC establece que verificado el pago *se archivarán las actuaciones*, por lo que el legislador parece olvidar que éstas podrán proseguir para la aprobación y exacción de las costas causadas, máxime teniendo en cuenta que en el juicio monitorio del artículo 21 de la LPH, aun cuando no son preceptivos los servicios profesionales de Abogado y Procurador, los honorarios y derechos que éstos devenguen serán de cuenta del deudor aunque éste atienda el requerimiento de pago, lo que está en consonancia con lo previsto en el artículo 583 de la LEC que, en sede de ejecución dineraria, establece que serán a cargo del deudor todas las costas causadas aunque atienda el requerimiento (107). La verdad es que en aras de evitar abusos, debería ser condenado en costas el deudor aun cuando pagara después de presentada la petición pero antes de ser requerido judicialmente de pago, y ello por el mero hecho de haber forzado con su actitud morosa a la Comunidad de propietarios a acudir a la vía judicial para reclamar la deuda (SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 28 de noviembre de 2001).

Finalmente, conviene reseñar que resultaría deseable que la LEC hiciera referencia al *pago parcial* del deudor, en cuyo caso se debería dictar auto despachando ejecución por la diferencia y, asimismo, también debería contemplar la posibilidad de que el deudor *consignara* la cantidad reclamada, en cuyo caso los efectos serían los mismos que si pagara. De todos modos, *de lege data* y a pesar del silencio de la Ley, la doctrina (108) acepta dichas conductas y en la práctica forense también se vienen admitiendo.

(107) En contra: cfr. HERRERO DE EGANA y OCTAVIO DE TOLEDO, F., «El proceso monitorio», en *Los procesos especiales*, *op. cit.*, pág. 146. Este autor considera que si el deudor atiende el requerimiento no procederá la condena en costas, opinión que basa en que el legislador suprimió en el texto definitivo de la LEC la referencia a las costas que se contenía en el Anteproyecto.

En el mismo sentido se pronuncia: VICENTE DÍAZ, M., «Los procesos especiales. Especial consideración del proceso monitorio», *op. cit.*, pág. 134.

De todos modos, esta tesis resulta minoritaria, siendo la opinión dominante entre la doctrina que aunque el deudor pague en el plazo del requerimiento de pago debe cargar con las costas que, en su caso, se hayan devengado (cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., «El proceso monitorio del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal innovado por Ley 49/1960, de 21 de julio», en *Revista Jurídica Sepín*, junio de 1999, *op. cit.*, pág. 12, y en *Revista Jurídica Sepín*, octubre de 1999, *op. cit.*, pág. 12. SEOANE PRADO, J., «La nueva Ley de Propiedad Horizontal. El nuevo juicio de reclamación a morosos», *op. cit.*, pág. 26. LUCES GIL, F., «El nuevo proceso monitorio de la Ley de Propiedad Horizontal, de reclamación de deudas a morosos», *op. cit.*, pág. 18. LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», *op. cit.*, pág. 324. MARINA REIG, J., «Comentario a la Disposición Final 1.ª», en *LEC XX comentada. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, *op. cit.*, pág. 1748).

(108) Cfr. DE LA LLANA VICENTE, M., «El proceso monitorio, su regulación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (II)», *op. cit.*, pág. 5.

SEOANE CACHARRÓN, J., «El proceso monitorio. Examen crítico de su regulación en el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997», *op. cit.*, pág. 63.

6. INCOMPARECENCIA DEL DEUDOR

Si dentro del plazo de requerimiento, el deudor no paga ni tampoco se opone, la ley no prescribe la necesidad de declararlo en rebeldía, si bien se despachará ejecución contra él por la cantidad adeudada por gastos comunitarios a los que se añadirán los gastos de requerimiento previo de pago —siempre que estén documentados— más los intereses y las costas presupuestadas, aunque en ningún caso podrán cargarse los honorarios de profesionales que hayan asesorado a la Comunidad de propietarios previamente a la interposición del proceso judicial (109).

Desde que se dicte auto despachando ejecución, la deuda devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

La ejecución se despachará por medio de auto motivado (110) que, según se deduce del artículo 816 de la LEC, se dictará de oficio, lo que se contrapone con lo dispuesto en otros ordenamientos europeos y con lo previsto con carácter general en la LEC, constituyendo una excepción a lo dispuesto en el artículo 549 de la LEC que establece que *sólo se despachará ejecución a petición de parte en forma de demanda*. De todos modos, cabría cuestionarse si no sería conveniente que el auto despachando ejecución se dictara a instancia de parte —aunque por las características especiales de este procedimiento no se exigiera demanda— pues así se evitaría despachar ejecución en aquellas situaciones en que habiendo pagado el deudor, no lo hubiera acreditado ante el Juzgado (111).

El auto despachando ejecución es un verdadero título equiparable a una sentencia de condena, pues a pesar de las estrictas formalidades que debe revestir la certificación de la deuda presentada por la Comunidad de propietarios, en modo alguno dicho documento alcanza la categoría de título ejecutivo.

ILLESCAS RUS, A.V., «Notas sobre los “procesos monitorio y cambiario” en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 2022.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «El proceso monitorio», en *La LEC XX comentada. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, *op. cit.*, pág. 1643.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario al artículo 817», en *Comentarios a la LEC*, *op. cit.*, pág. 3844.

(109) SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 6 de julio de 2001.

(110) Cfr. CHAMORRO POSADA, M., «El llamado proceso monitorio y los créditos mercantiles instrumentados en cuenta corriente», en *Diario La Ley*, núm. 5133, 5 de septiembre de 2000, pág. 6. Para este autor la motivación del auto «no debe quedar reducida a la afirmación de la notificación y el silencio, sino que debe ser expresivo de todos y cada uno de los documentos aportados tenidos por bastantes a los efectos de acreditar en principio (y, lamentablemente, al mismo tiempo “en final”) ante el juez la existencia de la deuda».

(111) Cfr. DE LA LLANA VICENTE, M., «El proceso monitorio, su regulación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (II)», *op. cit.*, págs. 4 y 5.

Por lo demás, dictado el auto despachando ejecución, la ley prescribe la imposibilidad de que *el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado pretendan ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere*, por lo que, aunque con un circunloquio un tanto farragoso, el legislador parece dar a entender que el auto despachando ejecución tiene los efectos propios de la cosa juzgada material, si bien no se atreve a declararlo expresamente, posiblemente llevado por el respeto que merece el tenor literal del artículo 222 de la LEC, el cual limita a las sentencias el valor y efecto de cosa juzgada (112).

Asimismo, ni el artículo 816 de la LEC ni el artículo 21 de la LPH aclaran si la resolución despachando ejecución en el juicio monitorio es recurrible, omisión que resulta reprochable, pues del silencio de la Ley podría deducirse su recurribilidad, lo que no resulta muy conveniente, ya que de ser así se pondría a disposición del deudor un doble cauce de oposición (113), por lo que lo más oportuno es acudir a lo que establece para los procesos de ejecución el artículo 551 de la LEC, que predica la irrecurribilidad del auto despachando ejecución, norma general que tan sólo deberá exceptuarse en los casos en que la incomparecencia del deudor se deba a un requerimiento defectuoso del mismo (114).

De todos modos, a pesar de que contra el auto despachando ejecución no cabe recurso alguno, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución conforme a lo previsto en los procesos de ejecución de sentencias (arts. 556 y sigs. de la LEC) (115), siempre que el motivo alegado se base en hechos ocurridos después de ser requerido de pago, pues si dichas causas de oposición hubieran existido en el momento del requerimiento, las tendría que haber alegado en el plazo de veinte días concedido al efecto. Por consiguiente, si el deudor pretende oponerse alegando, por ejemplo, el pago de la deuda, el mismo no ha debido producirse antes del plazo del requerimiento judicial de pago ni tampoco después del auto despachando ejecución; pues, en el primer caso,

(112) Cfr. HERRERO DE EGANA y OCTAVIO DE TOLEDO, F., «El proceso monitorio», en *Los procesos especiales*, op. cit., págs. 148 y 149.

(113) Cfr. ILLESCAS RUS, A.V., «Notas sobre los “procesos monitorio y cambiario” en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. 2. 1998, pág. 2021.

(114) Cfr. CORREA DELCASSO, J. P., «Presente y futuro de la reclamación de deudas comunitarias: propuesta de solución a las reivindicaciones de los administradores de fincas», op. cit., pág. 183, y en «El proceso monitorio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», op. cit., págs. 1903 y 1904. Para este autor, Alemania es el país que mejor regula un recurso extraordinario en estos supuestos, equiparando el mandato de pago devenido título ejecutivo en sus efectos a una sentencia dictada en rebeldía, contra la cual cabe formular recurso de audiencia al rebelde (Einspruch).

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

lo tendría que haber alegado como causa de oposición al juicio monitorio dentro de los veinte días del requerimiento y, en el segundo caso, el pago no constituirá una causa de oposición sino una manera de finalizar la ejecución (art. 570 de la LEC), por lo que para que pueda ser apreciado dicho motivo como una causa de oposición a la ejecución, el mismo ha tenido que producirse con posterioridad al requerimiento de pago pero antes de dictarse el auto despachando ejecución.

La LEC no dice si el deudor deberá servirse de Abogado y de Procurador para oponerse a la ejecución, *ex* artículos 556 y siguientes de la LEC, pues el artículo 539 se limita a prever la necesidad de que el acreedor se sirva de dichos profesionales para seguir la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 900 euros. De todos modos, por analogía con lo dispuesto en este precepto y en pro del principio de igualdad, estimamos necesario que dichos profesionales firmen el escrito de oposición a la ejecución si la cuantía del proceso excede de 900 euros, máxime teniendo en cuenta que el artículo 818.1 establece la preceptividad de que el deudor se sirva de Abogado y de Procurador cuando pretenda oponerse al juicio monitorio dentro del plazo de veinte días del requerimiento, siempre que la cuantía del proceso exceda de la citada cantidad de 900 euros. Por consiguiente, estimamos que el deudor necesitará Abogado y Procurador, tanto si presenta escrito de oposición en el plazo del requerimiento de pago como si se opone una vez dictado el auto despachando ejecución siempre que en ambos casos la cuantía del proceso exceda de 900 euros.

7. COMPARECENCIA DEL DEUDOR SIN OPOSICIÓN NI PAGO

En el caso remoto de que el deudor, dentro del plazo de veinte días del requerimiento de pago, compareciera sin intención de oponerse ni de pagar, su actitud podría asimilarse a un allanamiento, sin que ello le exima de ser condenado en costas, pues no tiene sentido alguno que si paga dentro del requerimiento cargue con las costas y que, por el contrario, se le releve de las mismas si comparece pero no paga. En todo caso, si el deudor se limita a comparecer ante el Juzgado sin oponerse ni pagar se procederá a despachar ejecución frente a él con las mismas consecuencias que hemos establecido en apartado anterior.

8. OPOSICIÓN DEL DEUDOR

Si el deudor presenta escrito de oposición, el asunto se resolverá definitivamente en el juicio correspondiente, produciéndose la denominada por CALAMANDREI, «inversión de la iniciativa del contradictorio» (116).

En principio, procede diferenciar la oposición sustanciada dentro del plazo del requerimiento de pago —a la que nos referimos en este epígrafe— de la que se puede alegar una vez despachada ejecución, ya que mientras que en ésta tan sólo se pueden hacer valer los motivos de oposición a la ejecución de sentencias contemplados en los artículos 556 y siguientes de la LEC, en la oposición esgrimida dentro del plazo de veinte días del requerimiento de pago, la doctrina (117) defiende que el deudor podrá invocar cualesquiera causas oponibles, tanto de forma como de fondo, pues la ley no establece coto alguno al respecto, por lo que podrá alegar la falta de cualesquiera requisitos procesales, la defectuosa notificación del acuerdo liquidatorio de la Junta, la concurrencia de algún hecho total o parcialmente modificativo concerniente tanto al documento presentado como a la propia obligación, la prescripción de la deuda por el transcurso de quince años, la pluspetición (que equivaldrá a un allanamiento respecto de la cantidad reconocida), la compensación del débito si el mismo cumple los requisitos del artículo 1.196 del Código Civil, etc.

El adquirente de la vivienda o local contra el que se haya dirigido la petición del juicio monitorio por deudas del anterior propietario a fin de hacer efectiva la afectación real que recae sobre el inmueble (118), se encontrará en una situación muy similar al fiador solidario, por lo que podrá oponer todas las excepciones que competan al anterior propietario y sean inherentes a la deuda, aunque no las puramente personales de éste (art. 1.853 del Código

(116) Cfr. CALAMANDREI, P., «El procedimiento monitorio», *op. cit.*, pág. 25.

(117) Cfr. SEOANE CACHARRÓN, J., «El proceso monitorio. Examen crítico de su regulación en el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997», *op. cit.*, pág. 63. DE LA LLANA VICENTE, M., «El proceso monitorio, su regulación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (II)», *op. cit.*, pág. 5. SAMANES ARA, C., «La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Reclamación judicial del pago de gastos de comunidad», *op. cit.*, pág. 35. ILLESCAS RUS, A. V., «Notas sobre los “procesos monitorio y cambiario” en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 2022.

(118) En virtud de lo previsto en el párrafo tercero de la letra e) del artículo 9.1 de la LPH: «El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la Comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará afecto al cumplimiento de esta obligación».

Civil), pudiendo alegar pluspetición, extinción de la obligación por pago, inexistencia de la deuda, prescripción, etc. (119).

A partir de la oposición del deudor, el procedimiento no termina sino que se transforma, continuando como un juicio ordinario o verbal según su cuantía exceda o no de 3.000 euros, lo que supone una *doble vía procedimental* cuya razón de ser ha sido cuestionada por algún autor (120).

Por nuestra parte, no compartimos dicha opinión doctrinal, ya que en tanto que la oposición del deudor supone el fracaso del juicio monitorio al no obtener el mismo el resultado esperado de crear un título ejecutivo, no resulta desafortunado que la oposición se tramite por el procedimiento correspondiente en virtud de la cuantía, pues este mismo procedimiento se debería haber iniciado si el acreedor no hubiera acudido previamente al juicio monitorio, por lo que si la oposición siempre fuera tramitada como un juicio verbal, se podría dar el caso de que se entablaran juicios monitorios, aun a sabiendas de su futuro fracaso, con el único objeto de burlar las previsiones del artículo 249.2 de la LEC, en aras de reclamar una deuda superior a 3.000 euros por un juicio más sencillo y rápido que el ordinario.

De todos modos, la LEC no sólo establece una doble vía procedimental para sustanciar la oposición, sino que además prevé una diferencia sustancial entre ellas, pues únicamente cuando el importe de la reclamación exceda de 3.000 euros recae sobre el actor la carga de interponer demanda en el plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, sobreseyéndose en otro caso las actuaciones con condena en costas al acreedor. Por el contrario, cuando la cuantía de la reclamación no supere dicho importe, el propio Juzgado procederá de inmediato a convocar una vista de juicio verbal, habiendo sido deseable que el artículo 818 de la LEC, al igual que el 440, estableciera expresamente para dicha convocatoria un plazo mínimo de diez días y máximo de veinte desde la citación, si bien huelga decir que para algunos Juzgados, especialmente cargados de trabajo, dichos plazos son una mera utopía, por lo que de poco sirve que las leyes establezcan plazos cortos en pro de agilizar los procedimientos si no se adoptan paralelamente otras medidas que permitan desatascar el calendario de señalamientos.

(119) Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., «La obligación de contribuir a los gastos generales en caso de enajenación del piso o local, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril», *op. cit.*, págs. 17, 18 y 20. Este autor asimila la posición que ostenta el adquirente de la vivienda cuando se le reclaman deudas del anterior propietario con el tercer poseedor de una finca hipotecada o con el fiador solidario, por lo que considera de aplicación analógica las normas que disciplinan la fianza solidaria, sin perjuicio del derecho de reembolso y de *in rem verso* que el artículo 1158.2 y 3 del Código Civil reconoce al tercero que paga la deuda ajena.

(120) Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», T. V., en *Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades*, *op. cit.*, pág. 61.

Por lo demás, procede preguntarse *si el juicio declarativo posterior se hallará claramente mediatizado por el juicio monitorio*, es decir, si las partes se encontrarán vinculadas por su escrito de petición y de oposición respectivamente.

La verdad es que aunque parte de la doctrina (121) da una respuesta negativa defendiendo que ni el acreedor está sujeto a su petición ni el deudor a su escrito de oposición, entendemos que dicha opinión no resulta acertada cuando el juicio posterior ha de sustanciarse por los trámites del verbal, pues en éste no hay un emplazamiento para plantear el escrito de demanda sino que se cita a las partes directamente a la vista, resultando inconcebible que en la misma la parte actora pretenda plantear una nueva demanda —aunque sea oralmente— que se separe de su escrito de petición, pues esto supondría una *mutatio libelli*, que podría causar indefensión a la parte demandada que hasta ese momento ningún conocimiento había tenido de esas nuevas alegaciones, por lo que le resultará difícil improvisar su contraataque ante los nuevos hechos o documentos aportados. En contrapartida, a nuestro juicio el deudor también se encontrará sujeto a los motivos de oposición que anunció en su día y tampoco podrá en la vista del juicio verbal alegar otros nuevos, ya que la parte actora podría verse privada de la posibilidad de contrarrestarlos al serle desconocidos hasta ese momento y no haber acudido con las pruebas procedentes para desvirtuarlos (122).

Asimismo, resulta cuestionable la posibilidad de que el deudor en el juicio declarativo impugne por *vía reconvencional* el acuerdo fijando las cuotas o la liquidación de la deuda. La verdad es que lo más conveniente es que el deudor se adelante a ejercitar la acción impugnatoria antes de que se dirija contra él el juicio monitorio, ya que así podrá interesar la suspensión del acuerdo de la Junta hasta que se resuelva la impugnación planteada. No obstante, si dicha impugnación previa no se ha producido, iría contra el principio de economía procesal que se exigiera al deudor entablar un juicio ordinario para promover dicha acción, por lo que en principio cabría la posibilidad de que ejercitara la impugnación del acuerdo por vía reconvencional, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de caducidad fijado por la ley (art. 18 de la LPH) y que la oposición se tramitara por el juicio ordinario, pues no cabe olvidar el principio de reserva por razón de la materia establecido en el artículo 249.1.8 de la LEC (123).

(121) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentarios al artículo 818», en *Comentarios a la LEC, op. cit.*, págs. 3846 y 3847. HERRERO DE EGANA y OCTAVIO DE TOLEDO, F., «El proceso monitorio», en *Los procesos especiales, op. cit.*, pág. 149.

(122) SAP de Valencia, Sección 11.ª, de 9 de diciembre de 2002.

(123) Cfr. «La reconvención en la oposición del juicio monitorio de reclamación a morosos», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 240, octubre de 2003, págs. 19 a 21.

Por lo demás, una especialidad del juicio monitorio previsto en el artículo 21 de la LPH es la posibilidad de que en el caso de que el deudor se oponga, el acreedor pueda solicitar el *embargo preventivo* de bienes suficientes de aquél para cubrir la cantidad reclamada, los intereses y las costas, encontrándose vinculado el órgano judicial a la petición del acreedor al que no exigirá tan siquiera la prestación de caución, sin perjuicio de que el deudor pueda enervar el embargo prestando aval bancario.

No obstante, tampoco existe inconveniente en que se interese el embargo preventivo junto con la petición inicial del juicio monitorio, aunque en este caso serán de aplicación las reglas generales previstas para las medidas cautelares, debiendo el Juez acordar dicho embargo sólo si aprecia *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, exigiendo en todo caso al acreedor la prestación de caución (124).

El juicio declarativo se sustanciará conforme a la normativa general aplicable para el juicio verbal u ordinario, según corresponda.

En el caso de que se dicte *sentencia absolutoria*, se impondrán las costas al actor, alzándose el embargo preventivo acordado o cancelándose el aval prestado por el deudor, aunque procede preguntarse si la parte actora deberá indemnizar al demandado por los daños y perjuicios que le haya ocasionado la adopción de dicha medida, dado que no se ha exigido al acreedor la prestación de caución para responder de los mismos. A nuestro juicio no hay razón alguna para privar al deudor de dicho resarcimiento, pues no se deben conceder al acreedor más privilegios que los contenidos en el párrafo 5 del artículo 21 de la LPH, por lo que si no se le exige la prestación de caución ni la acreditación de *periculum in mora* ni de *fumus boni iuris* es por el mero hecho de facilitar la adopción de esta medida, pero no para exonerar al acreedor de resarcir los perjuicios que el embargo preventivo cause al deudor en caso de que la sentencia sea absolutoria.

Si la *estimación* fuera *parcial*, cada parte deberá soportar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, decidiéndose por el Juzgado, previa audiencia del deudor, el mantenimiento, alzamiento o modificación del embargo preventivo acordado (art. 744 de la LEC).

MONTÓN REDONDO, A., «La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia. Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por Ley 8/1999, de 6 de abril», *op. cit.*, pág. 816 y sigs.

(124) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario a la Disposición Final 1.^a», en *Comentarios a la LEC*, *op. cit.*, pág. 3962.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L., «El proceso monitorio», en *La LEC XX comentada. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*, *op. cit.*, págs. 1639 y 1670. Este autor defiende incluso la posibilidad de que el embargo preventivo se pueda interesar y acordar antes de la petición del juicio monitorio, si bien, a nuestro juicio, dicha posibilidad es difícil de imaginar en la práctica forense.

Cuando la sentencia sea *condenatoria*, transcurrido el plazo de veinte días desde su notificación (art. 548 de la LEC) sin que el condenado haya procedido a su cumplimiento voluntario, se podrá iniciar contra él un proceso de ejecución, pero, a diferencia del que se insta si el deudor no paga ni se opone, en este caso será necesario presentar demanda ejecutiva (art. 549 de la LEC).

Cuando la sentencia estime totalmente las pretensiones de la Comunidad de propietarios, el deudor será condenado en costas, incluyéndose en ellas los honorarios del Abogado y los derechos del Procurador, aun cuando su intervención no hubiera sido preceptiva por no exceder la cuantía del proceso de 900 euros. Dicha previsión normativa pretende disuadir del impago de deudas comunes a los copropietarios, haciendo en contrapartida menos onerosa para las Comunidades de propietarios la reclamación de este tipo de obligaciones (125), por lo que, a nuestro juicio, se trata de un instrumento adecuado de lucha contra la morosidad, sin perjuicio de que algún autor (126) ponga en tela de juicio la razón de dicho privilegio que puede forzar al deudor a servirse de dichos profesionales para mantener una posición de igualdad frente al actor en aras de salvaguardar su derecho de defensa. De todos modos, es preciso reseñar que no siempre la Comunidad de propietarios va a conseguir recuperar todos los honorarios causados por su defensa, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.3 de la LEC, el litigante condenado en costas sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los Abogados y demás profesionales que no estén sujetos a arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, a menos que se aprecie su temeridad (127).

Contra la sentencia que se dicte cabe *recurso de apelación*, que se preparará en el plazo de cinco días y se tramitará conforme a las reglas generales; si bien, en virtud de lo previsto en el artículo 449.4 de la LEC, rige la máxima de *solve et repete*, ya que no se admitirá al condenado dicho recurso si al prepararlo no acredita tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia, pudiendo realizarse dicha consignación mediante cualquier medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad

(125) SAP de Guadalajara, Sección Única, de 13 de diciembre de 2002.

(126) Cfr. RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Procesos arrendaticios y de propiedad horizontal», *op. cit.*, pág. 303. Este autor estima que hubiera sido deseable un sistema que garantizara los derechos procesales de acreedor y deudor en igual medida.

(127) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., «Las costas de Abogado y Procurador en el juicio monitorio de reclamación de morosos», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 221, enero de 2002, págs. 15 y sigs. Para este autor si se desestimara por completo la oposición del deudor cabría apreciar temeridad si éste hubiera desaprovechado varias oportunidades para pagar, concretamente la notificación de la deuda por parte de la Comunidad (art. 21.2 de la LPH) y el requerimiento del Juzgado (art. 815 de la LEC).

consignada, tal como un aval solidario de duración indefinida pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca (128).

El cumplimiento de esta exigencia legal constituye un requisito *sine qua non* para la admisibilidad del recurso, previéndose tan sólo la subsanación de su falta de acreditación, pero no la consignación o pago tardío, una vez transcurrido el plazo para preparar el recurso, aunque podría admitirse completar el pago o la consignación si no se produjo por la cantidad procedente a consecuencia de un error del apelante al efectuarla.

La literalidad del artículo 449.4 de la LEC suscita la cuestión de si dicho pago o consignación podría subsumirse en el artículo 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que exime al recurrente que goce de este derecho del *pago de los depósitos necesarios para interponer recursos*. La verdad es que la cuestión no es pacífica (129), aunque a nuestro juicio no resulta muy

(128) *El aval solidario de duración indefinida* constituye una garantía en virtud de la cual avalante y avalado están unidos por vínculos de solidaridad sin plazo establecido. En cuanto a las *garantías a primer requerimiento* —también llamadas a primer aviso o a primera demanda— aunque no están expresamente reguladas en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia les reconoce validez, consistiendo en un contrato de garantía personal por el que un tercero (entidad de crédito normalmente) intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la particularidad de que la obligación de pago del garante vence por la mera reclamación de pago efectuada por el acreedor —unida acaso a otros requisitos formales— sin que dicho garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal ni alegar las excepciones que éste pudiera oponer al acreedor en la relación de valuta (cfr. CARRASCO PERERA, A. F., «Garantías a primer requerimiento», en *Cuadernos de Derecho Judicial XVI. Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*. Madrid, 1995, pág. 108. ARMENTA DEU, T., *La ejecución provisional*. Colección Ley de Enjuiciamiento Civil. Coordinador: Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 120 y 121. LACABA SÁNCHEZ, V. F., «Ejecuciones de sentencias en la nueva LEC: hipotética responsabilidad del legislador», en *Diario La Ley*, núm. 5510, 26 de marzo de 2002, pág. 5). La obligación de pago de la aseguradora que ha formalizado uno de estos contratos surge de forma cuasi automática ante el simple requerimiento del asegurado, quien no precisa acompañar justificación alguna del tomador del seguro. Tampoco es necesario recabar la conformidad expresa o tácita de éste. Únicamente se permite al garante, en aras de la buena fe contractual y en evitación de cualquier enriquecimiento injusto del asegurado, acreditar que el deudor principal ha cumplido su obligación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la demostración de este particular (SSTS de 3 de mayo de 1999, 10 de noviembre de 1999, 17 de febrero de 2000, 30 de marzo de 2000, 5 de julio de 2000, 13 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2001, 29 de abril de 2002).

(129) A favor de que se exima del pago o consignación al recurrente con beneficio de asistencia jurídica gratuita: cfr. GARNICA MARTÍN, J. F., «El derecho a los recursos, presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y revisión», en *Las medidas cautelares y los recursos*. Cuadernos de Derecho Judicial X, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 378. En contra: FERNÁNDEZ ROS, J. F. y ORTIZ MARTÍNEZ, M. A., «El derecho a recurrir en casos especiales. Análisis del artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, núm. 5760, 14 de abril de 2003, pág. 10.

forzado realizar una interpretación extensiva del artículo 6.5 en aras de no causar indefensión al apelante que no disponga de suficientes medios económicos, si bien somos conscientes de que dicha exención puede ser aprovechada por algunos recurrentes para apelar con un mero espíritu dilatorio.

Por lo demás, procede reseñar que el apartado 4 del artículo 449 de la LEC ha suprimido la exigencia del antiguo apartado 12 del artículo 21 de la LPH, de abonar las cantidades que vayan venciendo durante la tramitación del recurso para que éste no quede desierto, previsión que todavía resulta aplicable en los procesos que llevan aparejado el lanzamiento.

Finalmente, resulta obligado poner de relieve que, conforme a lo previsto en el artículo 449, párrafo 4, *in fine*, la consignación de la cantidad objeto de la condena no impedirá la ejecución provisional de la sentencia impugnada, con lo que en este caso, en aras de no causar un doble perjuicio al recurrente, resulta lógico que se entregue al ejecutante la cantidad consignada, pues en otro caso se podría colocar al ejecutado en una situación de indefensión al sufrir el embargo de bienes a pesar de haber consignado el principal; si bien, en el caso de que el ejecutado haya presentado un aval no parece tan acertado proceder a su ejecución (130).

IV. CONCLUSIONES

El juicio monitorio previsto en el artículo 21 de la LPH constituye una modalidad procesal cuyo precedente inmediato se encuentra en la reforma de la LPH por Ley 8/1999, de 6 de abril, donde se estableció un cauce procesal que revestía todas las connotaciones de un procedimiento monitorio, aunque el legislador no se atrevió a denominarlo como tal hasta la promulgación de la LEC 1/2000, de 7 de enero.

Actualmente, existen en nuestro ordenamiento procesal civil dos modalidades de juicio monitorio: *el ordinario*, previsto en los artículos 812 y siguientes de la LEC, y *el privilegiado*, contemplado en el artículo 21 de la LPH, el cual merece dicho apelativo tanto *ratione materiae* como por sus singulares peculiaridades.

El juicio monitorio del artículo 21 de la LPH se presenta como instrumento procesal especialmente adecuado para este tipo de reclamaciones, pues refuerza la posición de las Comunidades en régimen de propiedad horizontal

(130) Cfr. GARNICA MARTÍN, J. F., «El derecho a los recursos, presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y revisión», *op. cit.*, págs. 379 y 380. Este autor considera que la entrega al ejecutante de la cantidad consignada se deberá producir aunque el ejecutado se oponga, pues no deja de ser un bien del ejecutado, considerando demasiado artificioso desecharlo de la ejecución provisional.

frente a los copropietarios que incumplen la obligación de satisfacer los gastos comunitarios.

No obstante, a pesar de que el legislador ha intentado presentar este procedimiento como un mecanismo procesal especialmente ágil y sencillo, la práctica forense viene demostrando que en su seno se suscitan numerosas cuestiones cuya especial complejidad justifica el contenido del presente artículo, en el que se pretenden aportar soluciones útiles y efectivas que, lejos de quedarse en meras elucubraciones científicas, sirvan para solventar problemas a los que la ley no da respuesta.

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Doctora en Derecho Procesal

La ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada. Estado de la cuestión en la normativa vigente

(Con ocasión de la STS 237/2003, de 17 de marzo)

SUMARIO: 1. LAS RELACIONES ENTRE ARRENDAMIENTO E HIPOTECA:

a) SITUACIÓN ANTERIOR A LA LAU DE 1994; b) ARRENDAMIENTO E HIPOTECA CON LA LAU DE 1994: 1. *Establecimiento de una regulación específica sobre la materia.*

2. *El arrendamiento posterior a la hipoteca.* 3. *El arrendamiento anterior a la hipoteca.*—2. INCIDENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL

ARRENDAMIENTO DEL INMUEBLE: a) LA CONSTANCIA DE LA OCUPACIÓN DEL INMUEBLE EN EL PROCEDIMIENTO; b) INTERESES PROTEGIDOS EN EL ARTÍCULO 661 LEC;

c) LOS PROBLEMAS DERIVADOS DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL SOBRE LA SUBSISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO; d) LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—

3. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN LA VENTA FORZOSA DE LA VIVIENDA ARRENDADA.

La STS 237/2003, de 17 de marzo, vuelve a tratar el problema de la ejecución hipotecaria de vivienda arrendada. Es ésta una cuestión que se ha venido planteando de modo reiterado ante los Tribunales y a la que la doctrina ha dedicado una particular atención. Asimismo, en la última década observamos, respecto de esta materia, cierta preocupación del legislador, cuyos principales exponentes son el artículo 13 de la LAU de 1994 y el artículo 661 de la LEC de 2000. Ante esta situación nos parece oportuno, a raíz de la citada sentencia, y dada la repercusión práctica, doctrinal y normativa de esta cuestión, realizar un estudio de la ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada en el momento presente, poniendo de relieve las aportaciones y defectos de la nueva regulación positiva, tanto sustantiva como procesal, frente a la problemática que se venía suscitando con la legislación anterior.

1. LAS RELACIONES ENTRE ARRENDAMIENTO E HIPOTECA

a) SITUACIÓN ANTERIOR A LA LAU DE 1994

Las relaciones entre la hipoteca y el arrendamiento han sido durante mucho tiempo, y hasta la LAU de 1994, una importante preocupación para la doctrina (1) y la jurisprudencia (2), particularmente en los casos de arrendamiento posterior a la hipoteca, por la dificultad de conciliar los intereses contrapuestos que concurren en esta materia: de un lado, la efectividad del crédito hipotecario, y de otro, la estabilidad del arrendamiento.

En principio, parecería que la solución debía ligarse a un criterio puramente cronológico, de modo que el arrendamiento anterior a la hipoteca subsistiría con la ejecución de ésta, mientras que el arrendamiento posterior se extinguiría con ella. Si bien fue éste el criterio que mantuvo inicialmente nuestro Tribunal Supremo (3), tal planteamiento cedió posteriormente en favor del mantenimiento del arrendamiento en todo caso con apoyo en el reconocimiento de la prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964, entendiendo

(1) Entre otros muchos autores, se han ocupado de esta cuestión GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo VIII, octubre-diciembre de 1955, págs. 1169 y sigs.; MORO LEDESMA, S., «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IX, 1956, págs. 1325 y sigs.; CASTRO GARCÍA, J., «Los arrendamientos y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 487, noviembre-diciembre de 1971, págs. 1461 y sigs.; AMORÓS GUARDIOLA, M., «El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 492, septiembre-octubre de 1972, págs. 1000 y sigs.; ESTRADA ALONSO, E., «La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, marzo-abril de 1989, págs. 411 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, noviembre-diciembre de 1991, págs. 2225 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario (Notas de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de enero de 1992)», en *Tapia*, enero-febrero de 1992, págs. 7 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección (A propósito de la STS 6/1992, de 13 de enero)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 225 y sigs.; PUJOL CAPILLA, P., «Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, marzo-abril de 1993, págs. 393 y sigs.; SABATER BAYLE, I., «Arrendamientos y finca hipotecada», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, marzo-abril de 1993, págs. 551 y sigs.

(2) Muestra de ello son, entre otras, las SSTs de 31-X-1986, 23-XII-1988, 17-XI-1989 y 23-II-1991.

(3) Así, por ejemplo, en las sentencias de 22-V-1963, 31-X-1986, 23-XII-1988 y 17-XI-1989.

que la sucesión aludida en el precepto alcanzaba también a los casos de ejecución judicial (4).

Tampoco faltaban en la doctrina autores (5) que, en esta misma línea, justificaban el mantenimiento del arrendamiento posterior a la hipoteca tras la enajenación forzosa. Pero frente a ellos se alzaba un importante sector doctrinal (6) que criticaba esta desorbitada protección de los arrendatarios. En líneas generales, entendían estos últimos que reconociendo la subsistencia del arrendamiento establecido sobre una finca hipotecada se abriría una clara vía al fraude de los acreedores hipotecarios, especialmente si la renta fuera muy baja. Para garantizarles el cobro de su crédito se había constituido una hipoteca sobre una finca que no se encontraba arrendada, y el establecimiento de un arrendamiento posterior que no se extinguiese con la ejecución hipotecaria provocaría un notable descenso de las posturas en la subasta, frente a las expectativas iniciales del acreedor hipotecario. Se estimaba preferible en estos casos que el arrendatario viera extinguido su derecho con la ejecución de la hipoteca, en la medida en que la necesaria inscripción de esta garantía real en el Registro de la Propiedad para su constitución la dota de una publicidad que la hace oponible frente al arrendatario. Éste pudo tener constancia de la existencia de la hipoteca cuando se estableció el arrendamiento, siendo consciente así del riesgo que asumía.

Aunque con menor repercusión, el arrendamiento anterior a la hipoteca también suscitó algunos problemas en el ámbito doctrinal. No había discusión en cuanto a la subsistencia de éste en el caso de ejecución hipotecaria de la finca, pero algunos autores (7) destacaron el perjuicio que se derivaba para el acreedor hipotecario que ignorase la existencia del arrendamiento no inscrito en el Registro de la Propiedad. Esta clandestinidad de los arrendamientos se veía favorecida además por la propia legislación hipotecaria, dados los particulares requisitos que exigía el artículo 2.5 LH para permitir la inscripción de los arrendamientos, y que han sido suprimidos con la LAU de 1994.

En la sentencia de 17 de marzo de 2003 parece adivinarse, aunque no se recoge de manera explícita, que los contratos de arrendamiento se concer-

(4) En este sentido se pronuncia con relación a arrendamientos urbanos la STS de 23-II-1991, y ya se había afirmado respecto de los arrendamientos rústicos en las SSTS de 9-VI-1990 y 6-V-1991.

(5) AMORÓS GUARDIOLA, M., *op. cit.*, págs. 1000 y sigs.; SABATER BAYLE, I., *op. cit.*, págs. 569 y sigs.

(6) GINOT LLOBATERAS, F., *op. cit.*, págs. 1209 y sigs.; MORO LEDESMA, S., *op. cit.*, págs. 1343 y sigs.; CASTRO GARCÍA, J., *op. cit.*, págs. 1468 y sigs.; ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.*, págs. 428 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, págs. 2.231 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 9; CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, págs. 239 y sigs.; PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, págs. 400 y sigs.

(7) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, págs. 2.249 y sigs.; PUJOL CAPILLA, P., *op. cit.*, págs. 397 y sigs.

taron con anterioridad a la constitución de la hipoteca sobre las viviendas. En cualquier caso, esta circunstancia no reviste interés en el caso concreto porque la problemática no se suscita en orden a la subsistencia de los arrendamientos tras la ejecución hipotecaria. Sin embargo, de lo que sí se hace eco la sentencia (Fundamento de Derecho cuarto) es del inferior precio de remate que se obtiene en la subasta cuando los licitadores tienen conocimiento del arrendamiento del inmueble que se ejecuta. Y aunque no se realiza pronunciamiento judicial alguno sobre un posible fraude de la entidad deudora, lo que por otra parte produciría una incongruencia *extrapeta* de la sentencia, no podemos dejar de apuntar nuestra extrañeza por el hecho de que quien incumple la obligación de devolver un préstamo garantizado con hipoteca tenga recursos suficientes para adquirir como cesionaria de los derechos de los mejores postores en las subastas las viviendas ejecutadas. Casi sin lugar a dudas nos atrevemos a afirmar que algún oscuro fin se persigue, vinculado tal vez a la frustración de los intereses del acreedor hipotecario cuando obtiene un precio de remate inferior al esperado por el freno que supone para los licitadores al realizar las pujas la existencia de contratos de arrendamiento sobre viviendas que quizá el prestamista ignoró. Tales prácticas fraudulentas acaso pudieran ser superadas, como veremos detenidamente al analizar los términos de la normativa vigente, restringiendo la subsistencia de los arrendamientos cuando tenga lugar la ejecución hipotecaria.

b) ARRENDAMIENTO E HIPOTECA CON LA LAU DE 1994

1. *Establecimiento de una regulación específica sobre la materia*

La situación ha cambiado con la LAU de 1994, al ofrecer su artículo 13 una respuesta específica para esta cuestión, atendiendo a las diferentes circunstancias que pueden concurrir en las relaciones entre arrendamiento e hipoteca. Con carácter previo al análisis del régimen establecido en la norma, nos parece conveniente resaltar que según se haga prevalecer una figura jurídica u otra, se derivarán consecuencias distintas. Así podemos decir que de reconocerse la subsistencia del arrendamiento pese a la ejecución hipotecaria, se estaría dando un trato preferente a la estabilidad de la vivienda frente a la eficacia del crédito hipotecario, perjudicando con ello a las entidades financieras, principales prestatarias del mismo. Esto contribuiría a acentuar la dificultad de los particulares para acceder a la propiedad de las viviendas. Y optando por la extinción del contrato se fortalecería la seguridad que otorga la hipoteca al acreedor. No teniendo que soportar el adjudicatario el arrendamiento posterior, parece en principio que las posturas de los licitadores no se

verían disminuidas respecto de las expectativas generadas al tiempo de constituirse la garantía real cuando el arrendamiento o no existía o existiendo, lo desconocía el acreedor hipotecario.

En el artículo 13 LAU de 1994 podemos anticipar ya que el legislador ha optado por una solución intermedia que no revela una clara preferencia en todo caso ni por la hipoteca ni por el arrendamiento, ya que según las circunstancias, este último se mantiene tras la ejecución hipotecaria o no.

El referido precepto no trata exclusivamente de estos supuestos, sino que aglutina bajo la rúbrica de «Resolución del derecho del arrendador», una pluralidad de situaciones en las que el arrendador pierde la titularidad del derecho que le facultaba para concertar el contrato de arrendamiento, y entre ellas se refiere a la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, estableciendo diferentes soluciones en función de las circunstancias del caso. Centrándonos en el supuesto que nos ocupa, de concurrencia de arrendamiento e hipoteca sobre una misma finca, la ley garantiza en todo caso el mantenimiento del arrendamiento durante los cinco primeros años del contrato, aunque se ejecute la hipoteca en ese período de tiempo y con independencia de si el arrendamiento era anterior o posterior a ella, sin perjuicio de la facultad de no renovación reconocida al arrendatario en el artículo 9.1 de la ley para los casos en que el contrato se hubiera establecido por tiempo inferior a cinco años.

Si el arrendamiento se hubiera pactado por tiempo superior a cinco años y la hipoteca se ejecutara transcurrido este período mínimo, para la subsistencia del primero por la duración convenida no bastará simplemente con que éste sea anterior a la hipoteca, sino que según establece el segundo párrafo del artículo 13.1 LAU, será preciso además que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a ella. En consecuencia, más allá de los primeros cinco años del contrato, en los que el arrendamiento disfruta de una especial protección, se sigue el régimen de los contratos sujetos al Código Civil, en los que, según se deriva del artículo 1.549, rige la regla general de «venta quita renta», salvo inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. De forma análoga, el artículo 13.1 LAU determina la subsistencia del arrendamiento por la duración pactada cuando se haya inscrito con anterioridad a la hipoteca. Vamos a referirnos a continuación de manera detallada a lo dispuesto en el artículo 13.1 LAU con relación tanto al arrendamiento posterior a la hipoteca como al arrendamiento anterior.

2. El arrendamiento posterior a la hipoteca

Lo primero que llama la atención en la vigente regulación de la cuestión que nos ocupa es el tratamiento que se otorga al arrendamiento posterior a la

hipoteca, tratando de conciliar los intereses en conflicto (8). En este sentido, se persigue que en cualquier caso, incluso en el arrendamiento posterior a la hipoteca, se asegure al arrendatario el derecho a permanecer en la vivienda durante un plazo mínimo de cinco años, proporcionándole así cierta estabilidad y en consonancia con la especial protección que la LAU dispensa a este sujeto durante el período de tiempo indicado.

Nos encontramos ante una opción de política legislativa que en sentido estricto no respeta los principios registrales de prioridad y oponibilidad. De acuerdo con ellos, el acreedor hipotecario habría de tener derecho a que con la ejecución de la hipoteca sólo subsistieran los gravámenes y derechos anteriores inscritos en el Registro de la Propiedad, pues al asegurar su crédito con esta garantía real confió en que la hipoteca se ejecutaría de acuerdo con lo hasta entonces publicado por el Registro. Al mismo tiempo, debemos destacar que en estas situaciones el arrendatario conocía la existencia de la hipoteca, o al menos la pudo conocer gracias a la publicidad registral, por lo que habría de serle oponible como derecho anterior inscrito, tal y como ya había mantenido con anterioridad a la LAU de 1994 una parte de la doctrina (9). Frente a esta solución, reconocer la subsistencia del arrendamiento posterior supondría contradecir estos principios, perjudicando con ello al acreedor hipotecario, al reducirse cuantitativamente las posturas de los licitadores con relación a sus expectativas (10), y favoreciendo al arrendatario, al que se asegura un tiempo mínimo de permanencia en la vivienda con independencia de que tenga lugar la ejecución hipotecaria.

El legislador se ha separado, sin embargo, de la aplicación rigurosa de los principios hipotecarios, que exigiría la extinción de todo arrendamiento posterior a la hipoteca. Más bien, ha considerado conveniente mitigar esta solución para dotar de cierta estabilidad a los arrendamientos de viviendas, protegiendo al arrendatario por un tiempo mínimo de cinco años, con lo que se favorece además el acceso a una vivienda digna que proclama el artículo 47 CE. Pero esta primacía del arrendamiento queda restringida a los primeros cinco años del contrato, con lo que se evitan en gran medida las críticas a las situaciones fraudulentas propiciadas por el régimen anterior. En este sentido,

(8) Este intento de compatibilizar los intereses del arrendatario y del acreedor hipotecario ha sido puesto de relieve ya por autores como ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 13», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir.: PANTALEÓN PRIETO, F., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 195; PAU PEDRÓN, A., *La protección del arrendamiento urbano*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 66 y sigs.

(9) Entre otros autores, compartían esta opinión CASTRO GARCÍA, J., *op. cit.*, págs. 1470 y 1471.

(10) Esta desincentivación de los postores ya había llevado hace tiempo a rechazar la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca a MORO LEDESMA, S., *op. cit.*, págs. 1343 y sigs.

la aludida limitación temporal hace que aun cuando deba soportarse el arrendamiento posterior, tampoco se genere un perjuicio grave para el acreedor hipotecario, aunque se produzca una quiebra de los principios registrales (11).

Desde otro punto de vista, compartiendo la opinión de GUILARTE GUTIÉRREZ, entendemos que con esta solución legislativa se propicia además la concertación de arrendamientos sobre el importante volumen de viviendas hipotecadas que existen en nuestro país, con consecuencias favorables para el arrendatario, que ve garantizado su derecho a permanecer en el inmueble durante al menos cinco años, y para el arrendador, que puede destinar las rentas percibidas a la amortización del crédito hipotecario (12).

No obstante, se podría objetar a la decisión de nuestro legislador que con ella ha dejado abierta la vía al fraude del arrendador, quien podría concertar un arrendamiento antes de la ejecución de la hipoteca, perjudicando con ello al acreedor hipotecario. Esta crítica merece un cierto análisis que justifique el régimen establecido en el artículo 13 LAU. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la constitución de una hipoteca no impide al propietario arrendar el inmueble, obteniendo frutos civiles a través de la renta pactada, y si su derecho de propiedad estaba limitado por la hipoteca, tal limitación habría de alcanzar también al arrendamiento (13). Por lo tanto, de producirse la ejecución hipotecaria, debería provocar la extinción del arrendamiento para salvaguardar los intereses del acreedor, pero no se puede ignorar el hecho de que el arrendatario, aun conociendo la existencia de la hipoteca, no tenía la certeza de que ésta se fuera a ejecutar ni cuándo, y que el destino que está dando al inmueble es la vivienda, lo que la hace merecedora de una particular protección. Por ello parece que la postura conciliadora de todos los intereses en juego sería mantener el arrendamiento por un período mínimo, en este caso de cinco años, permitiendo posteriormente el libre juego de los principios registrales.

Con esta solución se favorece que el deudor hipotecante haga uso de su facultad de arrendar el inmueble, lo que además facilitaría la obtención de

(11) En sentido parecido se pronuncian también MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 13», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Aranzadi, Navarra, 1995, págs. 297 y 298; GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord.: LASARTE ÁLVAREZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 332; MÉNDEZ SERRANO, M. M., *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 270 y 271.

(12) Del mismo modo se ha pronunciado GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 13», en *Arrendamientos Urbanos*, Vol. I, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 161 y 162.

(13) En este sentido se habían manifestado ya con relación a la LAU de 1964: ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.*, págs. 419 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, págs. 2235 y sigs.

ingresos para el pago de la deuda. Al mismo tiempo, se permite al arrendatario permanecer en la vivienda durante un plazo de tiempo que le proporciona cierta estabilidad. Y por lo que se refiere al acreedor hipotecario, no sufriría el grave perjuicio al que quedaba sometido con la legislación anterior, dados los limitados términos en que subsiste el arrendamiento. En definitiva, el modo de operar del artículo 13 LAU, posiblemente desincentive el fraude frente al régimen precedente (14). Y ante la posibilidad de que se aprovechara el derecho que concede el artículo 13 LAU al arrendatario para defraudar al acreedor hipotecario, estimamos que el arrendamiento podría dejarse sin efecto, como veremos posteriormente, acudiendo al juicio declarativo correspondiente.

3. *El arrendamiento anterior a la hipoteca*

Por lo que se refiere al arrendamiento establecido con anterioridad a la constitución de la hipoteca, queda sometido a un doble régimen en atención a un criterio puramente registral: únicamente si ha accedido al Registro con anterioridad a esta garantía real subsistirá tras la ejecución hipotecaria por todo el tiempo pactado; fuera de este supuesto, y al igual que se establece para el arrendamiento posterior a la hipoteca, sólo podrá mantenerse hasta el cumplimiento del plazo mínimo de cinco años si éste no hubiera transcurrido ya al tiempo de la ejecución, en cuyo caso se extinguiría el arrendamiento al ejecutarse la hipoteca.

Con esta solución se evitan los perjuicios producidos con la normativa anterior al acreedor hipotecario por la imposición al mismo de un arrendamiento anterior que no conocía (15), pero al mismo tiempo se abre la posibilidad de que el arrendatario se vea perjudicado en su derecho por actos del arrendador posteriores al arrendamiento si no lo inscribe en el Registro de la Propiedad. Para garantizarse su derecho a permanecer en la vivienda durante todo el tiempo pactado cuando sea superior a cinco años, convendrá que el arrendatario inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, inscripción que por otra parte se ha visto notablemente facilitada tras la reforma del artículo 2.5 LH operada por la LAU de 1994.

En definitiva, tras los primeros cinco años del contrato de arrendamiento, éste cede rotundamente ante la hipoteca constituida sobre la vivienda, salvo si el arrendamiento accedió con anterioridad al Registro de la Propiedad, lo que supone una clara prevalencia del crédito territorial sobre el

(14) Ésta es la opinión mantenida también por ROJO AJURIA, L., *op. cit.*, pág. 191.

(15) En este sentido se ha manifestado con relación a la LAU de 1964, PUJOL CAPI-LLA, P., *op. cit.*, págs. 397 y sigs.

arrendamiento con la salvedad de las dos excepciones apuntadas. El acreedor hipotecario queda así fuertemente protegido frente a los fraudes de la regulación anterior, ya que sólo se le impondrá el arrendamiento por un breve período de tiempo o si, por la publicidad registral, pudo conocer su existencia antes de la constitución de la hipoteca. De este modo, si al constituirse una hipoteca sobre un inmueble no constase registralmente la existencia de un arrendamiento sobre el mismo, éste no se podría oponer al acreedor hipotecario más allá del plazo mínimo de cinco años durante los cuales el legislador parece considerar que los principios registrales han de ceder ante la necesidad de una mínima estabilidad de la vivienda. Transcurrido este período de tiempo, el artículo 13 LAU parece ajustarse a la estricta aplicación de los principios de prioridad (16) y de fe pública registral (17). De acuerdo con el primero, el arrendamiento inscrito habría de respetarse por los acreedores hipotecarios que inscribieran su derecho con posterioridad a aquél, y conforme al segundo, el arrendamiento anterior no inscrito no podría oponerse en el caso de ejecución de una hipoteca posterior al mismo, por su falta de constancia registral, pero sí el que hubiera accedido al Registro antes que la hipoteca.

Pese a las aludidas ventajas de esta regulación en orden a la evitación del fraude, se suscitan también ciertas dudas en torno al mismo. Algunos de estos problemas se pueden plantear en el supuesto en que el arrendamiento anterior no esté inscrito pero sea conocido por el acreedor hipotecario. El artículo 13.1 LAU alude a que «el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad», y una aplicación estricta de la norma supondría que el arrendamiento conocido pero no inscrito no encaja dentro del supuesto de hecho del precepto, por lo que no podría subsistir tras la ejecución hipotecaria. Frente al tenor literal del artículo 13, el artículo 14 LAU, relativo a subsistencia del arrendamiento en caso de enajenación de la vivienda, se refiere a que no concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 LH. Esta redacción legal parece indicar que el arrendamiento no inscrito, pero conocido por el adquirente, se va a mantener con la enajenación por toda la duración pactada, lo que comparado con el precepto anterior ha suscitado en nuestra doctrina (18) la incertidumbre acerca de si puede extenderse esta interpretación al artículo 13.1.2.º LAU.

Nos parece difícil que así pueda admitirse, ya que nos encontramos ante dos preceptos que contemplan situaciones distintas y que presentan un claro

(16) Al que ya ha aludido MARÍN LÓPEZ, J. J., *op. cit.*, págs. 299 y 300.

(17) Como ha puesto de relieve GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, págs. 318, 346, 347 y 351; PAU PEDRÓN, A., *op. cit.*, págs. 115 y 116.

(18) Para ROJO JAURÍA, L., *op. cit.*, págs. 187 y sigs.; LEÓN-CASTRO, J. y COSSÍO, M. DE, *op. cit.*, págs. 81 y 82, debe admitirse la equiparación, pero rechaza esta tesis GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, pág. 348.

tenor literal. La enajenación voluntaria de la vivienda arrendada supone la existencia de una relación directa entre el enajenante y el transmitente que se subroga en el arrendamiento, la cual no es predicable de los supuestos de ejecución hipotecaria. Esta vinculación permite que se ponga en conocimiento del adquirente el arrendamiento no inscrito y que ambas partes convengan en respetarlo, supuesto que tiene cabida en la noción de tercero hipotecario. En la ejecución hipotecaria no existe este vínculo directo entre el inicial propietario y el posterior, por lo que la seguridad jurídica aconsejaría, ante la duda sobre el conocimiento del arrendamiento anterior y el consentimiento sobre su subsistencia por parte no sólo del acreedor hipotecario, sino también del adjudicatario, que no se imponga el referido contrato si no ha accedido al Registro de la Propiedad antes que la hipoteca. Se evitarían además con esta solución posibles fraudes. No obstante, lo que tal vez sí pudiera admitirse al constituirse la hipoteca es el pacto relativo al mantenimiento del arrendamiento anterior no inscrito, y que tal pacto se incluyese en la inscripción de la hipoteca, de modo que tanto el acreedor hipotecario como los titulares de cargas y derechos posteriores y el adjudicatario conocieran la existencia del arrendamiento anterior y se evitarían las situaciones fraudulentas. Al primero le sería oponible tal arrendamiento porque libremente habría consentido en ello, y a los demás porque aun sin estar inscrito, este arrendamiento tuvo «acceso» al Registro con anterioridad a su derecho. Pero no parece que el acreedor hipotecario vaya a estar dispuesto fácilmente a convenir en semejante sentido.

Otro extremo que merece ser destacado consiste en que el arrendamiento resultará oponible en los términos en que esté inscrito en el Registro de la Propiedad (19). En relación con esta oponibilidad hemos de destacar, como ya indicó GARCÍA GARCÍA (20) con relación a la LAU de 1964, las ventajas que ofrece la publicidad registral frente a la que se produce por la mera situación posesoria, por cuanto permite conocer en qué concepto se posee, la renta, la duración del contrato y cualquier pacto o condición establecida en el arrendamiento. Todos estos extremos deberán ser respetados por el adjudicatario de la vivienda hipotecada en la forma en que hayan sido publicados, y de existir una divergencia con la realidad prevalecerá frente a terceros el contenido del Registro. En este sentido, MARÍN LÓPEZ se muestra partidario de admitir el acceso al Registro de las prórrogas convencionales, para que le sean respetadas al arrendatario (21).

De modo similar a la problemática precedente, se suscita aquí la duda de si puede imponerse al tercero el verdadero contenido del contrato cuando éste

(19) Así se ha advertido en la doctrina por autores como DÍAZ VALES, F., *op. cit.*, pág. 80; GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, pág. 316.

(20) *Op. cit.*, págs. 2250 y 2251.

(21) *Op. cit.*, pág. 300.

lo conocía y era consciente de la inexactitud registral. Una interpretación coherente con la mantenida en el caso anterior nos llevaría a defender la preferencia de lo publicado en el Registro de la Propiedad. Particularmente ha de entenderse así si pensamos en los casos en que se haya pactado una duración del contrato superior a cinco años: la regla general del artículo 13 LAU consiste en que el arrendamiento se respete durante el plazo mínimo de cinco años, salvo que concurran particulares circunstancias de publicidad registral, por lo que parece razonable entender que tal publicidad ha de alcanzar precisamente a la duración del contrato.

2. INCIDENCIA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EL ARRENDAMIENTO DEL INMUEBLE

Con anterioridad a la LEC de 2000, el procedimiento de ejecución hipotecaria se encontraba regulado en el artículo 131 LH, inicialmente criticado por la jurisprudencia (22) con base en la indefensión que provocaba para los arrendatarios de la vivienda ejecutada. No se notificaba a éstos la existencia del procedimiento, lo que habitualmente se traducía en el desconocimiento del mismo; y aun cuando por cualquier medio tuviesen constancia de su tramitación, no podían intervenir alegando y probando lo que estimasen pertinente en defensa de sus derechos por falta de articulación de una vía adecuada a tal fin. En consecuencia, la ejecución hipotecaria del inmueble arrendado tenía lugar sin atender a la posible vulneración de los derechos de los arrendatarios. Estas deficiencias se trataron de superar jurisprudencialmente admitiendo la posibilidad de los destinatarios de acudir al juicio declarativo que corresponda para la defensa de sus derechos, aunque lo cierto es que tras el lanzamiento su situación se veía considerablemente perjudicada (23).

Por otra parte, al no ser oídos estos sujetos, era fácil que en el proceso no se tuviera un verdadero conocimiento de todas las circunstancias relativas al inmueble que se ejecutaba, y particularmente las vinculadas a los contratos de arrendamiento. Así sucedió, por ejemplo, en la sentencia de 17 de marzo de 2003, donde los inquilinos ignoraban la incoación del procedimiento hipotecario por la entidad acreedora, y al mantenerse al margen del mismo los contratos de arrendamiento de las viviendas, no se pudo constatar la divergencia entre el

(22) Podemos destacar, en este sentido, las SSTC 6/1992, de 13 de enero, y 21/1995, de 24 de enero.

(23) Esta cuestión ha sido ampliamente estudiada por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de octubre de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 53, 2000, págs. 484 y sigs.

Registro de la Propiedad y la realidad. Sólo con el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por los arrendatarios se puso de relieve esta circunstancia, desencadenándose así los problemas que han dado lugar a esta sentencia. De haberse tenido presente en la ejecución hipotecaria la divergencia entre el Registro y la realidad, posiblemente se hubiera rectificado el error antes del ejercicio del derecho de tanteo, evitando así ulteriores conflictos.

Tratando de superar las deficiencias del régimen anterior, la vigente LEC ha introducido una disposición específica en materia de ejecución forzosa de bienes inmuebles que atiende a la posibilidad de que éstos se encuentren arrendados. Nos estamos refiriendo al artículo 661 LEC, establecido con carácter general para el procedimiento de apremio, pero aplicable también a los casos de ejecución hipotecaria, de acuerdo con la remisión del artículo 681 LEC a todas las normas de la ejecución dineraria, teniendo en cuenta las especialidades establecidas en el Capítulo V del Título IV para estos supuestos concretos.

Concretamente alude este precepto a los casos en que por cualquier medio haya constancia en el procedimiento de la ocupación del inmueble por personas distintas del ejecutado. Según el artículo 661.1 LEC, podrá tener el juez conocimiento de este extremo por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, procediendo entonces a notificarles la ejecución para que en el plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifican su situación. El hecho de la ocupación se expresará en el anuncio de la subasta, admitiendo además el artículo 661.2 LEC la posibilidad de que el tribunal se pronuncie sobre el derecho de los ocupantes a permanecer en el inmueble tras la ejecución, lo que en su caso también se reflejará en el referido anuncio.

a) LA CONSTANCIA DE LA OCUPACIÓN DEL INMUEBLE EN EL PROCEDIMIENTO

Como el propio artículo 661.1 LEC establece, la constancia de la ocupación del inmueble hipotecado puede producirse por múltiples vías. En cuanto a la manifestación de bienes del ejecutado, entendemos que es la referida en el artículo 589 LEC, donde se ha de indicar si el inmueble está ocupado, por qué personas y con qué título. Por su parte, el propio ejecutante puede hacer investigaciones en relación a la situación posesoria del inmueble, poniendo en conocimiento del juez la existencia de terceros ocupantes (24). Y la alusión

(24) Del mismo modo lo ha indicado PUEBLA POVEDANO, A., «El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 386.

a «cualquier otro modo» permite incluir una diversidad de supuestos entre los que podemos destacar a título de ejemplo el caso de que el arrendamiento se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad. En tal supuesto hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 656 LEC, en virtud del cual en la certificación de dominio y cargas remitida por el Registrador al juez constará la titularidad de los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, entre los que se encontraría el arrendamiento del inmueble si ha accedido al Registro. En este caso, aun cuando no se produjera la manifestación del ejecutante o del ejecutado en relación con el arrendamiento, el juez tendría constancia del mismo y debería proceder a la notificación prevista en el artículo 661 LEC.

Pero también es posible que no llegue a constar en el procedimiento la ocupación del inmueble. Con relación a tales supuestos, no se infiere de este precepto que el juez deba hacer indagaciones sobre la situación posesoria del inmueble, aunque si lo estima pertinente, admite parte de la doctrina que obtenga esa información de oficio (25). Esta interpretación nos parece acertada, teniendo en cuenta la finalidad de la norma que, como vamos a referir a continuación, consiste básicamente en respetar el derecho de defensa de los ocupantes y proporcionar una publicidad adecuada a los licitadores.

Desde otro punto de vista, no parece que para proceder a la notificación deba conocer el juez que la ocupación está teniendo lugar a título de arrendamiento porque precisamente podrá constatar este extremo a través de los títulos que sean presentados en el plazo indicado. Más bien entendemos que bastará con tener conocimiento del mero hecho de la ocupación por persona distinta del ejecutado, pudiendo determinarse posteriormente si existe o no un arrendamiento sobre el inmueble.

b) INTERESES PROTEGIDOS EN EL ARTÍCULO 661 LEC

El artículo 661 LEC establece una serie de consecuencias para los casos en que se tenga constancia en el procedimiento de la existencia de la ocupación con las que parece perseguirse la adecuada protección de los intereses del ocupante —en nuestro caso el arrendatario— y de los intereses de los licitadores.

Por lo que se refiere a la protección dispensada al arrendatario, superando las carencias del artículo 131 LH, se obtendría a través de la notificación del tribunal con relación a la existencia de la ejecución hipotecaria de la vivienda

(25) En este sentido se manifiestan autores como FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coord.: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Tomo III, Ed. Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2000, pág. 3322; JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 276.

arrendada. Además de ponerse en conocimiento del arrendatario tal circunstancia, con el artículo 661 LEC se permite a este sujeto ser oído antes de decretarse su lanzamiento. Este arrendatario, en cuanto titular de un derecho sobre el inmueble ejecutado que le faculta para poseerlo, y pese a no ser parte en el proceso, tiene interés en el mismo. Por este motivo, ha de conocer la existencia de la ejecución y debe poder acudir a la misma en defensa de sus derechos, lo que se hace posible con el artículo 661 LEC. Se evita así que se produzca la criticada indefensión del procedimiento del artículo 131 LH (26). Además, al tener constancia del proceso de ejecución, el arrendatario puede optar, si lo desea, por acudir a la subasta como licitador, cuestión que se vincula con el derecho de adquisición preferente del arrendatario al que posteriormente nos referiremos.

En cuanto a la tutela de los intereses de los licitadores, se lograría en la medida en que, constatada la ocupación del inmueble o que éste se encuentra desocupado, se expresará en el anuncio de la subasta esta circunstancia. Pero hemos de resaltar que para manifestar que tal inmueble está libre de arrendamiento o de cualquier otra ocupación, exige el artículo 661 LEC que este extremo se acredite cumplidamente; en su defecto parece deducirse de la norma que no constará en el expediente la situación posesoria (27).

Con esta publicidad de la situación posesoria del inmueble en el anuncio de la subasta se permite a los licitadores tener conocimiento de la misma (28), circunstancia que previsiblemente incidirá en las posturas, resultando menos elevadas en caso de ocupación. Aunque sería posible que habiendo tenido lugar el anuncio de la subasta se produjera una ulterior transmisión posesoria (29), creemos que esta circunstancia no debería plantear grandes problemas en el caso de arrendamiento, más allá de las reglas generales. El artículo 13 LAU de 1994 garantiza a todo arrendatario el derecho a permanecer

(26) Así lo han entendido también autores como CASERO LINARES, L., «Comentario a los artículos 655 a 675», en *Los procesos civiles*, Dir.: GARBERÍ LLOBREGAT, J., Tomo 5, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 134; MARTÍN DÍZ, F., *op. cit.*, págs. 1938 y 1939; JURADO JURADO, J. J., *op. cit.*, pág. 279.

(27) Así lo entiende además GRAGERA IBÁÑEZ, G., «La ejecución ordinaria: la realización de los bienes y las inscripciones a practicar en el Registro de la Propiedad», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 190.

(28) En este sentido se ha manifestado también 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. 5.147, 25 de septiembre de 2000, págs. 1938 y 1939; FRANCO ARIAS, J., *op. cit.*, pág. 3324; JURADO JURADO, J. J., *op. cit.*, pág. 276.

(29) Circunstancia apuntada por autores como UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coords.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÀ SOLER, J. M., y VALLS GOMBÁU, J. F., Tomo III, Ed. Irgium y Atelier, Barcelona, 2000, pág. 3045; FRANCO ARIAS, J., *op. cit.*, pág. 3323.

en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años de contrato, lo que se debe mantener salvo en el caso de apreciarse un fin fraudulento en el arrendamiento, muy probable en estos casos, procediéndose entonces al lanzamiento de los ocupantes que voluntariamente no abandonaran el inmueble tras la adjudicación.

Tal vez ligado a esta idea de ofrecer a los licitadores un mejor y más seguro conocimiento de las circunstancias del inmueble hipotecado, establece el artículo 661.2 LEC la posibilidad de que el ejecutante pueda pedir antes del anuncio de la subasta que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble tras la ejecución, siendo el auto que se dicte irrecurrible. Quizá con este pronunciamiento judicial se pretenda además que las posturas no se vean disminuidas por el temor a tener que soportar un arrendamiento que realmente iba a desaparecer con la ejecución, y de este modo el precio de remate será lo más elevado posible, favoreciendo así al acreedor hipotecario, a quien, según parece, interesará solicitar este pronunciamiento aunque con ello se retrase el procedimiento. Pero si bien la finalidad de la norma es loable, no puede ser igual de positiva la valoración de los resultados a que se puede llegar. Siguiendo la apuntada tendencia jurisprudencial que trataba de salvaguardar el derecho de defensa en el procedimiento del artículo 131 LH, la vigente LEC deja abierta la posibilidad de que en un ulterior juicio declarativo se resuelva en sentido contrario al contenido de este auto, planteándose así una problemática que procedemos a examinar a continuación.

c) LOS PROBLEMAS DERIVADOS DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL
SOBRE LA SUBSISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO

Como acabamos de apuntar, el auto que dicte el juez resolviendo sobre el derecho de los ocupantes del inmueble a permanecer en el mismo tras la ejecución no es recurrible, pero queda abierta la posibilidad de acudir posteriormente al juicio declarativo correspondiente para lograr el desalojo del inmueble. Esta previsión es criticada por FRANCO ARIAS, entendiéndola acertadamente que no se ajusta al principio de economía procesal y al derecho de defensa del artículo 24 CE (30). En consecuencia, es posible que habiéndose pronunciado el juez de la ejecución en un determinado sentido seguido por los licitadores al formular las posturas, se resuelva en un juicio declarativo posterior de forma contraria. En relación con esta cuestión resalta JURADO JURADO que el auto produce efectos sólo en el marco del procedimiento de ejecución en relación con el hecho posesorio, pero el juez no puede pronunciarse sobre la extinción o no del vínculo arrendaticio, cuestión que sólo

(30) *Op. cit.*, pág. 3324.

puede ventilarse en el correspondiente juicio declarativo, donde habrá contradicción y puede declararse la vigencia de la relación arrendaticia (31).

Con esta solución legal se puede plantear la siguiente problemática: si en el auto se declaró que no había derecho a continuar el arrendamiento y se ha adjudicado el inmueble por un precio de remate condicionado por esta circunstancia, el adjudicatario puede solicitar el lanzamiento de los ocupantes de conformidad con el artículo 675 LEC, pero éstos pueden acudir al juicio declarativo correspondiente tratando de hacer valer sus derechos y resolverse en él de manera distinta a lo establecido en el auto. En este caso, el adjudicatario que formuló una postura creyendo que la vivienda quedaría libre del arrendamiento con la ejecución tiene que pagar el precio de remate sin que se dé esta circunstancia y teniendo que soportar el arrendamiento. En sentido contrario, puede ocurrir que cuando en el auto se haya declarado que el arrendamiento debía subsistir tras la ejecución hipotecaria, el adjudicatario pretenda la extinción de este contrato en un juicio posterior. En este caso, si se declara posteriormente que el arrendatario no tiene derecho a permanecer en la vivienda, el resultado será que se ha obtenido un precio de remate inferior al que se debería haber alcanzado, perjudicando con ello al acreedor hipotecario y, con relación al eventual sobrante, al deudor ejecutado.

Las mismas divergencias se podrían plantear cuando no hubiera tenido lugar el pronunciamiento judicial del artículo 661 LEC en torno al derecho del ocupante a permanecer en el inmueble tras la ejecución. El artículo 675 LEC permite, en este caso al adjudicatario, aun cuando en el anuncio de la subasta sí que constase la situación posesoria del inmueble (32), que en el plazo de un año solicite al tribunal de la ejecución el lanzamiento de los ocupantes, resolviéndose mediante auto una vez celebrada una vista en la que podrán alegar y probar lo que estimen oportuno. Al igual que se establece en el artículo 661 LEC, el auto por el que se resuelva sobre el lanzamiento es irrecurrible, pero deja abierta la posibilidad de acudir al juicio que corresponda.

Para evitar todos estos problemas, quizá hubiera sido preferible que en lugar de resolverse la cuestión de la subsistencia del arrendamiento mediante un auto irrecurrible que deje abierta, no obstante, la posibilidad de acudir al juicio declarativo correspondiente, la resolución judicial fuera recurrible pero impidiera plantear la cuestión en un juicio posterior. Para ello, y con el fin de garantizar un mejor conocimiento del asunto, podría resultar conveniente una tramitación procesal que permitiera abordar con mayor detalle esta materia en lugar de celebrar una vista en el plazo de diez días para formular alegaciones y practicar pruebas.

(31) *Op. cit.*, pág. 279.

(32) Como pone de relieve JURADO JURADO, J. J., *op. cit.*, pág. 277.

Sin embargo, esta problemática no parece que vaya a tener gran trascendencia práctica, ya que previsiblemente entre el auto y lo que se resuelva en el proceso declarativo posterior no creemos que se vayan a producir grandes divergencias con frecuencia, al menos al amparo de la LAU de 1994, donde el artículo 13 se pronuncia claramente sobre la duración del contrato en caso de ejecución hipotecaria: sólo subsiste el arrendamiento hasta el plazo de cinco años, excepto si accedió al Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta, en cuyo caso se mantendrá por toda la duración pactada, más allá de esos cinco años. Nos inclinamos por pensar que posiblemente las diferencias entre el auto y el juicio declarativo posterior se originarán tan sólo en los casos de fraude cuando éste no sea advertido en la vista celebrada con anterioridad al referido auto. Los mayores problemas se suscitarían más bien en los arrendamientos sometidos a la ley de 1964, donde, como hemos visto, no hay una clara línea jurisprudencial en relación con su subsistencia tras la ejecución hipotecaria.

Podría ocurrir, por otra parte, que no llegue a haber constancia del arrendamiento en el proceso de ejecución, truncándose en cierta medida la protección dispensada al arrendatario y a los licitadores en el artículo 661 LEC. En este supuesto no interviene el primero en el proceso de ejecución ni se pone en conocimiento del segundo la ocupación del inmueble mediante el anuncio de la subasta. Ante este tipo de situaciones, el artículo 675 LEC permite al adjudicatario, una vez advertida la ocupación, que acuda en el plazo de un año desde la adquisición al juez de la ejecución solicitando el lanzamiento, que sólo puede decretarse tras la celebración de una vista con citación del ocupante. Transcurrido este plazo, la declaración de la extinción del arrendamiento sólo podrá pretenderse en el juicio correspondiente. Pero parece que no siempre va a lograr el adjudicatario el lanzamiento del arrendatario, dado que la LAU de 1994 garantiza a este último, en todo caso, un plazo mínimo de cinco años en que tiene derecho a permanecer en la vivienda. En principio creemos que sólo de haberse concertado fraudulentamente este arrendamiento podría obtenerse en el juicio declarativo correspondiente la declaración de su nulidad, pudiendo entonces el adjudicatario ocupar el inmueble.

d) LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO

En el caso de que con la ejecución hipotecaria se extinga el arrendamiento, y encontrándose éste inscrito en el Registro de la Propiedad, ha de procederse a la cancelación de la inscripción del arrendamiento. Tal cuestión carece de una regulación específica en la legislación hipotecaria, pero siguiendo a PAU PEDRÓN, podemos entenderla subsumida en otras normas generales, aunque teniendo en cuenta que para la cancelación de la inscripción

del arrendamiento sometido a la LAU de 1994 es necesario el transcurso de cinco años. Y por otra parte, al solicitar la cancelación, no será necesario acreditar este plazo porque figurará en los asientos registrales (33).

En la normativa vigente, la cancelación de la inscripción del arrendamiento habría de practicarse al amparo del artículo 674.2 LEC y del artículo 175.2.º RH. Estas normas se refieren con carácter general a la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores, lo que hemos de interpretar, como hemos dicho, adaptándolo al artículo 13.1 LAU de 1994. Conforme dispone este precepto, y por lo que se refiere al arrendamiento inscrito, sólo subsistirá durante el tiempo pactado si ha accedido al Registro con anterioridad a la hipoteca, cuya inscripción, por otra parte, no se cancela por aplicación de los artículos 674.2 LEC y 175.2.º RH.

Por lo que se refiere a la inscripción del arrendamiento con posterioridad a la hipoteca, lo único que se garantiza legalmente es el mantenimiento del arrendamiento durante cinco años. Pero pese a esta subsistencia temporal, conforme a los artículos 674.2 LEC y 175.2.º RH habría de procederse a la cancelación de su inscripción. En relación con esta cuestión, con anterioridad al artículo 13 LAU uno de los argumentos para defender la extinción del arrendamiento posterior a la hipoteca era el artículo 131.17.º LH, que determinaba la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, una vez que hubiera tenido lugar la adjudicación. Pero este precepto sólo se refería al ámbito registral y no al derecho sustantivo, lo que llevó a autores como SABATER BAYLE a plantear la posibilidad de que pese a la cancelación de la inscripción del arrendamiento, éste subsistiera extrarregistralmente (34).

Teniendo en cuenta estas posiciones, en el ámbito de la regulación actual podemos admitir una doble solución: o bien entender subsistente el arrendamiento en la realidad extrarregistral por el tiempo que reste hasta los cinco años, pese a haberse cancelado su inscripción en el Registro (35), o bien considerar que pese al silencio de la ley, cuando el Registrador proceda a la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores debería comprobar el transcurso de este plazo, y no habiendo tenido lugar, posponer la cancelación del asiento al momento en que se cumplan los cinco años de contrato y se proceda consecuentemente a su extinción. Esta segunda posibilidad nos parece preferible en la medida en que permite una adecuada correspondencia entre la publicidad registral y la realidad, pero lo cierto es que no existe ninguna norma que así lo disponga, por lo que puede cobrar más fuerza la primera postura.

(33) *Op. cit.*, pág. 81.

(34) *Op. cit.*, págs. 582 y sigs.

(35) Posición defendida por ROJO AJURIA, L., *op. cit.*, pág. 195.

3. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN LA VENTA FORZOSA DE LA VIVIENDA ARRENDADA

En la sentencia de 17 de marzo de 2003, los arrendatarios habían ejercitado un derecho de tanteo sobre las viviendas arrendadas, convirtiéndose en propietarios de las mismas tras la ejecución hipotecaria mediante el abono del precio de remate, posiblemente inferior al que se hubiera obtenido en caso de no existir el arrendamiento. Aunque el reconocimiento de derechos de adquisición preferente a los arrendatarios en los casos de enajenación forzosa provocaba una reducción del precio de remate, en los arrendamientos sujetos a las leyes de 1946 y 1964 no había inconveniente en admitir el ejercicio de estos derechos, básicamente porque había una marcada tendencia a proteger al arrendatario y facilitarle el acceso a la propiedad del inmueble (36).

Sin embargo, la vigente LAU cambia de dirección y no se muestra tan decididamente protectora de este sujeto, sino que trata de atender también a los intereses del arrendador. En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley alude al mantenimiento del «derecho de adquisición preferente en favor del arrendatario para el supuesto de enajenación de la vivienda arrendada durante la vigencia del arrendamiento, aunque referido a condiciones de mercado, por entenderse que constituye un instrumento que sin suponer una grave onerosidad para el arrendador incrementa las posibilidades de permanencia en la vivienda». Esta limitación relativa a las condiciones de mercado, que persigue evitar una grave onerosidad para el vendedor, nos lleva a cuestionar si los derechos de adquisición preferente han de seguir reconociéndose en los supuestos de enajenación forzosa de la vivienda arrendada o únicamente en la venta voluntaria, presidida por el libre juego de las circunstancias del mercado, que serán las que incidirán en la determinación del precio.

Con relación a esta cuestión no existe una tendencia doctrinal unánime (37), advirtiéndose tanto opiniones favorables como detractoras del reconocimiento

(36) En este sentido se han manifestado, entre otros autores, IZQUIERDO ALCOLEA, I., *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, págs. 83 y sigs., reconociendo además al arrendatario el derecho de retracto en los casos de enajenación forzosa en pág. 142; RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 91 y sigs.; COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P. A., «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord.: LASARTE ÁLVAREZ, C., Ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 679 y sigs.; FINEZ RATÓN, J. M., «Comentario al artículo 25», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir.: PANTALEÓN PRIETO, F., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 283; BLASCO GASCÓ, F., «Comentario al artículo 25», en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord.: VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 230.

(37) Niegan que deba reconocerse al arrendatario del derecho de adquisición preferente en los casos de enajenación forzosa de la vivienda, autores como COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, págs. 685 y 686; FINEZ RATÓN, J. M., *op. cit.*,

de los derechos de adquisición preferente del artículo 25 LAU en los casos de enajenación forzosa de la vivienda arrendada. Lo cierto es que no nos resulta fácil decantarnos abiertamente por una u otra solución. Desde un punto de vista puramente literal de la norma, advertimos que en ella se alude sin distinción al término «venta», lo que permite incluir los supuestos de venta forzosa junto con la venta voluntaria. Pero desde una perspectiva teleológica parece que deberíamos inclinarnos por negar la aplicación del precepto en los casos de enajenación forzosa para evitar esa grave onerosidad para el arrendador que la Exposición de Motivos de la ley configura como óbice al reconocimiento de los derechos de adquisición preferente del arrendatario (38).

Para ofrecer una respuesta adecuada que ponga fin a las dudas suscitadas, nos parece importante destacar que los derechos de adquisición preferente son en realidad un instrumento en manos del legislador para la consecución de determinados fines ligados a la función social de la propiedad, a razones de interés público que persiguen maximizar la utilidad social del bien objeto de retracto. Su reconocimiento depende por tanto de criterios de política legislativa (39). Teniendo en cuenta esta afirmación, y con el fin de manifestarnos sobre la conveniencia de admitir el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por el arrendatario de una vivienda en los casos de enajenación forzosa, hemos de analizar las consecuencias que se derivarían de tal reconocimiento.

Ciertamente, como hemos apuntado, lo habitual en los procesos de ejecución es que el inmueble sea enajenado por un precio inferior al de mercado. Si además concurre la circunstancia de tratarse de una vivienda arrendada y que este arrendamiento no se extinga con la ejecución, el precio de remate será aún más bajo. Añadiendo a todo ello la incertidumbre de los licitadores sobre un posible ejercicio de los derechos de adquisición preferente, sus incentivos para mejorar las posturas se verían claramente mermados, distanciándose aún más el precio de remate de lo que sería un precio establecido en las condiciones de mercado. Queda patente de este modo la grave onerosidad que supone al arrendador la aplicación del artículo 25 LAU en el ámbito de las enajenaciones forzosas.

Estas afirmaciones han de conectarse, por otro lado, con lo dispuesto en el artículo 13.1 LAU, porque consideramos que el posible reconocimiento de

págs. 285 y 286. Sin embargo, se muestran partidarios del reconocimiento de los derechos de adquisición preferente en la venta forzosa: RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *op. cit.*, pág. 121; BLASCO GASCÓ, F., *op. cit.*, pág. 232; LEÓN-CASTRO, J., y COSSÍO, M. DE, *op. cit.*, págs. 115 y 116.

(38) Esta circunstancia ya ha sido apuntada por FÍNEZ RATÓN, J. M., *op. cit.*, pág. 286; COCA PAYERAS, M., y MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, pág. 686.

(39) Así lo han puesto de relieve, entre otros, IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, págs. 75 y sigs.; RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *op. cit.*, págs. 78 y sigs.

los derechos de adquisición preferente sólo puede plantearse cuando el arrendamiento no se extinga con la ejecución forzosa. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el referido precepto, esto sólo tendrá lugar: *a)* cuando no hayan transcurrido aún cinco años de contrato, manteniéndose únicamente por este plazo, y *b)* cuando el arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca, en cuyo caso subsistirá por el plazo pactado. Ambos supuestos merecen un breve comentario.

En el primer caso podría suceder que no hubiese constancia del arrendamiento de la vivienda, evitándose así una disminución en el precio de remate. En este caso, las consecuencias negativas de los derechos de adquisición preferente vendrían originadas por lo dispuesto en el artículo 37.3.º LH (40), en la medida en que se impondría al adjudicatario el retracto legal aun cuando lo desconociera. Sin embargo, parece difícil que así pueda ocurrir, teniendo en cuenta, como hemos visto, la atención que presta la vigente LEC en relación con la posible ocupación del inmueble que se ejecuta. Sea como fuere, lo cierto es que nos estamos refiriendo al ejercicio de derechos de adquisición preferente por un arrendatario que va a tener derecho a permanecer en la vivienda por un breve período de tiempo, en todo caso inferior a cinco años (41). Y resulta chocante que ante estas circunstancias queridas por el legislador, restrictivas del derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda, se le reconozca a este mismo sujeto un derecho preferente sobre el adjudicatario para acceder a la propiedad del inmueble.

En el segundo supuesto, el casi seguro conocimiento del arrendamiento por parte de los licitadores dará lugar probablemente a los ya indicados recelos en cuanto al aumento de las posturas, perjudicando con ello al arrendador. Nos parecen, por tanto, plenamente aplicables en este caso los argumentos contrarios a la aplicación del artículo 25 LAU en los casos de enajenación forzosa, por suponer una grave onerosidad para el arrendador.

En otro orden de cosas, creemos conveniente indicar un último argumento en contra del reconocimiento de los derechos de adquisición preferente en los supuestos de venta forzosa, ligado precisamente a la finalidad perseguida por estos derechos. Como ya hemos dicho, con ellos se trata de facilitar el acceso a la propiedad por parte de los arrendatarios de viviendas. Y la vigente normativa sobre enajenación forzosa, en particular el artículo 661 LEC, permite a estos sujetos mediante la notificación judicial tener conocimiento del proceso de ejecución, con lo que, si tienen interés en convertirse en propietarios

(40) Esta cuestión ha sido ampliamente abordada con carácter general por CARRETERO, T., «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 366-367, noviembre-diciembre de 1958, págs. 824 y sigs.

(41) La dudosa justificación de los derechos de adquisición preferente en base a una relación jurídica de breve duración temporal ya ha sido puesta de manifiesto con carácter general por LEÓN-CASTRO, J., y COSSÍO, M. DE, *op. cit.*, pág. 107.

del inmueble, se facilita su intervención en la subasta como licitadores. Se les da de este modo la oportunidad de convertirse en propietarios de las viviendas arrendadas, cumpliéndose la misma finalidad de los derechos de adquisición preferente, sin que se produzca el efecto perverso de reducción del precio de remate. Consideramos por ello que sería más conveniente no reconocer estos derechos en las ventas forzosas y que el acceso a la propiedad por parte del arrendatario tuviera lugar mediante su intervención en la subasta (42). Pero a pesar de todos los inconvenientes apuntados con relación al reconocimiento de los derechos de adquisición preferente en los supuestos de enajenación forzosa de la vivienda arrendada, hemos de insistir en que tienen perfecta cabida en el tenor literal del artículo 25 LAU.

Estimando de aplicación en la materia que nos ocupa los derechos de adquisición preferente, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 25.5 LAU. Este precepto exige o bien acreditar que se han realizado las notificaciones del artículo 25 LAU, vinculadas al ejercicio de los derechos de adquisición preferente por el arrendatario, o declarar que la vivienda no se encuentra arrendada para poder inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de las viviendas. De este modo se trata de garantizar al arrendatario el adecuado ejercicio de sus derechos y que no se vean frustrados por la actuación del arrendador.

Con esta previsión normativa no podría prosperar, a nuestro juicio, una pretensión similar a la hecha valer por el deudor ejecutado en la sentencia de 17 de marzo de 2003, tratando de dejar sin efecto el derecho de tanteo por un error de la inscripción registral consistente en una divergencia entre el Registro y la realidad con relación a las letras A y B de las fincas, de modo que la que de las dos viviendas que existían en cada planta, la que en el contrato de arrendamiento figuraba como A, en el Registro se encontraba inscrita como B, y viceversa. Ante esta situación, el deudor ejecutado pretendía que se declarara la nulidad del derecho de tanteo porque se ejercitó por quienes no eran arrendatarios de las viviendas cuya propiedad se pretendía adquirir, y en consecuencia, carecían del derecho de adquisición preferente con relación a las referidas viviendas.

Atendiendo a la normativa vigente, sería difícil que se pudiera plantear una pretensión similar porque la inscripción de la venta forzosa de la vivienda arrendada, con independencia de esta discrepancia, exige que el arrendador acredite haber realizado las notificaciones preceptivas; y puesto de manifiesto el error

(42) Siendo así, se reforzaría la postura apuntada en relación con el artículo 661 LEC, a propósito de la constancia en el procedimiento de ejecución de la ocupación del inmueble. En este punto, nos mostrábamos favorables a que el juez pudiera de oficio investigar acerca de la ocupación del inmueble para proceder en su caso a la notificación del procedimiento de ejecución.

registral, parece que se procedería a su rectificación sin mayores consecuencias. Sólo cuando el deudor hubiera notificado al verdadero arrendatario de la vivienda ejecutada en los términos del artículo 25 LAU, podría éste ejercitar su derecho de adquisición preferente y podría inscribirse la transmisión. Si no se hubiera procedido así porque la notificación se hizo a quien, debido a la divergencia entre el Registro y la realidad no era el verdadero arrendatario, consideramos que no debería prosperar una ulterior pretensión del deudor de dejar sin efecto el derecho de tanteo del arrendatario por entender que lo ejercitó con relación a una vivienda distinta de la arrendada. Creemos que así debe entenderse porque la consecuencia en estos casos sería más bien que por no haber realizado debidamente las notificaciones el arrendador, no podría inscribirse la enajenación forzosa, lo que sólo podría tener lugar una vez que se acreditase haber realizado la debida notificación. Se impediría de este modo una posible manipulación del arrendador que frustrase el ejercicio de los derechos de adquisición preferente del arrendatario.

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

La adquisición de la vivienda en Francia: sistemas alternativos a la propiedad (1)

SUMARIO: I. SISTEMAS MIXTOS COMPRAVENTA-ARRENDAMIENTO: 1. EL CONTRATO DE «LOCATION-ACCESION». 2. MODELOS ESPECÍFICOS PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS SOCIALES.—II. LA PROPIEDAD SEPARADA DEL SUELO Y DE LA CONSTRUCCIÓN.—III. LA «NUEVA PROPIEDAD».—IV. «L'USUFRUIT LOCATIF SOCIAL».

Desde la Revolución francesa el Derecho de Propiedad es uno de los más importantes del Derecho francés. Tal y como establece el artículo 544 del Código Civil francés de 1804 (el llamado *Code Napoléon*), el derecho de propiedad es el derecho de usar y disponer de las cosas de la forma más absoluta. Esta concepción de la propiedad no sólo corresponde a los textos legislativos sino que, a nivel sociológico, los franceses también se decantan en su gran mayoría, por la propiedad, especialmente en cuanto a la adquisición de viviendas.

Los franceses por lo tanto están muy apegados a la propiedad inmobiliaria. Sin embargo, a nivel jurídico se han establecido distintas fórmulas alternativas a la propiedad. El legislador francés ha realizado un importante esfuerzo técnico y creativo para idear nuevos modos de adquisición.

El análisis de estos sistemas jurídicos resulta de especial interés en estos momentos, dado el problema actual de la vivienda y el espectacular aumento de su precio en España. Quizá el modelo francés pueda dar alguna pista a los juristas españoles para establecer nuevos cauces jurídicos para la adquisición de viviendas.

(1) Este artículo se basa fundamentalmente en la conferencia realizada por el profesor HUGUES PÉRINET-MARQUET, de la Universidad de París II, en el Congreso Internacional «Mercado y Vivienda» organizado por la Asociación Española del Derecho de la Construcción en Barcelona, el pasado 3 de octubre de 2003.

I. SISTEMAS MIXTOS COMPRAVENTA-ARRENDAMIENTO

En Francia se han establecido algunos sistemas mixtos que consisten en una combinación de los elementos de la compraventa y del arrendamiento.

1. EL CONTATO DE «LOCATION-ACCESSION»

Según establece el artículo 1 de la Ley de 12 de julio de 1984, relativo a la «location-accession», en este tipo de contrato el vendedor se compromete a transmitir la propiedad de un inmueble a un adquirente, previo pago fraccionado o aplazado del precio de venta, así como de una renta periódica durante el período de goce del inmueble. En el contrato se debe indicar la duración del mismo y el plazo en el que el adquirente podrá ejercitar su opción para adquirir la propiedad.

Se trata por lo tanto de una suerte de arrendamiento con opción de compra. La diferencia es que los sujetos son llamados «vendedor» y «adquirente» y además en determinados aspectos tienen las obligaciones que se derivan del contrato de compraventa. Por su descripción, este contrato también podría acercarse a la figura del contrato de compraventa con pago aplazado y con pacto de reserva de dominio. La diferencia sería que en la «location-accession» la cuantía que se paga periódicamente no corresponde sólo al concepto de precio de la compraventa sino también al concepto de renta. En cualquier caso, lo interesante es que en Francia existe una regulación específica relativa a este tipo de contratos sobre bienes inmuebles, regulación que es inexistente en España.

Los problemas que plantea esta figura en Francia y que justifican su escasa utilización son varios. El primer problema práctico radica en la libertad para fijar la financiación. Las partes deciden libremente qué parte del pago que se realiza periódicamente va destinada al pago de la renta y qué parte se destina al pago del precio de la venta. Si la parte pagada como renta es muy superior a la del precio, entonces el comprador habrá de pagar una cuantía muy importante cuando ejercite la acción y esto puede desanimarle. Si por contra, la parte destinada al precio es muy elevada, entonces el vendedor asume un alto riesgo en el caso que el adquirente finalmente no ejercite su opción de compra, puesto que habrá de devolver todas las cuantías pagadas en concepto de precio. El adquirente habrá disfrutado por lo tanto de un inmueble pagando una renta muy baja. El segundo problema consiste en la falta de incentivos fiscales para este tipo de contratos.

2. MODELOS ESPECÍFICOS PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS SOCIALES

El contrato de «location-attribution» era también una combinación del contrato de compraventa y el de arrendamiento, pero se aplicaba únicamente a la adquisición de viviendas sociales promovidas por las «Sociétés Coopératives d'HLM». En estos contratos se fraccionaba el pago del precio de la compraventa y el adquirente podía pagar mes a mes a lo largo de la duración del contrato. Sin embargo, el legislador francés eliminó esta modalidad, pues quería evitar que estas organizaciones dedicadas a la vivienda social se convirtieran en entidades bancarias.

Actualmente existen en Francia tres sistemas para adquirir una vivienda social. En primer lugar, se puede recurrir a la figura general de la «location-accession». En segundo lugar, se puede utilizar el sistema de la «vente à terme», esto es, la compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio. Finalmente, las organizaciones de vivienda social pueden sencillamente vender a los arrendatarios actuales de sus inmuebles los pisos, descontando del precio de venta los alquileres pagados en los últimos cinco años.

II. LA PROPIEDAD SEPARADA DEL SUELO Y DE LA CONSTRUCCIÓN

Los autores franceses han desarrollado a lo largo de los últimos cincuenta años la posibilidad de admitir una propiedad del suelo separada de la del vuelo (2). Esta concepción teórica ha sido adoptada para regular una figura como «le bail à construction». Con este contrato se pretende fomentar la construcción haciendo más asequible la adquisición de los terrenos.

Mediante el «bail à construction», una parte adquiere un derecho real y transmisible sobre un terreno que pertenece al «bailleur» (arrendatario) obligándose a construir sobre él y a mantener las construcciones durante toda la duración del contrato. El contrato puede tener una duración entre 18 y 99 años. Una vez finalizado el contrato, la propiedad del todo corresponde exclusivamente al «bailleur» (propietario del suelo) por el juego de la accesión. El precio del bail puede consistir en el pago de una renta periódica o también en un pago en especie (entregar el goce o la propiedad de partes del inmueble construido).

Este esquema, que resulta muy útil para el fomento de la adquisición, plantea problemas de cara a la adquisición de viviendas. Por ello, cuando se

(2) Este tema de la propiedad separada es desarrollado extensamente en el libro *La construcción en suelo ajeno: la posible separación de la propiedad inmobiliaria*, de CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE, que será publicado próximamente por la Editorial Difusión Jurídica.

utiliza el «bail à construction» para la construcción de viviendas, se modifica un aspecto sustancial. Al finalizar el contrato, el juego de la accesión favorece al propietario de la construcción y no al propietario del suelo. De esta forma los adquirentes de los pisos que se van construyendo tienen la tranquilidad de que al final serán propietarios del todo.

III. LA «NUEVA PROPIEDAD»

Esta figura fue inventada en los años setenta pero no fue muy exitosa. Estaba ideada para aquellas personas que querían incrementar su patrimonio y su futuro caudal hereditario a un coste poco elevado. Para obtener un precio inferior al de mercado (con una reducción de un 20 ó 25 por 100), el comprador adquiría el bien pero cediendo el derecho de usufructo del edificio al vendedor durante 15 ó 20 años. Durante ese tiempo el comprador era tan sólo un nudo-propietario y el vendedor como usufructuario podía, por ejemplo, arrendar el edificio.

Sin embargo este sistema no funcionó por dos razones esenciales: por una parte, la ventaja económica no era suficiente para los compradores y, por otra parte, el comprador, mientras duraba el usufructo, no podía volver a vender el bien.

IV. «L'USUFRUIT LOCATIF SOCIAL»

Pese al fracaso de la «nueva propiedad», en los últimos tiempos se ha utilizado el usufructo en la adquisición de viviendas con notable éxito. Esto se debe seguramente a dos razones. En primer lugar, a la falta de viviendas sociales en Francia. En los últimos años se ha construido poca vivienda social y además ésta se concentra siempre en zonas de la periferia urbana. En segundo lugar, existe en Francia un grave problema con las pensiones. Son muchas las personas que ante el peligro de una quiebra del sistema de Seguridad Social desean obtener ganancias paralelas para incrementar o complementar sus pensiones.

El sistema consiste en dividir la venta en dos fases. En la primera fase, el promotor vende la nuda propiedad del inmueble a inversores. El precio de la transacción es muy reducido, pudiendo llegar a un 50 por 100 del precio de mercado. Luego vende un usufructo temporal sobre ese inmueble a organizaciones de vivienda social. La duración del contrato es de 15 a 20 años. Durante este período, el nudo propietario no tiene obligaciones financieras respecto al inmueble. No lo puede utilizar, pero no tiene que pagar para su mantenimiento. La organización dedicada a la vivienda social, como usufruc-

tuaria, puede alquilar los pisos a arrendatarios con bajos ingresos. Al llegar el término final del contrato, la plena propiedad es atribuida al inversor que podrá empezar a recibir rentas de su inmueble.

Este sistema es muy beneficioso para todas las partes implicadas. El promotor puede obtener importantes subvenciones públicas, pues durante 15-20 años los inmuebles que construya estarán destinados a ser vivienda social. Por su parte, el comprador-inversor adquiere a un bajo precio un bien que podrá ser rentable a partir de los 15-20 años. Por último, los arrendatarios, personas con pocos recursos, pueden disfrutar de pisos a un alquiler moderado y situados en zonas no necesariamente periféricas sino también céntricas.

CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE
 Doctora en Derecho
 Profesora de Derecho Civil
 Universidad de Barcelona

Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial

(Reflexiones sobre el art. 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿DACIÓN DE FE MÁS ALLÁ DE LOS HECHOS PERCIBIDOS? SIGNIFICADO JURÍDICO DE ESA «DACIÓN DE FE» Y ALGUNAS DUDAS.—III. ¿IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL?: 1. IMPUGNACIÓN DEL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO NOTARIAL. IMPRECISIONES, INSEGURIDADES Y SEGURIDADES EXCESIVAS. ¿SÓLO MEDIANTE CONDENA EN PROCESO PENAL POR FALSEDAD? 2. IMPUGNACIÓN DE EFECTOS DEL DOCUMENTO NOTARIAL DISTINTOS AL VALOR PROBATORIO LEGAL. CARGA DE LA DEMANDA, CARGA DE LA PRUEBA Y MODO DE CONTRARRESTAR UNA VENTAJA PROBATORIA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incluyó un amplio capítulo sobre medidas relativas a la seguridad jurídica preventiva, entre las que se incluía el régimen necesario para la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos como forma válida de las actividades notarial y registral. En parte, ese régimen ha quedado contenido en una ley extravagante —la propia Ley 24/2001—. En otra parte se introdujo mediante modificación de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Notariado.

Mi propósito es comentar algunos aspectos de la disposición utilizada para regular la plena validez formal del instrumento notarial en forma electrónica, incluidas las firmas de los otorgantes y del notario: el nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado. Ciertamente lo que me llama la atención de la mencionada disposición, no es la que parece ser su principal razón de ser —regular una nueva forma para el desempeño de la función notarial—, sino la más que discutible oportunidad de introducir unas proposiciones nor-

mativas que, prescindiendo de los requisitos de forma, generan dudas e inseguridad sobre el objeto y eficacia jurídica de la función notarial.

El artículo 17 bis dice, en la parte que interesa, lo siguiente:

«En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

Apunto una interpretación posible —que puede corresponder, si no a la *voluntas legislatoris*, sí a la intención de inspiradores de la redacción del texto—: bajo la cobertura de la específica eficacia jurídica que produce la fe pública se coloca no sólo lo que ontológicamente puede ser objeto de ella, sino también otros elementos del acto documentado con intervención notarial. Concretamente: la capacidad y legitimación de los otorgantes —aunque, respecto a esto, la dación de fe aparece matizada por el «a su juicio», matiz que la letra de la disposición no facilita extender a los elementos siguientes de esta enumeración—, la libre prestación del consentimiento y el carácter debidamente informado de la voluntad expresada, y, en fin, la adecuación del otorgamiento a la legalidad.

II. ¿DACIÓN DE FE MÁS ALLÁ DE LOS HECHOS PERCIBIDOS? SIGNIFICADO JURÍDICO DE ESA «DACIÓN DE FE» Y ALGUNAS DUDAS

Es sabido que la dación de fe sólo puede tener por objeto los hechos o acaecimientos perceptibles con los sentidos. En cuanto el ordenamiento establece una norma de prueba legal para una parte del contenido del documento público —y el Derecho español lo hace con el art. 319.1 LEC, que establece que «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ellos» (1)—, está

(1) La prueba plena de la identidad de los otorgantes e intervinientes entiendo que debe excluirse. En este aspecto la dación de fe no puede alcanzar más que a lo previsto por el artículo 23 de la Ley del Notariado.

imponiendo —en principio y salvo éxito de la impugnación procedente— tener por ciertos esos hechos y establecerlos como tales en la sentencia. Esta eficacia imperativa que la norma de prueba legal anuda a la constatación notarial de un determinado hecho puede ser entendida en el sentido de que, atendidos los efectos de su intervención, el notario «manda» u «ordena», porque la interposición de su oficio tiene el resultado de vincular una parte del contenido de la sentencia judicial. Éste sería el punto de partida para la impropia extensión semántica de la «dación de fe» a la que me referiré de inmediato.

La disposición comentada parece querer convertir en objeto de la dación de fe lo que no son hechos sensorialmente perceptibles, sino juicios o apreciaciones del notario. Los que versan sobre las aptitudes subjetivas de una persona, sobre la titularidad por esa persona de un derecho o situación jurídica subjetiva condicionantes de la validez o eficacia del negocio celebrado —¿qué significa legitimación en el art. 17 bis?—, sobre el conocimiento informado y la expresión libre de la voluntad, y, más aún, el juicio acerca de que las declaraciones de voluntad han respetado los límites imperativos establecidos por el ordenamiento —parece correcto entender así la referencia a la adecuación del otorgamiento a la legalidad—.

¿Cuál es el significado jurídico de estas proposiciones normativas tan claramente expresadas en la letra del artículo 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado?

En principio, pueden considerarse estos dos (2):

1. Significa una norma jurídica imposible, porque ontológicamente no puede ser objeto de dación de fe el acierto de un juicio o de una apreciación.

2. El legislador ha utilizado impropriamente los términos de dación de fe para significar una eficacia o valor imperativos de ciertos juicios o apreciaciones expresadas por el notario. La impropiedad terminológica de utilizar expresiones cuyo significado corresponde al ámbito de las declaraciones de conocimiento para representar realidades que están situadas en el campo de las declaraciones imperativas de voluntad, no es en absoluto nueva ni desconocida en el mundo del Derecho. Baste recordar la formulación de la cosa juzgada —que realmente es una prohibición de nuevo enjuiciamiento y un deber de ajustarse al enjuiciamiento realizado— como una presunción de verdad, que hasta hace muy poco campeaba en la letra del artículo 1.251, párrafo segundo del Código Civil.

En definitiva, la letra del artículo 17 bis, apartado 2, letra a) de la Ley del Notariado, habría que entenderla no tanto como que el notario da fe sobre los

(2) Ya los plantea DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (a propósito del art. 98 de la Ley 24/2001)», en *Tribunales de Justicia*, octubre de 2002, págs. 19-25.

extremos que en el mismo se enuncian, sino como que el notario «establece», con cierta eficacia jurídica, que las partes son capaces y tienen legitimación para el negocio que han realizado, que han expresado su voluntad libremente y con la información debida y que han realizado un negocio jurídico conforme a ley —tal vez mejor: no disconforme con ella en cuanto a sus normas de *ius cogens*—. La función notarial añadiría a la dación de fe en sentido estricto, ligada a la existencia de normas de prueba legal, una especie de «función resolutive» acerca de las cuestiones que han quedado enunciadas.

Puntualicemos, enseguida, que la eficacia o valor jurídicos de esa «función resolutive», que acompañaría a la autorización o intervención notarial de la documentación de un negocio jurídico, tendría un carácter interino, expuesto a una eventual impugnación jurisdiccional del negocio jurídico. Aunque, llegado a este punto, ya empiezo a dudar si no sería más acertado hablar de la impugnación de la autorización-intervención notarial, que sería la que habría dado al negocio el valor que hace necesario atacarlo, si no se comparten los juicios y apreciaciones formulados por el notario. Porque, si el negocio por sí sólo, aunque no tenga forma escrita notarial, tiene la misma eficacia jurídica para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas privadas, y está sujeto a impugnación si la producción de esos efectos puede ser negada por no haberse operado de modo conforme con el ordenamiento, se hace difícil entender qué le añade la autorización-intervención notarial, como no sea, precisamente, la dación de fe en sentido estricto y el correspondiente valor probatorio legal, aunque ceñido a los hechos objeto de la dación de fe. Si determinados juicios o apreciaciones del notario producen un efecto jurídico que hace necesaria, en su caso, una impugnación, parece que ésta se justifica por algo distinto a la simple existencia del negocio sin forma escrita notarial.

Si se admitiera que la autorización-intervención notarial en la forma de celebración de un negocio jurídico tiene, aunque sea en parte, el segundo significado que se acaba de exponer, habría que reconocer una nueva modalidad de hechos constitutivos —en sentido amplio, es decir, comprendiendo los modificativos y extintivos— de las relaciones jurídicas privadas. Junto a la eficacia constitutiva ligada a la estricta celebración de un negocio jurídico, o a los actos del poder público que pueden generar efectos jurídicos con fundamento en una *potestas imperii* habilitada por el ordenamiento, tendríamos un supuesto de hecho constitutivo en el que a la declaración de voluntad de las partes en la que consiste el negocio jurídico, se adheriría una aparente «declaración de verdad», pero realmente una «orden interina de validez jurídica», emitida por el notario.

A partir de ahí se abren una serie de interrogantes, alguno de los cuales no me atrevo ni siquiera a apuntar cómo podría cerrarse.

El valor o eficacia de esa «orden interina», ¿se fundaría en una «imposición» de la voluntad del notario con fundamento en sus juicios jurídicos sobre

la de los otorgantes? Me parece evidente que no, porque es suficiente que uno de los otorgantes niegue el concurso de su voluntad para que el acto o el negocio no se realicen.

¿Sería su fundamento la voluntad del otorgante u otorgantes, por sí sola, aceptando los términos del otorgamiento? Tampoco convence, porque en tal caso queda sin explicación por qué la «especial eficacia» necesita de la autorización-intervención notarial y no se produce sin ella.

¿Habrá que pensar, como fundamento, en que la voluntad del otorgante u otorgantes concurre con la voluntad del notario de formular aquella implícita «orden interina de validez jurídica»?

En fin, es claro que el notario responde por falsedad si falta conscientemente a la verdad en la dación de fe en sentido estricto. Pero si, además, hubiera que entender que el notario emite real, aunque implícitamente, una «orden interina de validez jurídica» al autorizar o intervenir el otorgamiento, ¿debería responder también a título de prevaricación en el caso de que haya efectuado los juicios y apreciaciones de manera arbitraria y conscientemente injusta?

III. ¿IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL?

Vayamos ahora a la impugnación del acto o negocio autorizado o intervenido por notario.

Lo primero que habría que apuntar es que no corresponde a nuestra cultura jurídica la idea de impugnar el acto o negocio precisamente por la autorización-intervención notarial de los mismos, como quien impugna un acto administrativo para destruir la eficacia de la que le rodea el artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. La cuestión del valor y eficacia de la autorización-intervención notarial surge, más bien, con ocasión de un litigio en el que un acto o negocio documentado notarialmente es relevante, sea para fundar la pretensión, sea como objeto de una pretensión impugnativa (contra el acto o negocio, no contra su autorización notarial).

Presupuesto lo anterior, hay que distinguir, a continuación, entre, por un lado, la impugnación del valor probatorio legal vinculado a la dación de fe sobre ciertos extremos, y, por otro lado, la eventual necesidad y el modo de combatir en el proceso los efectos jurídicos —de naturaleza distinta a la dación de fe y a su acompañante valor probatorio legal— de ciertos juicios y apreciaciones expresados por el notario.

1. IMPUGNACIÓN DEL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO NOTARIAL.
IMPRECISIONES, INSEGURIDADES Y SEGURIDADES EXCESIVAS. ¿SÓLO MEDIANTE
CONDENA EN PROCESO PENAL POR FALSEDAD?

La impugnación del valor probatorio legal del documento público en cuanto a los extremos dotados estrictamente de ese valor (arts. 319.1 LEC y 1.218 del Código Civil) sigue teniendo en la nueva LEC un régimen tan deficiente como en el antiguo ordenamiento procesal. Realmente el problema es que no se establece expresamente un régimen de impugnación, lo que origina dudas sobre cuál deba ser el mismo y, en cierto modo, sobre la verdadera entidad y eficacia de las normas de prueba legal. Lo último tanto más desde que la LEC ha establecido una norma de facilitación probatoria a favor de una clase de documentos públicos que no están dotados de valor probatorio legal en ninguno de sus extremos (art. 319.2 LEC).

Me adelanto a decir que no constituyen impugnación del valor probatorio legal del documento público, a pesar del epígrafe del artículo 320 LEC, las actividades a las que se refiere este artículo, ni las de impugnación de testimonios o certificados incompletos (art. 321 LEC), ni, en fin, las de comprobación de la autenticidad formal de documentos públicos sin protocolo, matriz o expediente original (art. 322 LEC). Estas actividades van dirigidas a establecer o a impugnar un requisito previo a la atribución del valor probatorio legal y condicionante de esa atribución: si el documento es un documento público —en efecto, también ha de ser posible una impugnación fundada en que el documento no cumple los requisitos de los arts. 1.216 y 1.217 del Código Civil y de las normas a las que éstos remiten—, completo y plenamente coincidente con el original si se aportó una copia (arts. 320 y 321 LEC), o que, cuando no es posible el cotejo con el original, cumple determinados requisitos (art. 322 LEC). Si las mencionadas condiciones no se dan en sus respectivos casos, la impugnación del valor probatorio legal del documento no es ni siquiera necesaria, porque el documento aportado no encaja en el supuesto de hecho legal al que, también la ley, vincula aquel valor en cuanto a ciertos extremos del documento.

De impugnación del valor probatorio del documento público cabe hablar si una parte sostiene que el hecho, acto o estado de cosas documentados, la fecha de la documentación o la identidad del fedatario o de las personas que se dicen intervinientes, no coinciden o son divergentes con la realidad de lo acontecido.

El establecimiento de las normas de prueba legal no excluye que esa realidad divergente de lo documentado pueda ser probada y, con ello, queden privados de valor probatorio legal los extremos del documento en principio dotados del mismo.

La cuestión es de qué modo debe hacerse la impugnación, porque una poco matizada exposición de los datos probados por prueba legal a ser con-

trarrestados con fundamento en medios de prueba de libre apreciación, puede conducir a una real infravaloración de las reglas de prueba legal y de los fines a los que quiere servir el establecimiento de las mismas.

La técnica jurídica en cuanto al modo de impugnación que, a mi juicio, simboliza una mayor protección del valor probatorio legal, es la vigente en Derecho italiano, que impone instar una declaración específica de la falsedad del documento para eliminar su valor probatorio legal, declaración que puede obtenerse en un proceso civil autónomo o en un debate incidental específico inserto en el proceso civil en el que se aportó el documento (3).

Diferentemente, la ZPO se limita a disponer que «*Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig*» (§ 415, párrafo segundo). Pero, aunque falte el rigor procedimental del que rodea la impugnación el Derecho italiano, la doctrina recalca que «es necesaria la prueba de la incorrección (de lo documentado). El valor probatorio del documento no queda excluido, ni eliminado mediante la prueba de la posible incorrección o por la mera puesta en duda de la corrección» (4).

En nuestro ordenamiento, y bajo la antigua LEC, la cuestión del modo de impugnación del valor probatorio legal del documento público no tenía una respuesta específica (5). La doctrina sostenía —a veces con incomprensibles reservas (6)— que, junto al proceso penal para el enjuiciamiento del delito de falsedad eventualmente cometido, era admisible plantear en el propio proceso civil la divergencia entre lo documentado y la realidad que pretende reflejar, probar esta última con todos los medios de prueba admisibles, y que, en definitiva, la sentencia decida qué hechos han de ser tenidos por ciertos (7).

La nueva LEC no ha alterado los términos para resolver la cuestión. Y, a mi juicio, la doctrina no siempre se ha pronunciado sobre el modo de resolverla con la suficiente claridad, y, menos aún, de manera uniforme.

En unos casos, la impugnación del valor probatorio legal del documento público no se distingue con suficiente nitidez de impugnaciones previas di-

(3) Sobre la denominada *querela di falso*, véanse los artículos 221-227 CPC, y una aproximación a sus problemas en CARPI, F., TARUFFO, M., *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 2002, págs. 692-702.

(4) LEIPOLD, D., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV-2, 21.^a ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1999, pág. 432.

(5) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir.: ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, pág. 119.

(6) PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Madrid, 1982, pág. 716, indica —demostrando cierta reticencia frente a este modo de impugnación— que «al lado de la falsedad penal se habla (con razones poco asequibles) de falsedad civil, sin duda para significar la ausencia de dolo penal, pero subsistiendo la idea de falsedad».

(7) GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, Aguilar, Madrid, 1947, pág. 548; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, págs. 119-120.

rigidas a establecer si la copia aportada coincide plenamente con el original del documento (8).

En algunos autores la impugnación del valor probatorio legal del documento público no aparece netamente distinguida del modo de contrarrestar efectos del documento público que no consisten en valor probatorio legal, porque se refieren a aspectos sobre los cuales ese valor no está establecido. Así, por ejemplo, la veracidad del contenido de las declaraciones de los otorgantes (9), siendo así que el valor probatorio legal sólo cubre, respecto de las declaraciones de los otorgantes, el hecho de que fueron formuladas con un determinado tenor, pero no la sinceridad y veracidad de su contenido.

Otros autores sí que expresan con claridad su tesis sobre el modo de impugnación del valor probatorio legal del documento público.

Así, para MONTERO: «en el proceso civil en que se presenta un documento público, y ahora nos referimos a los notariales, la parte del mismo que queda cubierta por la fe pública y que hace prueba plena (y el caso más evidente es el de la fecha), no puede verse desconocida por el Juez al que se le impone la valoración legal del medio de prueba, salvo que se ponga en marcha un proceso penal, con suspensión del civil, y en aquel proceso se condene a los autores por el delito de falsedad. La fe pública notarial supone que en el proceso civil no cabe prueba para evidenciar la falsedad de la escritura pú-

(8) Me parece que es el caso de DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, con Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., Cera, Madrid, 2001, págs. 341-342. Aunque comienza matizando que «el artículo 320 LEC se ocupa de la impugnación del valor probatorio del documento público o, *mejor* (la cursiva es mía) —como dice el precepto literalmente— de la impugnación de la autenticidad», concluye que «si el cotejo o la comprobación —en todo caso, una comparación— arrojan resultado de identidad, la específica fuerza probatoria del documento público queda confirmada y deviene inatacable». Del mismo autor, ahora en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, es la siguiente frase en págs. 563-564. «Son documentos que, en principio, llevan el sello de la autenticidad y de la verdad de lo que documentan y su autenticidad y veracidad sólo puede ser destruida mediante una impugnación que, además, demuestre inequívocamente la falsedad o el error tras las operaciones previstas en el artículo 320, si son posibles y cuando no sea de aplicación el artículo 321». La frase me parece equívoca, porque no deja claro si tales operaciones son las únicas admisibles para demostrar la falsedad o el error o si la mención de las mismas se debe a que, en todo caso, deben realizarse previamente a esa demostración.

(9) ASCENIO MELLADO, J. M., «Proceso civil práctico», con otros autores, IV, en *La Ley*, Madrid, 2001, pág. 526; GARCIAÑDÍA GONZÁLEZ, P., en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1122-1123; SACRISTÁN REPRESA, G., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2001, págs. 1522-1524; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 100-101.

blica, siempre en su parte de valor legal, y desde la misma dictar sentencia negando el valor probatorio legal de ese documento» (10).

Y para ORMAZÁBAL: «el ejercicio de la correspondiente acción penal, por haber incurrido el fedatario en falsedad en relación con los hechos aseverados en el documento, es el único medio para evitar que aquél despliegue su eficacia de prueba legal en los términos más arriba expuestos» (11).

A mi modo de ver, el proceso penal que finalice con una sentencia de condena por falsedad del fedatario público no es, ni puede ser, el único modo de impugnar el valor probatorio legal del documento público.

Aún suponiendo que el único caso en que pudiera ser excluido ese valor probatorio fuera el de que el fedatario público hubiera incurrido en una consciente divergencia entre lo percibido por él y aquello sobre lo que ha dado fe en el documento, el proceso penal con resultado de condena sería un instrumento insuficiente para constatar la concurrencia en la realidad de tal único supuesto de exclusión del valor probatorio legal. Como GUASP hace tiempo que advirtió (12), bastaría el fallecimiento del fedatario público imputado —o una incapacidad del mismo que diera lugar a una suspensión indefinida del proceso penal—, la prescripción del delito o la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, para que, aunque constara objetivamente la divergencia entre la realidad y lo documentado con cobertura de fe pública, el valor probatorio legal no pudiera ser excluido.

Pero es que, además, como apunta DE LA OLIVA (13), también la demostración inequívoca de un error del fedatario público que haya conducido a la mencionada divergencia puede fundar la exclusión del valor probatorio legal (14).

Como la LEC no establece ningún procedimiento específico para impugnar el valor probatorio legal del documento público, he de concluir que, salvo que proceda la aplicación del artículo 40.4 y 5 —y, aún en tal caso, si el

(10) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado V, 2, B.

(11) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, pág. 101.

(12) GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, Aguilar, Madrid, 1947, pág. 548.

(13) DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, pág. 564.

(14) En la doctrina alemana no se discute que lo relevante es alcanzar la prueba de la objetiva incorrección de la documentación en relación con el hecho de lo declarado, las circunstancias de lugar y tiempo de la declaración y la identidad del fedatario y de los declarantes, sin que importe que esa incorrección se deba a falsedad, a error o a otras causas. Véase, en este sentido, LEIPOLD, D., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV-2, 21.^a ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1999, págs. 432-433.

proceso penal termina sin pronunciamiento de condena, pero que no niegue la divergencia objetiva entre lo documentado por el fedatario y lo acontecido ante él—, el modo de impugnación habrá de consistir en alegar la mencionada divergencia y probarla con cualesquiera medios de prueba admisibles. La clave de la protección que el ordenamiento dispensa al valor probatorio legal por él establecido radica en el resultado probatorio que esos medios de prueba habrán de producir para que resulte excluido el valor probatorio legal. Habrá de ser un resultado de plena, absoluta y total convicción del tribunal acerca de que lo ocurrido en la realidad fue diferente a lo que figura documentado con fe pública. Las razones de esa convicción han de ser, además, expuestas en la motivación de la sentencia (art. 218.2 LEC).

Sostener que el valor probatorio legal de los documentos públicos puede ser impugnado del modo dicho, puede entenderse que conduce a una equiparación del trato de estos —establecido en el art. 319.3 LEC— con el correspondiente a los documentos que la LEC ha diferenciado como documentos administrativos u oficiales (art. 319.2 LEC), respecto de los cuales sí que dispone que «los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado».

Evidentemente si esta desvirtuación hay que entenderla como una prueba conducente «a un juicio de certeza contrario o distinto» (15), se produciría aquella equiparación. Pero, de modo no menos evidente, sí, en caso de valor probatorio legal del documento público, se excluyera toda posibilidad —salvo la de condena penal del fedatario— de una prueba plena acerca de haberse producido una documentación con fe pública que diverge de la realidad documentada, se estaría incurriendo en la insuficiencia de los medios de impugnación de la prueba legal que más arriba comenté.

A mi juicio, el apartado 1 del artículo 319 —aún con la posibilidad de impugnación razonablemente amplia que sostengo— puede tener un significado plenamente distinto al del apartado 2 del mismo artículo, si se entiende que en este apartado «desvirtuar la certeza de lo documentado» no significa conseguir la plena convicción del tribunal sobre la certeza de algo distinto a lo documentado, sino generar las dudas del tribunal —quitar fuerza a la certeza— sobre lo documentado. El valor probatorio de los documentos administrativos u oficiales quedaría desplazado con el simple *acreditamiento* de lo contrario a lo que en ellos se constata, tal como, por cierto, literalmente dicen las dos disposiciones más importantes en esta materia —los arts. 107.1 y 144.1 de la Ley General Tributaria—.

(15) DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, pág. 564.

2. IMPUGNACIÓN DE EFECTOS DEL DOCUMENTO NOTARIAL DISTINTOS AL VALOR PROBATORIO LEGAL. CARGA DE LA DEMANDA, CARGA DE LA PRUEBA Y MODO DE CONTRARRESTAR UNA VENTAJA PROBATORIA

Aparte del contenido del documento notarial estrictamente cubierto por la fe pública y al que se atribuye valor probatorio legal —contenido al que, principalmente, se refiere el art. 319.1 LEC—, el artículo 17 bis, apartado 2, letra a), de la Ley del Notariado parece atribuir, bajo la fórmula impropia de «el notario deberá dar fe», una eficacia especial a ciertos juicios y apreciaciones del notario contenidos también en el documento notarial.

¿Cómo se impugna esa especial eficacia? ¿Qué significa impugnarla y qué se requiere para el éxito de la impugnación? Incluso, ¿es necesario impugnar esa «eficacia especial» o se trata, realmente, de la impugnación de algo diferente a la misma?

Entre los juicios y apreciaciones del notario a los que se refiere el artículo 17 bis, apartado 2, letra a), de la Ley del Notariado, cabe distinguir dos clases, en atención a la naturaleza del juicio o apreciación y también a la existencia o no de una doctrina jurisprudencial que reconozca alguna eficacia especial a los mismos:

1.º Por un lado, tenemos la pretendida dación de fe sobre la capacidad de los otorgantes, la libre prestación de su consentimiento y la debida información de la voluntad expresada por los mismos.

Estos juicios o apreciaciones tienen una naturaleza compleja. En parte expresan los resultados de cierta observación de la realidad por el fedatario, o, mejor, de una apariencia externa de esa realidad: signos externos reveladores del estado psicofísico del otorgante, circunstancias que rodean la expresión del consentimiento. En otra parte son suposiciones de hechos ni percibidos, ni perceptibles por el fedatario —por ejemplo, que la declaración de un otorgante no está influida por el miedo, la intimidación, el error o la conducta dolosa de la contraparte o de un tercero—. En fin, expresan auténticas valoraciones jurídicas acerca de la aptitud de los otorgantes y de la ausencia de vicios de consentimiento, valoraciones que se basan en los elementos anteriormente mencionados.

La eficacia especial de esta clase de juicios y apreciaciones es explicada por la jurisprudencia y la doctrina de modos muy diversos. Unos acuden a la categoría de la presunción *iuris tantum* (16). Otros autores critican la anterior

(16) CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir.: ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, pág. 141; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1123-1124; y la jurisprudencia citada por ambos, así como la que cita ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumen-

explicación y estiman más correcta la de una regla especial de carga de la prueba (17). Otros, en fin, la explican como un principio de prueba sobre los elementos beneficiados por esa eficacia especial (18) o como una regla especial que incide en la libre valoración de la prueba (19).

Por el momento diré que no me parece del todo equivocada la explicación de la especial eficacia de esta primera clase de juicios y apreciaciones mediante conceptos propios de Derecho probatorio. Como he apuntado antes, esos juicios y apreciaciones se fundan sobre ciertas constataciones de hechos —más bien menos que más seguras— realizadas por el fedatario. Cuestiones diferentes —sobre las que volveré después— son si, de una parte, los conceptos de Derecho probatorio bastan para la explicación, y, de otra, si alguna de las explicaciones ensayadas sirve sólo para los negocios jurídicos con documentación notarial o es extensible a toda impugnación de negocio jurídico, cualquiera que haya sido la forma de su celebración.

2.º La segunda clase de juicios o apreciaciones que consideramos incluye la pretendida dación de fe acerca de que «el otorgamiento se adecúa a la legalidad».

La explicación de una especial eficacia de este juicio en términos de presunción *iuris tantum* también la ha hecho la doctrina. Decía NÚÑEZ LAGOS —y CORDÓN MORENO estima acertada su tesis— que «la fe pública notarial irradia sus efectos en dos capas o estratos del otorgamiento: en la de los hechos (*iuxta verum dictum*) como manifestación de verdad o de realidad, y en la del derecho, como manifestación de legalidad (*iuxta legem actum*). En el primer estrato, el acto documentado por el notario surte todos sus efectos íntegramente mientras una sentencia no declare su falsedad, es decir, mientras no deje de ser instrumento público. En el segundo estrato, el negocio jurídico contenido en la escritura pública es legal y válido *iuris tantum*, mientras una sentencia firme no declare su nulidad» (20).

En este caso, la explicación mediante aquella categoría de Derecho probatorio me parece del todo inapropiada, porque en modo alguno se halla en

tos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 64-65.

(17) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

(18) SACRISTÁN REPRESA, G., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2001, pág. 1524.

(19) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos», en *La Ley*, Madrid, 2000, págs. 66-67.

(20) NÚÑEZ LAGOS, *Estudio sobre el valor jurídico del documento notarial*, Alcalá de Henares, 1945, pág. 68, citado por CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, pág. 141.

cuestión la fijación de hechos relevantes, sino, presupuestos los elementos del negocio a los que los otorgantes han prestado su consentimiento como consta documentado, que tales elementos respetan los límites imperativos de la autonomía de la voluntad. Es decir, el juicio del notario es un juicio estrictamente jurídico, que, si es el caso, en un proceso será realizado *ex novo*, como uno de los componentes del enjuiciamiento sobre el objeto del proceso, sin que la parte interesada en impugnar el negocio, ni el tribunal, estén condicionados por, ni deban contrarrestar específicamente aquel implícito juicio de legalidad efectuado por el notario. Cómo máximo puede reconocerse un valor extrajurídico debido a la *auctoritas* que pueda reconocerse, genéricamente, a la intervención notarial o, más probablemente, a la de un determinado notario.

La impugnación de un negocio jurídico porque sus estipulaciones no se ajustan a la legalidad no tiene ninguna especialidad debida al requisito de forma de la documentación notarial frente a otras formas del negocio. Únicamente es más probable que con la intervención de notario y con su asesoramiento, las partes eviten desajustes a los límites imperativos a la autonomía de la voluntad.

Vayamos, ahora, a la impugnación de la especial eficacia de los juicios y apreciaciones de la primera clase antes descrita.

Una primera observación es la de que no hay, de entrada y directamente, ninguna impugnación de tal especial eficacia, sino una impugnación del negocio jurídico, celebrado en forma de documento público notarial.

Esta impugnación puede articularse, procesalmente, de dos modos:

1.º Si el negocio se ha hecho valer como hecho constitutivo para obtener la tutela judicial, la falta de capacidad, de libertad en el consentimiento (por incidencia de violencia o miedo), de voluntad debidamente informada (influida por el error o el dolo) y, aunque el artículo 17 bis, apartado 2, letra a), de la Ley del Notariado no lo diga, la falta de expresión sincera del consentimiento (por ejemplo, por simulación), serán utilizados por el demandado para fundar una reconvención, una excepción reconvencional (art. 408.2 LEC) o una defensa de fondo para obtener, simplemente, la desestimación de la demanda.

2.º Pero la persona interesada puede también utilizar esos hechos y las apreciaciones jurídicas que se sustentan en los mismos para instar una tutela judicial declarativa (negativa) o constitutiva (extintiva) del negocio jurídico.

Pero ¿ocurre, en principio, algo distinto si el negocio sólo tiene documentación privada o se ha formalizado como pacto verbal?

En esencia, no. Las posibilidades de articulación procesal de la impugnación del negocio son las mismas. Pero es cierto que la presencia, en un caso, del documento público notarial —con sus efectos no procesales (acceso al Registro de la Propiedad) y procesales de valor probatorio legal— y la ausencia del mismo en los demás casos, influirá en la carga de la demanda:

1.º Es más probable, si la documentación es privada o no hay documentación, que, con base en el negocio, se tenga necesidad de pretender tutela declarativa o de condena, mientras que, si hay documentación notarial, los efectos de la forma de la documentación inducen al reconocimiento y al cumplimiento extraprocesal.

Pero, con independencia de la forma de la documentación, si se piden esas tutelas el actor habrá de probar los hechos constitutivos del negocio y, si el demandado quiere impugnarlo, habrá de alegar y probar las causas mencionadas.

2.º Es, en cambio, más probable si hay documentación notarial que si no la hay, que exista interés en presentar demanda de impugnación del negocio. Aunque también faltando esa documentación puede haber interés en la demanda de impugnación si, por ejemplo, se hubiera ya operado una transmisión patrimonial en cumplimiento de las obligaciones constituidas por el negocio.

Presentada la demanda, ¿hay una diferente atribución de la carga de la alegación y de la prueba según el negocio haya sido o no documentado con intervención notarial?

Según las reglas generales sobre carga de la prueba, no. Y, aunque es innecesario, se podría añadir que la prueba legal vinculada a una parte del documento público de ninguna manera impone matizar esa respuesta negativa. En efecto, la prueba legal prueba determinados hechos y, en la correspondiente medida, queda excluida la aplicación de la regla de carga de la prueba —que es una regla de imputación de las consecuencias desfavorables de la falta de prueba—, precisamente por que la parte ha probado con éxito.

Algún autor (21) ha querido explicar aquella especial eficacia generada por la autorización notarial y diferente al valor probatorio legal vinculado al estricto objeto de la fe pública mediante una regla especial de carga de la prueba. El interesado en que se declare la invalidez o ineficacia del negocio tendría que probar plenamente la falta de capacidad, de seriedad y sinceridad de la declaración de voluntad, o de libertad de la misma o de conocimiento informado, y la posición procesal de esa parte resultaría perjudicada por la falta de esa prueba (22).

(21) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

(22) En principio, la explicación suena bien. Pero, rápidamente, tiende uno a preguntarse si acaso ocurre algo distinto cuando el negocio no ha sido notarialmente documentado. Por ejemplo, sería una de tales reglas especiales de carga de la prueba la de que, en caso de testamento abierto, quien lo impugnara con base en falta de capacidad del testador por carencia de cabal juicio, tendría que probar esa falta plenamente. Pero ¿acaso la regla de carga es diferente en caso de testamento ológrafo? Creo que no. Tanto si para determinar que la falta de capacidad es un hecho impeditivo acudimos a la teoría de la nor-

A mi juicio, esa explicación es incorrecta y aboca a una identificación entre dos cosas que se querían distinguir: el valor probatorio legal del documento público notarial y una especial eficacia de ese documento consistente en una ventaja o facilitación probatoria cuya entidad hay que precisar.

¿En qué puede consistir esa ventaja o facilitación?

En primer lugar, en una especie de preconstitución de una prueba testifical respecto de elementos de hecho relevantes para fundar determinados juicios o apreciaciones. Si el notario hace constar que, a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad (natural) necesaria, se debe a que ha observado unos signos externos que le llevan a aquella conclusión; y si hace constar que los otorgantes expresan una voluntad debidamente informada, se deberá a que les leyó y, en su caso, explicó, las cláusulas y los otorgantes manifestaron entenderlas.

En segundo término, la ventaja o facilitación probatoria puede consistir en considerar adquiridas para la prueba, sin necesidad de que el notario declare como testigo, las constataciones anteriormente mencionadas, implícitas o subyacentes a juicios o apreciaciones expresadas por el notario en el documento.

En fin, el grado más intenso de esa facilitación probatoria consistiría en —sin abandonar la libre valoración de la prueba, porque, si en algo hay acuerdo es en que para estos extremos del documento público no hay valor probatorio legal— entender que el juicio o apreciación expresados por el notario, debido a la inmediatez de las observaciones en que se basa y a las aptitudes que desarrolla en su práctica profesional, son especialmente fiables y prueban, de entrada y en principio, los hechos subyacentes a los mismos. A partir de esto, la tarea probatoria de la parte que, por su posición procesal, necesite combatirlos será más ardua que si no existiera aquel inicial reconocimiento de fiabilidad.

Obviamente es admisible que la parte interesada contrarreste esa especial fiabilidad. El problema consiste en determinar qué resulta necesario para entender que ha sido contrarrestada con éxito.

Una respuesta puede ser la de que, para contrarrestar el resultado probatorio inicialmente establecido por determinados juicios y apreciaciones expresados por el fedatario público, es necesaria la prueba plena de lo con-

malidad —PRIETO-CASTRO, L., «La defensa del demandado», en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 178-179—, como si atendemos a la más objetiva teoría normativa —DE PADURA BALLESTEROS, M. T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 90-91, en nota; específicamente para nuestro ejemplo, el artículo 662 del Código Civil reconoce la capacidad para testar de un modo que la prohibición de la misma constituye una excepción—, concluiremos que la carga de la prueba de la incapacidad para testar la tiene el que impugna el testamento.

trario (23), de unos hechos distintos a aquellos que están presupuestos o implícitos en los juicios o apreciaciones mencionados.

Esta respuesta no me parece correcta, porque acaba por exigir lo mismo para destruir el valor probatorio legal del documento público que para contrarrestar la especial eficacia de esos juicios y apreciaciones del fedatario, que ahora estamos considerando.

Evidentemente, en la anterior confusión no se incurre si se sostiene que el único modo de destruir el valor probatorio legal es el de obtener una condena penal por falsedad del fedatario público. Pero, como ya apunté más arriba, esa limitación me parece arbitraria —es decir: sin razón objetiva que la fundamente— porque el medio jurídico mencionado ni siquiera sirve para corregir todos los casos de divergencia entre lo percibido por el fedatario y lo que el mismo ha hecho constar en el documento bajo fe pública. Por no hablar de los casos de error en la percepción.

Más plausible me parece la respuesta de que la ventaja o facilitación probatoria vinculada a los hechos implícitos o presupuestos en determinados juicios o apreciaciones notariales quedará eliminada si la parte a la cual aquella ventaja es desfavorable, consigue un resultado probatorio parcial que simplemente genere en el juez la duda acerca del resultado probatorio inicialmente vinculado a ciertos contenidos del documento público que ahora consideramos. A partir de esa quiebra de la ventaja inicial —quiebra que habrá de ser razonada en la motivación de la sentencia (art. 218.2 LEC)— la formación de la convicción sobre los hechos relevantes se desenvolverá sin especiales condicionamientos. Por otra parte, según los resultados probatorios alcanzados —o no alcanzados— en la libre apreciación de la prueba sobre esos hechos, la sentencia resolverá sobre la pretensión, aplicando, en su caso, las reglas de carga de la prueba establecidas por la ley.

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat de València (Estudi General)

(23) MONTERO AROCA, J., «La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso», en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

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 19-4-2004

(BOE 19-5-2004)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 1

HIPOTECA. DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOBRE PARTICIPACIONES INDIVISAS CON ADSCRIPCIÓN DE USO DE PLAZAS DE GARAJE Y TRASTEROS.

Vendida una vivienda y una participación indivisa global de un local que lleva aneja la facultad exclusiva y excluyente del uso de determinadas plazas de garaje y trastero, que representan, respectivamente, cierta cuota dentro del total de dicha participación global transmitida, y habiéndose abierto folio independiente a cada una de las expresadas participaciones, no es necesaria la distribución de la responsabilidad hipotecaria en relación con las mismas, pues la hipoteca se constituyó sobre la única participación indivisa globalmente considerada que daba derecho al uso exclusivo de los espacios referenciados adscritos a determinada cuota dentro de la global y determinarse, además, un único precio de tasación para subasta respecto a la dicha participación indivisa global.

Además, la forma de practicar la inscripción —apertura de folio independiente respecto de cada participación— obedece tan sólo a la finalidad de descongestionar el Registro, pero no puede implicar que sea ineluctable la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Resolución de 4-5-2004

(BOE 3-6-2004)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

HERENCIA. EXTRANJEROS. INNECESARIEDAD DE ACREDITAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL CAUSANTE EXTRANJERO CUANDO COMPARECEN EN LA ESCRITURA TODOS LOS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN.

Es inscribible una escritura de adición de herencia otorgada por la viuda y todos los hijos del causante, quien había adquirido la participación indivisa relictiva, por compra, con arreglo a la legislación de su país, pues siendo aquéllos mayores de edad y teniendo plena capacidad, engloban todos los intereses existentes para la realización del negocio jurídico contenido en la escritura.

Respecto a la participación indivisa inscrita a nombre de la viuda, que no es objeto de la herencia, es un problema que queda diferido para el momento de su posterior enajenación.

Registro Mercantil

POR ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 13-4-2004

(BOE 14-5-2004)

Registro Mercantil de Barcelona, número IV

DEPÓSITO DE CUENTAS. ANUNCIOS DE LA CONVOCATORIA.

La lista de documentos a presentar que contiene el artículo 366 del RRM no es *numerus clausus*. Procede exigir la presentación de los anuncios de convocatoria de la junta, puesto que el Registrador debe calificar si son o no válidos.

Resolución de 5-5-2004

(BOE 19-5-2004)

Registro Mercantil de Valladolid

DEPÓSITO DE CUENTAS. INFORME DE AUDITOR NOMBRADO A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

Aportándose informe del auditor —designado por el Registrador a solicitud de los socios minoritarios— «con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de los trabajos realizados», no puede efectuarse el depósito de las cuentas, puesto que tal informe no puede considerarse el informe de auditoría que exige el artículo 366.1.5.º del RRM.

Resolución de 6-5-2004

(BOE 4-6-2004)

Registro Mercantil de Madrid, número XIII

LIQUIDACIÓN. CESIÓN GLOBAL.

En una liquidación con cesión global de su activo y pasivo al socio único, es necesario que conste el acuerdo de la junta general de la sociedad cesionaria.

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DEFENSOR JUDICIAL. INEXISTENCIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Antecedentes.—Doña Eva pretendió, en la demanda rectora de este proceso, la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo que había seguido, varios años antes, Banco Central, S. A. contra ella y sus hermanos —todos herederos del difunto padre—, y su madre, como cónyuge viudo, en el cual, tras la sentencia de remate, se siguieron los trámites del apremio.

En dicha demanda había alegado la actora, como causa de la pretensión, un cúmulo de supuestos vicios procesales, de los que sólo ha incorporado al recurso de casación algunos, casi todos con un denominador común: *fue menor de edad durante la tramitación del juicio ejecutivo que pretende anular y, en él, el modo en que su madre había ejercido su representación legal (con inactividad procesal que motivó la declaración en rebeldía) le habían producido indefensión.*

Doctrina.—Inexistencia de conflicto de intereses entre madre e hija y por consiguiente inexistencia del vicio procesal y de la necesidad de defensor judicial. *La madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija.* Los instrumentos de defensa eran los mismos y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial.

COMENTARIO

Alega la recurrente que, en el juicio ejecutivo precedente, cuya nulidad, según se ha dicho, insta, se había despachado ejecución contra sus bienes y los de su madre (y hermanos) en las condiciones respectivas de heredera y cónyuge viudo de su padre, que falleció sin testar.

También afirmó que, en un juicio de testamentaría, en relación con la sucesión del mismo causante, *el Juzgado de Primera Instancia competente, por considerar que entre ella y su madre había conflicto de intereses, le designó un defensor judicial.* Por ello, concluye, la representación legal que ostentó su madre en el juicio ejecutivo había resultado, además de ineficaz (ya que, como se ha dicho, fue declarada en rebeldía procesal), *absolutamente inválida y contraria a las normas antes mencionadas.*

Los artículos 162.2 y 163 del Código Civil establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados [sentencias de 17 de enero (1) y de 4 de marzo de 2003 (2)] que el artícu-

(1) STS de 17 de enero de 2003. Ponente: AUGER LIÑÁN, CLEMENTE. Número de sentencia: 21/2003. Número de recurso: 2083/1997. (LA LEY JURIS: 825/2003). «Se trata de una acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada por el padre con oposición de la madre, única demandada. Se produce una falta de litisconsorcio pasivo necesario por la necesidad de dirigir la demanda también contra el menor. En cuanto al tema del defensor judicial, la doctrina de la sentencia establece que la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando se compruebe la existencia de un conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Se exige el nombramiento de oficio por el juez de un defensor judicial del hijo».

STS de 5 de noviembre de 2003. Ponente: GARCÍA VARELA, ROMÁN. Número de sentencia: 1010/2003. Número de recurso: 4394/1997. (LA LEY JURIS: 1511571/2003.) «Como razonamiento complementario, que no es decisivo para la determinación del fallo, indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.

En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses».

STS de 24 de febrero de 2004. Ponente: CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS. Número de sentencia: 128/2004. Número de recurso: 945/1998. (LA LEY JURIS: 1622217/2004). En este supuesto se produce un defecto procesal grave de orden público en el emplazamiento de un menor en un proceso en el que se le reclama una indemnización con cargo a los bienes heredados de su abuelo. Emplazamiento en la persona de un hipotético administrador designado por el testador con relación a aquellos bienes, pero que no ha aceptado el cargo, ni expresa ni tácitamente. Necesidad de que el emplazamiento se hubiese entendido con su representante legal. «El órgano judicial debía vigilar la corrección del emplazamiento —que en absoluto es válido si tiene lugar en un hipotético administrador atribuyéndole una cualidad de representación que no le corresponde—, como asimismo le incumbía el deber de controlar que el defecto de capacidad procesal —*letigimatio ad processum*— del menor de edad se integrase debidamente mediante la representación legal, y en su caso el defensor judicial. El Tribunal Constitucional viene reiterando en relación con los actos de comunicación que «en la medida que hacen posible la comparecencia del interesado y la defensa contradictoria son una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano judicial». En el caso, ni se cumplió la integración de la capacidad procesal del menor, ni siquiera se le pueda considerar emplazado en forma alguna. Se ha producido, por consiguiente, un defecto procesal grave, de orden público —por lo que incluso es apreciable de oficio—, que da lugar a la nulidad de pleno derecho de los actos procesales a partir de su causación, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece dicha nulidad cuando «se infrinjan los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido indefensión».

(2) STS de 4 de marzo de 2003. Ponente: GARCÍA VARELA, ROMÁN. Número de sentencia: 212/2003. Número de recurso: 2489/1997. (LA LEY JURIS: 12132/2003). Se trata de un supuesto de reclamación de la paternidad no matrimonial de una menor por parte

lo 299.1.º del mismo Código extiende a otros supuestos. Se trata del *defensor judicial, con precedente en el curador, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales*.

En ciertos artículos del Código Civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras «conflicto de intereses» (arts. 299 y 162.2), mientras que en otros los términos empleados son los de «interés opuesto» (art. 163) o «incompatibilidad u oposición de intereses» (art. 237 bis), que tienen un sentido semejante (3).

El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor y en relación con cada asunto concreto (art. 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia.

del presunto padre. Hay un evidente conflicto de intereses entre la madre, que se niega a la práctica de la prueba biológica, y la menor. Declaración de oficio de la nulidad de actuaciones para permitir la intervención en el proceso de un defensor judicial.

(3) STS de 7 de noviembre de 2002. Ponente: AUGER LINÁN, CLEMENTE. Número de sentencia: 1046/2002. Número de recurso: 892/1997. (LA LEY JURIS: 134/2003). Sentencia recopilatoria de toda la doctrina del defensor judicial.

«El artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2; la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses.

En la sentencia impugnada la oposición de la madre demandada tiene en cuenta, entre otras circunstancias, que su negativa a la práctica de la prueba biológica interesada tendría su justificación en el secreto con que la madre quiere mantener la paternidad del menor respecto de la persona generante del mismo, que ella manifiesta ser distinta del propio actor.

Parece necesario advertir que el carácter de orden público del estado civil determina el mismo régimen para la reclamación de filiación no matrimonial hecha por el hijo que pretende el reconocimiento de la paternidad, como la hecha por el padre que pretende el mismo reconocimiento.

En este caso son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos.

Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así.

En atención a lo previsto en el artículo 300 del mismo Código, el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del Juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario».

Ese *casuismo* deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (art. 162.2). De ahí que la circunstancia de que en un juicio de testamentaria el órgano judicial competente hubiera entendido existente el conflicto entre los intereses de la ahora recurrente y su madre, que le representaba en él, no significa que ocurra lo mismo en todos los demás asuntos en los que deba operar la representación legal ni, en consecuencia, que la declaración efectuada en un proceso se extienda a supuestos distintos de los que la motivaron.

Siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (art. 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquélla para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin.

De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta.

La aquí recurrente tenía, como nuda propietaria de los bienes que habían sido de su padre y causante, unos intereses distintos a los de su madre, usufructuaria de ellos, en el juicio ejecutivo en que se despachó ejecución contra los bienes relictos. Incluso, entre uno y otro derecho, sobre el mismo objeto, se da en abstracto una contraposición natural, por cuanto el usufructo limita el derecho del propietario, el cual, por la elasticidad de la propiedad, recupera las facultades integradas en el derecho limitativo cuando éste se extinga.

Sin embargo, no puede afirmarse que la negación de la existencia de conflicto efectuada en la instancia no esté basada en una correcta valoración de las circunstancias concurrentes, pues de éstas resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial.

Con fundamento en el artículo 1.692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la recurrente denuncia (motivo segundo) la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales con el resultado de haber sufrido indefensión. Niega que en el juicio ejecutivo de constante referencia hubiera tenido lugar la comparecencia exigida en el artículo 2 de la misma Ley, por medio de su representante legal. Añade que dicha representación legal no se había ejercido por su madre, sino que fue renunciada, dado que su ascendiente no realizó actuación alguna en su defensa, razón por la que fue declarada en rebeldía (4).

(4) La madre de la recurrente la representó cuando recibió su citación de remate y cuando optó por no personarse en el juicio. La representación, que constituía un deber para ella, no era renunciable (ello al margen de que no hay dato alguno que permita

La doctrina de la DGRN en relación con el tema del defensor judicial sigue la línea jurisprudencial expuesta, y además es continuista en el propio Centro Directivo como lo demuestran las Resoluciones que a continuación recogemos (5).

En la primera de ellas, RDGRN de 3 de diciembre de 2003, se establece que «...teóricamente podría haber contraposición de intereses en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal *conveniencia está apreciada por el Juez al dar la correspondiente autorización*. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso —la finca pertenece *pro indiviso* a varias personas (entre ellas representante y representada) y se vende en su totalidad— no existe tal contraposición y, por ello, *no es necesaria la intervención del defensor judicial*» (6).

Y la segunda, RDGRN de 15 de septiembre de 2003 (7), se centra en que no es exigible el nombramiento de defensor judicial a los hijos menores representados por el cónyuge supérstite que realiza la liquidación, puesto que no siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio

entender que se intentó renunciar). En conclusión, la madre llevó a cabo la gestión representativa de su hija en el juicio ejecutivo, mediante un comportamiento omisivo, del que, en todo caso, derivó la heteroeficacia propia de la representación.

De otro lado, no puede considerarse violentada la regla de audiencia, que es esencial en el proceso civil. Las sentencias del Tribunal Constitucional 135/1986, de 31 de octubre, y 220/2002, de 25 de noviembre, señalan que el artículo 24.1 de la Constitución Española incluye en las garantías que tutela la protección del derecho de todo posible litigante a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio. Sin embargo, esas normas no se infringen cuando es la parte la que, en ejercicio de su libre y consciente determinación, opta por no personarse en las actuaciones de las que tiene noticia en los términos exigidos por la norma (ello al margen de que el comportamiento omisivo causante de la declaración de rebeldía no tiene un significado unívoco, pues tanto puede deberse a desinterés como a reconocimiento del derecho del demandante).

(5) RRDGRN de 27 de enero de 1987, de 14 de marzo de 1991, de 10 de enero de 1994, de 3 de abril de 1995, de 6 de febrero de 1995, y, recientemente, de 11 de marzo de 2003...

(6) RDGRN de 3 de diciembre de 2003 (LA LEY JURIS: 1524190/2003). «Una viuda y sus hijos son dueños de un solar, perteneciendo a la primera una parte *pro indiviso* en usufructo y otra parte en pleno dominio, y a los segundos una parte en pleno dominio y otra en nuda propiedad. Dichos titulares venden la finca, estando una de las hijas incapacitada y representada por su madre. Presentada la escritura en el Registro, acompañada de autorización judicial en cuya solicitud se expresó la situación de *pro indivisión*, y que faculta para la venta, la Registradora no practica la inscripción, pues, entendiendo que existe contraposición de intereses, es preciso el nombramiento de defensor judicial».

(7) RDGRN de 15 de septiembre de 2003 (LA LEY JURIS: 2816/2003). El supuesto de autos versa sobre la liquidación de sociedad conyugal y partición de herencia donde «...la liquidación es total; todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal; la totalidad de esos bienes se adjudican *pro indiviso* al cónyuge supérstite y a los hijos por éste representados; se respetan estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos *ab intestato*; no ejercita la viuda ninguna opción de pago de su cuota legal, que se le satisface en usufructo; no se amplía o transforma alguno de los bienes mediante declaración de obra nueva, segregación o división horizontal; y se declara expresamente que no existen más bienes».

nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar el caso concreto (8).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(8) «...Es de advertir que el Registrador en su calificación no pone en tela de juicio la determinación expresa del carácter ganancial de los bienes inventariados sino que, más bien (aparte que lo hace en su informe y no en la calificación, cuando, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo es la calificación negativa —y no el posterior informe— la que deberá expresar la íntegra motivación jurídica de los defectos consignados en aquélla, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos de su negativa), se basa en el eventual carácter incompleto del inventario, si la viuda hubiera hecho ocultaciones que a ella favorecería y perjudicarían a los hijos».

Doctrina que supone «no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso, como se ha venido realizando hasta ahora. Pero según la breve nota de calificación del Registrador, la contradicción existe siempre por esa posibilidad de omisión de la existencia de deudas suyas en favor del patrimonio común, por lo queda inhabilitado para hacer unilateralmente la afirmación de que no existen más bienes. Según esto, siempre es posible la contradicción de intereses en la formación de inventario y el representante legal para probar que es objetivo, tendría que probar que no ha ocultado nada, prueba, como todos los hechos negativos, difícil, si no imposible, por lo que es exorbitante exigirla, si el padre o madre quieren librarse de la sospecha de actuación imparcial por omisión; sospecha carente de toda base legal y contraria a la presunción de ejercicio de buena fe de la potestad legal, a favor de sus hijos».

«...Si, como recuerda la Resolución de 22 de enero de 1987, la representación del defensor judicial no puede extenderse hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos (por lo que no puede admitirse como argumento la valoración del Registrador sobre lo inconveniente e innecesario de la forma de partir, valoración que, por lo demás, en el presente caso excede del ámbito propio de su función calificadora), tampoco debe extenderse a casos de posibles perjuicios no acreditados, sin más base que la hipótesis no demostrada de que el viudo ha podido falsear en su beneficio el inventario ocultando deudas. Si se admite este argumento, siempre y por principio existe oposición de intereses en la partición de herencia y en la previa liquidación de gananciales y habría que abandonar la doctrina hasta ahora mantenida, con el único argumento de la desconfianza preventiva hacia el padre o la madre, por si no hubieran sido veraces, desconfianza que no tiene apoyo legal alguno...».

«Es cierto que el artículo 163 del Código Civil ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicado, pero también lo es que la oposición de interés ha de ser real (el texto legal exige que el padre o la madre “tengan”, interés contrapuesto “en algún asunto”). Precisamente, en el caso resuelto por la Resolución de 15 de mayo de 2002, la oposición surgía del ejercicio por la viuda de la opción compensatoria de la *cautela socini* y de la declaración de una obra nueva a costa del patrimonio ganancial, lo que suponía la determinación unilateral del inventario en forma distinta a la que resultaba de los títulos de adquisición. De los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses, pues ni son conocidos, ni son concretos, ni resultan de la escritura ni del Registro, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria)...».

1.2. Derecho de familia

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN ACTA DE MANIFESTACIÓN NOTARIAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—Se pide la *nulidad* del instrumento público de fecha 26 de julio de 1990, en virtud del cual el esposo de la primera, don Alexander, ingresado en la Clínica XXX al padecer un carcinoma de vejiga en fase terminal, reconoció como hijo suyo al hoy demandado, solicitando igualmente se declare la *nulidad* del reconocimiento de paternidad en él efectuado y la inexistencia de la filiación no matrimonial pretendida con dicho reconocimiento.

Doctrina.—Relevancia del contenido indubitado del acta de manifestación notarial a los fines de que sirva de prueba al interesado para su reconocimiento de progenie extramatrimonial. Ineficacia a estos fines del acta de manifestaciones, puesto que *el documento público notarial adecuado para el reconocimiento, es la escritura pública.*

COMENTARIO

I. VALIDEZ DEL ACTA DE MANIFESTACIONES. INEFICAZ PARA EL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN

Se descarta la falta de capacidad del reconociente, así como la inexistencia de vicios formales en el instrumento notarial que, por los argumentos que esgrime, vale como *acta notarial*, «...si bien, al existir otra filiación del demandado —contradictoria, al haber sido reconocido en testamento de 26 de julio de 1965— no es posible viabilizar ese reconocimiento, que deviene al mismo *no nulo sino ineficaz* a los fines de que se ejercite, en su caso, la acción que proceda.»

II. EL DOCUMENTO ADECUADO PARA EL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL ES LA ESCRITURA PÚBLICA

La Sala afirma que: «El artículo 120 del Código Civil establece en el primer apartado que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. La referencia al documento público tiene su antecedente en el derogado artículo 131, por lo que, debe considerarse aplicable el artículo 186 del Reglamento del Registro Civil, según el cual, «*son documentos públicos aptos para el reconocimiento, la escritura pública, el acta civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación*».

No cabe duda que, con independencia de los testamentos, el documento público notarial adecuado para el reconocimiento es la *escritura pública*, ya sea, la otorgada con ese fin, ya se trate de la que se refiere a las capitulaciones

matrimoniales, si bien, nada parece impedir que pueda hacerse el reconocimiento en escrituras que no sean otorgadas con ese exclusivo objeto.

A esta misma conclusión, de que el documento público notarial adecuado para el reconocimiento es la escritura pública, ha de llegarse por aplicación del artículo 1.217 del Código Civil, en relación con el 144 del Reglamento Notarial, al prescribir el primero que, *«los documentos en que intervenga Notario Público se regirán por la legislación notarial y, al señalar el segundo que el contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases»*.

La sentencia recurrida entiende que el discutido documento de 26 de julio de 1990 puede considerarse como una escritura pública, teniendo en cuenta que, en el mismo se recoge el requisito del Juicio de capacidad que impone al Notario el artículo 167 del referido Reglamento. Sin embargo el Tribunal Supremo entiende que «dicho criterio no puede ser compartido —continúa la recurrida— pues, basta examinar la declaración que el Notario prestó en el procedimiento penal para comprender que el documento es un *acta de manifestación* (1) y que así fue decidido por dicho fedatario consciente de la diferencia de requisitos legales exigidos en el Reglamento respecto a la escritura pública».

III. EL DOCUMENTO PÚBLICO «ACTA DE MANIFESTACIONES» ES VÁLIDO Y SIRVE COMO MEDIO PROBATORIO EN EL EJERCICIO POSTERIOR DE OTRA ACCIÓN

No cabe pensar que ...«su contenido ha de declararse nulo y, por tanto, inexistente el reconocimiento que alberga, y ello no se comparte porque, como afirma el Recurso, de este modo, con esa inexistencia *in radice* se le veda al recurrente el posibilismo actuatorio de ejercitar *ex post* cualquier otra acción en pos de ese reconocimiento, apoyándose como un elemento probatorio calificado en ese contenido autenticado por el fedatario público».

Ese contenido expreso de reconocimiento de progenie extramatrimonial «reúne los presupuestos precisos para integrar un documento indubitado de los que se citan en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, y, como tal, ha de servir para instar por esta vía el reconocimiento pertinente o bien, como expuso el Juzgado, para no cerrar el paso a la ulterior o cualquier acción de declaración de paternidad previa impugnación de la contradictoria que co-existe, *ex* artículo 135 del Código Civil».

El reconociente y el reconocido expresamente afirman ante presencia notarial: Don Alexander reconoce como hijo suyo a don Eusebio, el cual acepta y agradece el reconocimiento que su padre formula mediante las presentes declaraciones. Es una prueba (documento indubitado) que servirá, si no para

(1) «...se aprecia que ese instrumento, lo más que será —según propia declaración del Notario—, es un acta de manifestación que, por tanto, no cumple con las previsiones del artículo 120 del Código Civil, en cuanto ese reconocimiento habrá, entre otros, de constar en documento público, lo que conduce al artículo 186 del citado Reglamento Notarial, en donde aparece la escritura pública y, que también ello se conecta con el artículo 1.217 del Código Civil, en su remisión al 144 del Reglamento, con lo que culmina que ese instrumento no es tal escritura pública, y sí sólo —se repite— un simple *acta de manifestación*».

el automatismo del reconocimiento formal de paternidad, como un elemento acreditativo de esa progenie a utilizar en la vía que, en su caso se utilice, bien la registral del artículo 49 LRC citado o la ordinaria que corresponda.

La declaración de ineficaz de ese instrumento lo es en el estricto campo de ese reconocimiento tipificado, pero al mantener su existencia o verdad —negada por la Sala *a quo*—, valdrá al interesado para cimentar su pretensión en cualquiera de las citadas alternativas.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

PROPIEDAD. ACCIÓN DE DESLINDE. NECESIDAD DE CONFUSIÓN DE LINDEROS COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN.—SE EXCLUYE LA ACCIÓN DE DESLINDE POR ESTAR LA FINCA PERFECTAMENTE DELIMITADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE JUNIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Se interpuso acción de deslinde por doña M. L. Lloves, propietaria de la finca colindante a la que se solicita el deslinde, contra doña P. y doña C. Esmerodes. En la demanda se solicitaba que se declarase que no existe la propiedad que los demandados alegan sobre parte de la finca en cuestión, y que se proceda al deslinde y amojonamiento de la finca «Carreira da Pedreira», propiedad del Ayuntamiento de Sotomaior, a fin de que se delimite la propiedad de los demandados sobre las casas y demás edificaciones señaladas por ellos, y que se les condene a desalojar aquellas partes de dicha finca que posean pero no sean propietarios, o no tengan título que justifique su posesión, ya que la demandante tiene derecho de paso a pie por el camino de unos dos o tres metros de ancho, existente a la salida de su propiedad, cerrado actualmente por tres cancelas, por ser vía pública; y que el derecho de paso con carro y vehículo por otro lindero queda obstruido por las edificaciones e instalaciones que los demandados tienen allí situadas; y que, por lo tanto, los demandados deben retirar todos los obstáculos que entorpecen o impiden el paso de la demandante por ese camino.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y sólo apreció el derecho de paso a pie de unos dos o tres metros de ancho que la demandante tiene a su favor, absolviendo de los demás pedimentos.

Se interpone recurso de apelación por la demandante, y la Audiencia Provincial de Pontevedra estima parcialmente la demanda, entendiendo que la demandante tiene el derecho de paso citado, que el acceso de la actora a su finca con carro y vehículo debe quedar libre de toda clase de obstáculos.

La demandante formaliza recurso de casación fundado en el número 4.º del artículo 1.692 LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto, por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código Civil en relación con el 384, y el artículo 384 del Código Civil en relación con el 24 de la Constitución.

El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación, estableciendo la siguiente

Doctrina.—La acción de deslinde procede cuando los límites de los terrenos están confundidos, de forma tal que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad ni su extensión. La confusión de linderos es presupuesto necesario, por tanto, de la acción de deslinde, y ésta no procede cuando la finca, como es este caso, aparece perfectamente delimitada e identificada, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio, circunstancias que no serán obstáculo para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

En el presente caso, en la escritura de compraventa de la finca, la misma se describe diciendo que «está toda ella cerrada con muro de piedra y tiene dos entradas...». La circunstancia del cerramiento total de la finca adquirida, racionalmente excluye toda duda sobre delimitación de linderos que fundamente la pretensión de la demandante.

COMENTARIO

Es completamente acertada la doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de que siempre se ha considerado como requisito o presupuesto necesario para que prospere una acción de deslinde la previa confusión de linderos, pues la finalidad de esta acción es individualizar y delimitar material o físicamente la finca en cuestión, y no tratar de delimitar jurídicamente el dominio, o tratar de encubrir con la misma una reivindicación. La STS de 27 de mayo de 1974 es muy clara a este respecto y confirma que la finalidad de la acción de deslinde es «la individualización de la cosa fijando sus límites materiales, haciéndola ostensible y manifiesta por cualquier medio adecuado para evitar intromisiones ajenas. Por eso, el deslinde procede cuando los límites de los terrenos estén confundidos».

Han sido muchas las sentencias que exigen esa confusión de linderos como presupuesto necesario para la acción, baste ver entre otras muchas, por ejemplo: SSTs de 7 de julio de 1980; 11 de julio de 1988; 30 de abril de 1990; 18 de diciembre de 1990; 14 de octubre de 1991; 27 de enero de 1995; 21 de junio de 1997. Consecuentemente, no procederá la acción de deslinde cuando los predios estén perfectamente identificados y delimitados (SSTs de 12 de junio de 1968; 27 de abril de 1981; 20 de enero de 1983; 17 de enero de 1984; 18 de abril de 1984; 6 de julio de 1992; 21 de junio de 1997); aun cuando esos cerramientos o límites sean erróneos (STS de 20 de junio de 1986).

Se deduce de esta jurisprudencia la diferencia clara entre la acción de deslinde y reivindicatoria, en el sentido de que la primera trata de identificar o delimitar una finca cuya demarcación no está clara, se pretende la fijación de los límites para poner fin a las dudas existentes; mientras que en la reivindicatoria siempre se reclama una cosa cierta y perfectamente identificada, como propia por el actor (STS de 10 de febrero de 1997; 19 de diciembre de 1990; 9 de mayo de 1988; 12 de mayo de 1980). Por eso mismo, la reivindicatoria será la acción idónea cuando la finca esté perfectamente determinada (SSTs de 27 de enero de 1995; 16 de octubre de 1990; 11 de julio de 1988).

De toda esta jurisprudencia se extrae fácilmente la consecuencia de que es necesaria esa confusión de linderos para que proceda la acción de deslinde, pues su finalidad no es sino señalar y delimitar la finca. Y si existen signos externos que delimiten la finca, aunque exista una zona de posesión promi-

cua o discutida, la acción de deslinde no será la adecuada, sino que deberá procederse a través de una reivindicatoria o declarativa de dominio. En consecuencia, parece que la acción de deslinde no puede pretender una rectificación de los linderos ya existentes, sino el establecimiento de los mismos, y con independencia de que la superficie comprendida entre ellos (si ya existen) se ajuste o no al derecho de los propietarios. Así lo ha entendido tradicionalmente la jurisprudencia, y la doctrina, entre otros, DÍEZ GARCÍA, CARRASCO, HUALDE y DÍEZ PICAZO y GULLÓN (1).

Pero, en este punto cabe preguntarse, como hace GRIMALT SERVERA (2), si, al contrario de lo que piensa la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, cabe una acción de deslinde cuando esa confusión de lindes sea jurídica. Es decir, ¿puede admitirse el deslinde cuando lo que existe es una confusión jurídica de linderos que conlleva una rectificación de los mismos? ¿Puede ampliarse, en contra de la opinión mayoritaria, el presupuesto necesario de dicha acción?

Para GRIMALT, una de las consecuencias claras de la jurisprudencia del Supremo es, como ya hemos dicho, que la acción de deslinde tiene como función resolver supuestos de confusión material de linderos, y no la de rectificación de los mismos. Sin embargo, considera que tal deducción no es válida, y va más allá, entendiendo que la acción de deslinde también puede tener esa finalidad de rectificar los ya existentes. En este sentido, cita una tenue jurisprudencia que apoya esta postura, en la que se admiten deslindes incluso estando cercada la finca del demandado (SAP de Pontevedra de 15 de junio de 1993), o en la que el Tribunal Supremo admite el deslinde en una «zona de terreno incierta objetiva o subjetiva» (STS de 7 de julio de 1980). Añade este autor que «lo determinante y característico en una acción de deslinde es la existencia de una confusión jurídica sobre los linderos o sobre una determinada franja de terreno, en el sentido de que ninguna de las partes del proceso pueda acreditar frente a la otra ni los límites de su derecho ni la propiedad de la franja discutida. Consecuentemente, cuando se diera la misma con independencia de la existencia de linderos materiales, debería procederse al deslinde y, si fuera preciso, a la rectificación de los linderos».

A la vista de estas consideraciones, creo que en el asunto que origina la sentencia que comentamos podría tratar de aplicarse la confusión jurídica de linderos. Si bien es cierto que la finca en cuestión aparece cercada, y que *a priori* eso elimina la acción de deslinde según la doctrina más tradicional, no es menos cierto que existe una zona en la que parece complicado probar la propiedad o límites del derecho de los demandados, pues parece que éste no está muy claro cuando en la demanda se solicita el deslinde, «a fin de que la posible propiedad de los demandados sobre las casas y demás edificaciones allí señaladas, se concrete a lo que acrediten como de su propiedad, condenándolos a desalojar aquellas partes de dicha parcela que posean y de la que no son propietarios...». Me parece oportuno que si se ha probado la propiedad

(1) Véase DÍEZ GARCÍA, H., *Comentarios al Código Civil*, AA.VV. Coord.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 522; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la STS de 20 de enero de 1983», en *CCJC*, núm. 1, 1983, págs. 57-58; HUALDE SANCHES, J. J., *CCJC*, 5, 1984, págs. 1618-1619; DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, ed. Tecnos, pág. 206.

(2) Véase GRIMALT SERVERA, P., *El deslinde entre particulares*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 34-43 y 146.

o límites del derecho de los demandados, se rechaza la pretensión de deslinde, pues ya se ha cumplido la finalidad de la misma. Pero, si no se consigue acreditar esos derechos (con su base física), creo que a tenor de lo expresado antes, no debería rechazarse el deslinde solicitado, sino practicarse para poner fin a esa «confusión jurídica», a pesar de aparecer claramente cercada e identificada la finca. Pues de otro modo, al demandante no le quedan muchas opciones en defensa de su derecho, habida cuenta que al quedar afectado como titular de un derecho de paso por finca ajena, no podría interponer, ni reivindicatoria ni declarativa de dominio, pues no pretende recuperar o que se declare su dominio, sino simplemente que se respete su derecho de paso, para lo cual es necesario establecer las lindes o límites (físicos y jurídicos) de las propiedades colindantes que parecen entorpecer su derecho.

No me parece en absoluto descabellada la idea de tratar de aplicar la acción de deslinde en los supuestos de rectificación de linderos, cuando el demandante no tenga a lo mejor otras posibilidades de defensa —fuera de la acción posesoria (interdicto)—, al no ser propietario.

Entiendo y comparto la postura del Alto Tribunal, pues la acción de deslinde tiene sus características propias y definidas que no pueden ocasionar una reivindicación indirecta u oculta, pero considero que podría revisarse el presupuesto de confusión de linderos a esa confusión jurídica, en aquellos casos en que no fuera posible otra reivindicación.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

FE PÚBLICA REGISTRAL. VENTA DE COSA AJENA, NO DOBLE VENTA.—FALTA DE PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROTECCIÓN REGISTRAL AL TERCERO HIPOTECARIO: NULIDAD DE JUICIO EJECUTIVO Y APREMIO: FALTA DE VALIDEZ DEL TÍTULO ADQUISITIVO DEL TERCER ADQUIRENTE.—LA VENTA DE COSA AJENA ES NULA, Y LA ADQUISICIÓN DERIVADA DE UN PROCEDIMIENTO DE EMBARGO TRABADO SOBRE BIENES QUE NO PERTENECEN YA AL DEUDOR SE EQUIPARA A LA MISMA, SANCIONÁNDOLA CON LA NULIDAD, FALTANDO UNO DE LOS REQUISITOS INDISPENSABLES PARA LA PROTECCIÓN REGISTRAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Por escritura pública de fecha 21 de diciembre de 1989, don Bryan Edwards y doña M. Edwards compraron a la mercantil Goosen, S. A., el inmueble que se disputa y entraron en posesión del mismo. Sin embargo, dicha escritura de compraventa no se inscribió en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de Primera Instancia de Figueras tramitó el juicio ejecutivo promovido por el Banco Central Hispanoamericano en el que se embargó la finca objeto de la anterior compraventa, y la traba se anotó en el Registro el 18 de mayo de 1992. Más tarde, el mismo Juzgado tramitó otro ejecutivo a instancia del Banco Español de Crédito, S. A., en el que también se embargó la finca enajenada, en fecha 30 de enero de 1992, con anotación en el Registro el 16 de abril de 1992. En este procedimiento y en vía de apremio por auto de 2 de junio de 1995 se adjudicó el inmueble, en la subasta correspondiente, a Juan

José García-Arias, y cancelándose las anotaciones de embargo practicadas, se inscribió su título de propiedad el 6 de julio de 1995.

Se planteó entonces un conflicto entre una primera venta no inscrita y una segunda transmisión de la finca ya vendida, por adjudicación a tercero derivada de un procedimiento de apremio que inscribe su derecho.

Don Bryan Edwards y su esposa demandaron a don Juan José García-Arias y su esposa doña Monserrat Baladí López, reclamando que se declarase nula la adjudicación de la finca en cuestión y que se declarara la validez y eficacia de su escritura pública de compraventa, así como que ellos son los legítimos propietarios de la finca. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la propiedad de los demandantes, y decretó la nulidad de la adjudicación y se ordenó la cancelación del asiento correspondiente derivado de la misma. Recurrida la sentencia en Apelación por J. J. García-Arias y su esposa, la Audiencia Provincial de Girona estimó el recurso interpuesto y revocó la sentencia de Primera Instancia.

Don Bryan Edwards y su esposa interpusieron recurso de casación, y el Tribunal Supremo estimó el recurso, confirmando la sentencia de Primera Instancia y revocando la sentencia de la Audiencia Provincial, estableciendo la siguiente

Doctrina.—Hay que resolver el conflicto surgido de la prevalencia entre la realidad extrarregistral que representa esta compraventa pública no inscrita y la inscripción registral inscrita a favor del tercer adquirente (adjudicatario).

Los demandados pretenden alegar la protección registral a su favor y su condición de terceros hipotecarios. No obstante, y según la orientación marcada por la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil, si el acto adquisitivo del tercero es inexistente o nulo, la fe pública registral no desempeña función sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero, pero este principio no consolida el acto adquisitivo en el sentido de convalidar los vicios de invalidez o nulidad de que adolezca. Para que resulte aplicable el artículo 34 LH debe ser válido el título adquisitivo del tercero que lo inscribe y aquí sucede que el título que inscribió el demandado deriva del irregular embargo, subasta y adjudicación llevada a cabo en el ejecutivo referido, pues se trata de actuaciones practicadas sobre finca que no era propiedad de la ejecutada, ya que la había enajenado públicamente con anterioridad a los recurrentes. Faltó por tanto el objeto de la adjudicación, y por ello se produjo adquisición nula que llevó a cabo el demandado. Esa nulidad determina la del título de adquirente que le priva de la protección que otorga el artículo 34 LH. Por lo expuesto, el adjudicatario no reviste la condición de tercero hipotecario y la inscripción que llevó a cabo no convalida la adquisición ineficaz de la finca, debiendo aplicarse entonces el artículo 33 LH. El artículo 34 sólo protege a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio.

COMENTARIO

En primer lugar, comparto plenamente la idea del Tribunal Supremo de que el adquirente protegido por el Registro debe adquirir mediante negocio jurídico válido, pues el Registro no convalida los actos nulos (art. 33 LH). La

doctrina del Supremo es clara en este sentido y me parece absolutamente irrefutable. La aplicación y protección derivada del artículo 34 debe exigir que la adquisición del tercero sea válida como uno de los requisitos o presupuestos indispensables, sin embargo, no haya que confundir con que esa misma adquisición (siendo válida) puede ser ineficaz, pues el Registro actúa haciendo eficaz lo ineficaz. Esa es precisamente la virtud «sanadora» del Registro y su actuación principal con respecto al artículo 34 LH.

La tesis del Supremo continúa explicando que la adquisición derivada del embargo mal trabado por pertenecer los bienes embargados a persona distinta del deudor es equiparable a una venta de cosa ajena, y por lo tanto nula, y en consecuencia, no se cumplen las condiciones necesarias para la protección registral. Bien, pues es aquí donde empiezan mis discrepancias.

No comparto la idea defendida por el Alto Tribunal, de que la venta de cosa ajena sea nula por falta de objeto. Para mí esa venta de cosa ajena es válida pero en todo caso ineficaz por falta de la facultad de disposición del transmitente —pues la cosa vendida ya no le pertenece—. Siendo «simplemente» ineficaz, el tercer adquirente de cosa ajena, sí puede resultar protegido por el Registro, ya que cumple con el requisito de adquirir mediante negocio jurídico válido, y precisamente, el Registro actúa en este caso sanando, purgando, ese defecto de ineficacia del que adolece su adquisición, otorgándole plenos efectos, y por tanto haciendo verdadero propietario a ese tercer adquirente.

La nulidad de la venta de cosa ajena, que ha sido una tesis defendida a lo largo del tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha quedado superada por la jurisprudencia más reciente y por la doctrina en el sentido, ya explicado, de considerar que esa venta de cosa ajena es válida, pues obligacionalmente es perfecta y cumple con todos los elementos esenciales del contrato de compraventa (consentimiento, objeto y causa). Sólo en el plano real sería nula, en el sentido de que sería imposible la transmisión de la propiedad (porque ya se había transmitido); es decir, no es eficaz, no produce efectos, ya que no transmite el derecho de propiedad por falta de poder de disposición del transmitente. Baste ver, en este sentido, optando por la validez de la venta de cosa ajena las siguientes SSTs de 1 de marzo de 1954; 27 de mayo de 1957; 5 de julio de 1958; 7 de abril de 1971; 16 de mayo de 1974; 4 de marzo de 1988; 12 de julio de 1996; 29 de enero de 1997; 19 de octubre de 1998 y 14 de abril de 2000 (1). Igualmente, las opiniones doctrinales de CASTÁN TOBEÑAS, LACRUZ BERDEJO, Díez PICAZO, AMORÓS GUARDIOLA, y llevando este planteamiento más lejos todavía, y partiendo de un problema de conflicto de títulos y no tanto de validez o no de la venta de cosa ajena, GARCÍA GARCÍA (2).

(1) Véase, en este sentido, la STS de 14 de abril de 2000, que declara lo siguiente: «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; tal venta no impide que quien sea verdadero dueño puede reivindicarla de quien la compró, con la consecuencia para éste si es vencido en el proceso reivindicatorio, tenga a su favor el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento frente a quien le vendió la cosa que resultó ser de ajena propiedad».

(2) Véase, CASTÁN TOBEÑAS, J. M., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo 4, Ed. Reus, Madrid, 1988, pág. 86 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho*

Creo que el Supremo, en este punto, recoge la tradicional, y eso sí, vasta, doctrina de su jurisprudencia, pero no la más reciente, innovadora, pero a la vez consolidada en este asunto, por ello, considero criticable su posición más antigua, y, a mi entender, ya superada.

Si consideramos, como desde aquí se defiende, que la venta de cosa ajena es válida pero ineficaz, la adquisición derivada de esa venta judicial en este caso sería válida, y el adjudicatario podría ser tercero del 34, y por tanto, debido a la protección registral, él sería el legítimo propietario de la finca.

Cuestión distinta sería si la adquisición derivada de un embargo mal trabado fuera nula *per se*, o porque así lo dispone la Ley; pero no por equipararse a una venta de cosa ajena (que ya hemos proclamado su validez). En este caso, el adjudicatario no sería tercero del 34, y los demandantes serían los verdaderos propietarios.

Sólo si el embargo de bienes de persona distinta del deudor es nulo, la correspondiente subasta y adjudicación serán nulas, y el adquirente no será tercero 34 LH. Es lo que tenemos que ver a continuación, la eficacia del embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al deudor.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000 (que no es la aplicable a este caso por tratarse de un asunto pendiente de recurso de casación a la entrada en vigor de esta ley —ver Disposición Transitoria cuarta de la LEC— (3), deja hoy en día muy claro este tema: hoy, el embargo mal trabado sobre bienes que no son del ejecutado no es nulo, es ineficaz. Baste ver el artículo 594 LEC que dice claramente: «El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. 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 hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». A la vista de este primer párrafo del artículo 594, y como bien mantiene DÍAZ MARTÍNEZ (4), parece claro que la opción del legislador es que el embargo mal trabado no es nulo, y en consecuencia la adjudicación derivada de la consiguiente subasta tampoco, y, si el adjudicatario es un tercero del artículo 34 LH (uno de los supuestos de irreivindicabilidad previstos), no se le podrá privar del inmueble en cuestión pues queda protegido (5). Y aunque en el segundo párrafo se establece que todo

Civil, II, vol. segundo, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 15; DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, II, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 263; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», en *Comentario al artículo 606 del Código Civil*, Edersa, Madrid, pág. 343 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», en *Comentario al artículo 32 LH*, Edersa, Madrid, pág. 349 y sigs., y en *Derecho Registral Inmobiliario*, Ed. Civitas, Madrid, págs. 71-89.

(3) Disposición Transitoria cuarta de la LEC 2000: «Los asuntos pendientes de recurso de casación, al entrar en vigor la presente Ley, seguirán sustanciándose y se decidirán conforme a la anterior, pero podrá pedirse, con arreglo a esta Ley, la ejecución provisional de la sentencia estimatoria recurrida en casación».

(4) Véase DÍAZ MARTÍNEZ, A., *La ejecución forzosa sobre bienes inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 75 y sigs.

(5) En el mismo sentido, rechazando la nulidad del embargo trabado sobre bienes que no pertenecen al ejecutado, y por tanto de la subasta y adjudicación, véase VEGAS TORRES, J., «Comentario al artículo 594», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 1033 y sigs.; ARROYO GARCÍA, S., «Comentario al artículo 594», en AA.VV. COORDINADOR: J. MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO, *Ley de Enjuicia-*

ello sin perjuicio de las acciones de resarcimiento enriquecimiento injusto o nulidad que pueda interponer el propietario de los bienes ejecutados, ha de interpretarse que esas acciones de nulidad son las que se insten por cualquier motivo distinto al de la nulidad del embargo.

Si fuera la nueva LEC la que tuviéramos que aplicar a este caso, parece que debería resolverse en sentido contrario a lo que hace el Supremo, y que es la postura que defendemos: el embargo no es nulo, la adjudicación derivada tampoco, por tanto, la adquisición del tercero es válida, y en consecuencia, si es de buena fe, cumple los requisitos del tercero hipotecario, su situación es irreivindicable, y el artículo 34 LH le protege frente al anterior adquirente no inscrito (6).

Bien, pero ¿qué ocurre con respecto a la legislación anterior, que es conforme a la que haya que resolver este asunto? Aunque nada decía la antigua Ley expresamente al respecto, el Tribunal Supremo ha interpretado de forma generalizada que el embargo de bienes que no son del deudor ejecutado debe ser nulo (7). Esa es la doctrina tradicional del Supremo, que repite perfectamente la sentencia que se analiza. Pero, realmente, analizando los preceptos de la Ley, es difícil llegar a esa conclusión, pues nada se dice claramente, y si la ley no distingue tampoco podemos hacerlo nosotros.

La doctrina (antes de la publicación de la nueva ley) se encontraba dividida entre los partidarios de la tesis del Supremo y los que defendían la validez de ese embargo mal trabado. Según estos últimos, posición que comparto, la tercería de dominio queda desvirtuada, pues aunque no se interponga temporáneamente (uno de sus requisitos fundamentales), se obtiene el mismo resultado pretendido por el verdadero propietario de los bienes embargados a través de esa tercería: que se declare el dominio a su favor; y para ello, le basta solicitar mediante el declarativo correspondiente, y posterior, la nulidad del embargo (y adjudicación). Y eso sin importar si actuó negligentemente al no interponer la tercería de dominio (su remedio natural para parar ese embargo) cuando debió hacerlo.

Ante todo esto, no puedo por menos que preguntarme si no deberíamos hoy superar esta antigua doctrina, teniendo en cuenta los preceptos de la nueva Ley, y la superación de la tesis de la nulidad de venta de cosa ajena, probablemente inspiradora de la nulidad de la adjudicación del embargo mal trabado.

Teniendo en cuenta los nuevos aires, legales y doctrinales existentes, ¿no sería mucho más coherente aceptar la validez de esa adquisición y otorgar realmente la protección a quien actuó fiándose del Registro, en aras de una verdadera seguridad jurídica del tráfico, que es lo que en última instancia se trata de obtener con todo el sistema registral? ¿No es, por lo menos, sorprendente que quien compra en una subasta judicial, avalada por lo que publica el Registro y por el buen hacer de los Tribunales, actuando de buena fe y diligentemente, pueda quedar desprotegido y perder el derecho que adquirió

miento Civil 1/2000, Tomo III, Ed. Dijusa, Madrid, 2003; DE LA ROCHA GARCÍA, E., *La ejecución forzosa y medidas cautelares*, Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 71.

(6) Eso sin matizar que, según la tesis dualista, esto sería más bien un supuesto del artículo 32 LH, e incluso probablemente un conflicto de títulos, pero esto excedería de los límites de este comentario.

(7) Véase, en este sentido, las SSTs de 26 de junio de 1946; 23 de mayo de 1989; 9 de mayo de 1990; 8 de marzo de 1993; 25 de marzo de 1994.

fiándose de las más importantes instituciones de la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento?

Es cierto, como ya hemos dicho, que el Tribunal Supremo resuelve conforme a la anterior legislación y teniendo muy presente la doctrina de la jurisprudencia tradicional, eso no lo podemos criticar. Pero, sí queremos poner de relieve desde estas líneas que las cosas están cambiando, y que ha quedado ya probada, al menos, la superación de la tesis de la nulidad de venta de cosa ajena, que avala esa nulidad del embargo mal trabado, y que, a la vista de los nuevos preceptos de la LEC 2000, probablemente debería plantearse la resolución en términos distintos.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

HERENCIA. COLACIÓN: INCLUSIÓN EN EL CAUDAL HEREDITARIO DEL VALOR DE LOS BIENES COLACIONABLES. EFECTOS.—OBLIGACIÓN DE REINTEGRO DE FRUTOS Y RENTAS DE BIENES HEREDITARIOS POR EL HEREDERO PERCEPTOR DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia presenta la actora demanda sobre partición adicional de herencia y otros extremos contra su hermano. La partición había sido efectuada por los albaceas testamentarios.

En la demanda se suplica que se proceda a la práctica de partición adicional o complementaria a la realizada en su día para que se incluyan los bienes, derechos y valores omitidos y ocultados en la partición realizada y que se hallan en poder y posesión del heredero demandado, así como los intereses de dichos bienes y valores devengados desde la fecha del óbito de la causante (año 86). El valor de los bienes, saldo de cuentas corrientes, donaciones, inversiones... arroja una cantidad a abonar el demandado de 14.621.122 pesetas, mitad de los valores omitidos, aparte de unas cantidades adjudicadas en partición y no entregadas.

Entre los bienes cuya inclusión en la partición se solicita, se encuentra el ajuar doméstico valorado en algo menos de dos millones de pesetas, así como una donación de cinco millones de pesetas.

De forma subsidiaria se pide en la demanda que se declare la nulidad de la partición principal realizada por los albaceas el año 88, con las consecuencias inherentes a tal declaración, y se condene al demandado a consentir la partición con la inclusión de los bienes, derechos y valores ocultados, así como los intereses de los mismos devengados desde el óbito de la causante.

El demandado, por su parte, formuló reconvencción solicitando que la actora restituyese a la masa hereditaria los bienes muebles que tenía en su poder y pertenecían a la comunidad hereditaria y, en cuanto a la obligación de colacionar los cinco millones de pesetas, también vendría obligada la demandante a colacionar cinco millones que recibió como donación, por lo que procede la compensación de una y otra cantidad.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción. En consecuencia, condena al demandado a realizar a su elección, bien la práctica de la partición complementaria a la que en su día se practicó teniendo en cuenta todos los bienes relacionados en la demanda, así como los intereses por los mismos devengados desde el día del fallecimiento de la causante hasta el momento en el que se realice la nueva partición complementaria y repartiendo lo resultante por partes iguales entre la actora y su hermano, bien, a que indemnice a la actora con la cantidad de 13.622.385 pesetas, más los intereses legales correspondientes. Además, deberá abonar las cantidades adjudicadas en partición y no entregadas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia.

Recurrida en casación se denuncia que, ante la ausencia de prueba documental de la devolución de la donación de cinco millones recibida de la madre, la Audiencia interpreta de forma «ilógica y absurda» que se depositó a plazo fijo en una cuenta del Banco..., oficina principal de... con fecha de..., sin haber acreditado documentalmente su ingreso.

Ambos hijos recibieron la cantidad de cinco millones de pesetas de su madre, el meollo de la cuestión está en el destino dado a la cantidad recibida. La Sala de instancia declara como hecho probado que la actora situó la cantidad de cinco millones procedente de la donación en una imposición a plazo fijo de la que podía disponer la madre, quien efectivamente dispuso dándole el destino que tuvo por conveniente, por lo que no puede hablarse de la existencia de una donación por la que esté obligada a colacionar.

Pone de manifiesto el Supremo que el recurrente, de acuerdo con el artículo 1.063 del Código Civil, debió abonar en la partición los frutos y rentas que hubiera percibido de los bienes hereditarios, obligación que se extiende a los percibidos desde la apertura de la sucesión. El hecho de que tales rentas y frutos integrasen el usufructo constituido por la causante a favor de otro de sus hijos, fallecido en 1991 (con posterioridad a la madre cuya muerte se produjo en 1986), y que el recurrente fuese nombrado administrador, no es óbice para que tales frutos y rentas se aportasen al caudal hereditario. Está, además, acreditado que el recurrente no hizo entrega de aquellos al usufructuario. Todo lo expuesto lleva al Tribunal Supremo a concluir que surge un crédito a favor de los herederos abintestato, los hermanos aquí litigantes, al haberse integrado tal crédito en el caudal hereditario del usufructuario fallecido.

Se desestima en la casación la pretensión de incluir en el caudal que ha de formar parte de la partición complementaria el ajuar doméstico de la causante.

Se mantiene la sentencia de la Audiencia, salvo en materia de costas, ya que cada parte debe abonar las suyas por entender que no han litigado con temeridad. Se exceptúan las costas causadas por la reconvencción en la primera instancia para las cuales se mantiene la condena en costas ya que fue íntegramente desestimada.

Doctrina.—Esta sentencia sigue la doctrina del Supremo (STS de 3 de junio de 1965) en cuanto a los requisitos exigibles en la colación según el artículo 1.035 del Código Civil:

Primero.—Concurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión.

Segundo.—Que uno o varios de ellos haya recibido del causante, en vida de éste, determinados bienes.

Tercero.—Que haya sido por vía de dote, donación u otro título lucrativo.

Cuarto.—Que los mismos bienes o su valor se traigan a la masa hereditaria para ser computados en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

COMENTARIO

La presente sentencia sigue las líneas generales marcadas por el Código en materia de colación en los artículos 1.035 a 1.050.

El donatario ha de traer a colación las cosas donadas o su valor, al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, tomando de menos en la masa hereditaria tanto como hubiese recibido. Debe abonar los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación desde el día en que se abre la sucesión.

La colación de bienes es una operación que debe preceder a la partición y que tiene por finalidad defender la intangibilidad de la legítima y, en consecuencia, mantener la igualdad entre los herederos forzosos cuando haya habido causas que la hayan alterado y estén dentro de las comprendidas en el artículo 1.035 del Código, ya que se parte de la premisa de que la voluntad del causante es que haya igualdad entre los legitimarios (STS de 19 de junio de 1978).

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Antecedentes.—Con fecha 5 de diciembre de 1977 fue otorgada escritura pública en la que intervinieron don Ángel del Val Moral, doña María del Carmen Rosales Álvaro, doña Gloria del Val del Val, don Andrés del Val del Val, don Félix Sánchez Puerto y don Pablo Sánchez Retuerto, donde se hizo referencia a dos parcelas, una de 1.620 metros cuadrados, adquirida por don Félix Sánchez Retuerto, y otra de 4.430 metros cuadrados, que fue cedida gratuitamente por los transmitentes de la anterior al Ayuntamiento de Burgos para urbanizar la calle Cervantes, sin perjuicio de que el volumen de edificabilidad correspondiente a esta última parcela se reconociera a los señores Sánchez Retuerto para construir tanto en la parcela de terreno adquirida en esta escritura por don Félix como en la obtenida por don Pablo, de 395 metros cuadrados en documento público de 12 de marzo de 1975. El Ayuntamiento no acepta la cesión gratuita antes referida. La parcela de 395 metros cuadrados quedó fuera del Área de Actuación S-16, y quedaron incluidas dentro de la misma las parcelas de 1.620 metros cuadrados y 4.430 metros cuadrados. De una parte, los partícipes del documento notarial, de 5 de diciembre de 1977, y otros, causahabientes de los que actuaron como transmitentes en el mismo, y de otra, don Félix Sánchez Retuerto, otorgaron una escritura de

reconocimiento de propiedad, respecto a las indicadas parcelas de 1.620 metros cuadrados y de 4.430 metros cuadrados a favor de don Félix Sánchez Retuerto, con carácter de gananciales, quien manifestó su aceptación, y aquellos mostraron su ratificación expresa y le reconocieron el dominio sobre la cedida al Ayuntamiento de Burgos, ante el decaimiento de dicho negocio al haber sido rechazado por el cesionario, e indicaron que dicha operación comprendía ambos terrenos. Don Pablo Sánchez Retuerto falleció el 29 de julio de 1980 y su viuda y heredera, doña Ana María Ibeas de Román, no intervino en la escritura de 4 de septiembre de 1987.

Doña Ana María Ibeas de Román demandó a don Félix Sánchez Retuerto e interesó la declaración del derecho de aquélla a obtener el volumen de edificabilidad que le pertenece sobre la mitad de la finca de 4.430 metros en el aprovechamiento que corresponda al demandado en la finca que se le ha adjudicado.

Doctrina.—La sentencia impugnada no tiene en cuenta que don Pablo Sánchez Retuerto no intervino como otorgante en la escritura pública de 5 de diciembre de 1977, donde se establecía exclusivamente una estipulación a favor de aquél en lo concerniente a que el volumen correspondiente a una superficie que se cedía al Ayuntamiento se reconociera en su día a los dos hermanos Sánchez Retuerto; y de otro se advierte la transgresión de los artículos 7, 1.257 y 1.281 y siguientes y concordantes del Código Civil, ya que, según denuncia, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración que la cesión gratuita hecha en la escritura de 5 de diciembre de 1977 no fue aceptada por el Ayuntamiento, ni dio lugar al reconocimiento del volumen edificable que pudiera corresponder por esa cesión, según se determinó por el acuerdo adoptado por la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Burgos de 4 de junio de 1980, y además dicha decisión ha obviado la escritura de reconocimiento de propiedad de 4 de septiembre de 1987, lo que se desestima porque, de una parte, se expresa que se interponen por error en la apreciación de las pruebas, y, de otra, se reconoce el derecho en términos de edificabilidad que don Félix y don Pablo Sánchez Retuerto tienen a obtener en relación con la parcela descrita.

También se alude a una posible vulneración del artículo 1.255 del Código Civil, debido a que, según manifiesta la sentencia de apelación, no se han tenido en cuenta dos circunstancias: *a)* que el Ayuntamiento de Burgos no ha aceptado la cesión gratuita de la parcela referida en la escritura pública de 5 de diciembre de 1977; y *b)* que la finca de 395 metros cuadrados de don Pablo Sánchez Retuerto, a la que pudieran corresponderle el volumen edificable correspondiente a esa parcela, cedida gratuitamente al Ayuntamiento y rechazada por éste, no está incluida en el Área de Actuación S-16. Además, la sentencia impugnada ha considerado que «frente a la regla 2.^a del artículo 393 del Código Civil, que establece la presunción *iuris tantum* de que las cuotas de los cotitulares son idénticas por partes iguales, en el caso de autos, visto que el aprovechamiento de la parcela de 4.430 metros cuadrados se hace atendiendo a que don Pablo Sánchez Retuerto adquirió una parcela de 395 metros cuadrados y que don Félix lo hizo con una de 1.620 metros cuadrados, el aprovechamiento debe hacerse en la misma proporción que tienen las fincas de referencia, pues si es la adquisición de ellas lo que determina que se otorgue el derecho a los beneficios urbanísticos, ese mismo criterio debe regir a la hora de distribuir entre los adquirentes el reparto de los derechos citados.

COMENTARIO

La sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que como la parcela de 4.430 metros cuadrados cedida al Ayuntamiento, para apertura y prolongación de una vial, fue rechazada por éste, los otorgantes de la escritura de 5 de diciembre de 1977, en que se realizó aquella cesión, suscribieron otra el 4 de septiembre de 1987, donde se hicieron unas manifestaciones que coinciden con la realidad urbanística, que impide cualquier aprovechamiento del volumen a favor de una parcela que no está situada en el Área de Actuación S-16, como es la de 395 metros cuadrados que fuera adquirida por don Pablo Sánchez Retuerto el 12 de mayo de 1975. En realidad no ha existido transgresión de la norma contenida en el artículo 1.257 del Código Civil al argumentar en la resolución recurrida que, al participar don Pablo Sánchez Retuerto en el documento de 1977 y no hacerlo, ni él ni sus herederos, en la escritura de 1987, lo en ésta pactado, explicitado o aclarado sólo vincula a los que intervinieron en dicho negocio, pero no a quienes no tuvieron parte en el mismo, cuyo razonamiento se ajusta a las previsiones del párrafo primero, inciso primero, del mencionado artículo 1.257 del Código Civil.

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

Antecedentes.—La cuestión litigiosa se centra principalmente en si, con relación a la compraventa de unas viviendas efectuada por los actores, los mismos debían de abonar o no las mejoras realizadas por el promotor, así como la determinación de la entidad económica de éstas, y la concesión o no de una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

Doctrina.—La sentencia impugnada considera que los requerimientos notariales constituyen actos propios vinculantes llevados a cabo por el recurrente, al tiempo que, al dar por sentado una inexistente elevación del precio de las mejoras operadas durante la construcción de las viviendas, tilda implícitamente la acción reconvencional como ejercitada en contra de lo determinado por el artículo 7.1 del Código Civil, y es que la Sala tiene reiteradamente declarado que los actos propios, para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar o modificar una determinada relación jurídica, con lo que producen estado, y no hay duda de que dichos actos se pueden manifestar por vía de requerimiento notarial, y, en el supuesto del debate, es evidente la presencia de dicha situación, sin que valga la manifestación del recurrente de que en los practicados se consignó la indicación de «salvo error u omisión».

COMENTARIO

La sentencia de instancia, asumida por la de la Audiencia, interpreta inadecuadamente la cláusula de los contratos suscritos por los litigantes, relativa a que el promotor se obliga a «Aceptar, salvo reparo expreso y fundamen-

tado realizado por escrito por la Dirección Facultativa de las obras en construcción de la vivienda objeto del contrato, a sustituir los elementos de división, acabado, decoración y cuantos otros no afecten a la seguridad, solidez y estética exterior de la vivienda vendida o del conjunto de la promoción, por aquellos otros indicados por el comprador, a quien se abonarán los elementos inicialmente previstos y no colocados y se cargarán los gastos ocasionados por la colocación de los elementos finalmente colocados e inicialmente no previstos. En este supuesto se brinda consejo técnico por parte del constructor a través de la dirección facultativa de las obras, de modo gratuito para el comprador, así como la posibilidad de realizar por su cuenta la gestión de adquisición de los elementos a sustituir», en lo que hace mención al contenido del vocablo —gastos— utilizado en la estipulación porque se pretende que la expresión mencionada debe contener los gastos generales, no aceptados por la resolución, la cual considera que la cláusula mencionada «prevé que se abonarán los elementos inicialmente previstos y no colocados y se cargarán los gastos ocasionados por los elementos realmente colocados, expresión de —gastos— que se interpreta como precio real del elemento sustituido», de manera que lo, en verdad, intentado por aquel litigante es efectuar ahora un nuevo análisis hermenéutico que contradiga el plasmado en la instancia, y al ser éste lógico y congruente, sin que contradiga las pautas legales establecidas para la interpretación de los contratos.

DETERMINACIÓN DEL OBJETO CUANDO EN ESCRITURA PUBLICA SUBSIGUIENTE SE PRECISAN LA TOTALIDAD DE LOS DATOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—El 12 de mayo de 1991, don Jurgen Schanarewsky suscribe con don Alfred de Haas un documento privado en el que, con gran parquedad expositiva, se manifestaba que el primero adquiriría en dicho acto un «terreno, sito en Denia, Alicante, en la zona urbanizable de Tosal Gros, con una superficie de 1.152 metros cuadrados. Se fija el precio, del cual una determinada cantidad se abona a través de talón que el señor de Haas da por recibido, y el resto habla de hacerse efectivo en Denia a fines de mayo de 1991, antes de la transmisión del dominio, la cual se llevaría a cabo tras el pago integral. El 31 del mismo mes comparecieron ante Notario el señor de Haas y su esposa, así como el recurrente, exponiendo que los primeros vendían al segundo un trozo de tierra seca en Tosal de Gros de 10 Áreas y 35 centiáreas, y se añadía por parte de los vendedores que la parcela no se hallaba arrendada y que tenía el carácter excepcional a que se refiere el artículo 7.3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. El comprador manifiesta, a su vez, que entra en posesión de lo enajenado y que destina la parcela a la construcción de un chalet para uso propio.

Doctrina.—Se alega que en el contrato formalizado en el documento privado existía solamente una referencia genérica al lugar donde se encontraba la finca, pero sin especificar el número de inscripción registral, el título de adquisición del transmitente, etc., por lo que no se contenían las bases necesarias para la posterior determinación cuantitativa del objeto del contrato, sin

recurrir a un nuevo acuerdo entre las partes, concluyendo que había, por tanto, falta de objeto, que acarrea la inexistencia jurídica del contrato. De ahí que se considerase que constituía una grave violación del artículo 1.273 del Código Civil la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, en el sentido de afirmar que cualquier indeterminación sobre la extensión y linderos quedó plenamente corregida a través de lo reflejado en la escritura pública de compraventa, otorgada pocos días después. En realidad, en el documento privado de 12 de mayo de 1991 se señalaron con evidente generalidad determinados elementos de la compraventa que los interesados pretendían celebrar, como son la superficie de la parcela que constituía su objeto, la naturaleza urbanizable de la misma, alusión a su estado que el comprador se dice que conoce, el precio total, la fijación de una parte de éste como señal y el establecimiento de un corto plazo para el abono del resto del precio como condición para la transmisión del dominio de la parcela de cuya enajenación se trataba. A su vez, en la escritura pública otorgada a la finalización del plazo previsto, se hizo constar con precisión: *a)* El título en virtud del cual los vendedores habían adquirido la finca; *b)* Los datos que permitían la perfecta identificación de los mismos y del comprador con designación del domicilio de éste en España, a efectos fiscales; *c)* La superficie concreta de la parcela, ligeramente inferior a la mencionada en el primer documento; *d)* La delimitación de la misma con referencia a los cuatro puntos cardinales; *e)* Los datos relativos a la inscripción en el Registro de la Propiedad; *f)* Su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos; *g)* La asunción por el comprador de los gastos de otorgamiento, arbitrio municipal de plusvalía y otros impuestos, así como de los de inscripción registral; *h)* La declaración del comprador respecto a que entra en posesión de la finca, siendo su propósito destinar la misma a la construcción de un chalet para uso propio; *i)* La manifestación del vendedor relativa a haber recibido ya con anterioridad el precio pactado. De cuanto antecede se desprende que el documento privado tuvo un simple carácter de preliminar, siendo su finalidad la de reflejar la seriedad del propósito de las partes respecto al otorgamiento definitivo, si bien con recíproca reserva de la facultad de desistimiento que es usual en este tipo de operaciones, a costa de la pérdida o la devolución. Y es que transcurrido el breve lapso de tiempo al efecto previsto los litigantes comparecen ante Notario para la definitiva formalización de su compromiso, desarrollando en lo necesario las bases que con cierta generalidad habían establecido en el convenio inicial.

Se acusa también una posible infracción al artículo 1.261, regla 2.^a del Código Civil y de la Jurisprudencia relativa a la interpretación de dicho precepto, pues se alude con evidente reiteración a que el documento privado suscrito por las partes no contenía las bases necesarias para la posterior determinación del objeto de la compraventa, sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo de los interesados, lo que acarrea la inexistencia de contrato, precisando, eso sí, que la mención obrante en el documento de que el comprador adquiere la finca «en el estado que él conoce» se refiere a si la misma está hipotecada o arrendada, pero no a su ubicación, que constituye elemento esencial del contrato. Y es que en la escritura pública otorgada las partes completaron en forma adecuada y suficiente sus iniciales declaraciones de voluntad y definieron con absoluta precisión el objeto de la compraventa que realmente llevaron a efecto. Por lo tanto, la transmisión del dominio se llevó a cabo dentro del término establecido a través del otorgamiento de la escri-

tura pública, tantas veces mencionada, y no existió por tanto oscuridad o duda alguna acerca de la intención o voluntad de los contratantes, susceptible de dar lugar a la nulidad del contrato.

COMENTARIO

En la presente litis nos hallamos ante dos momentos de un único iter contractual, pues en la misma no resulta admisible la pretensión del recurrente de contemplar de modo aislado el documento privado, tratando de referir solamente a la totalidad del debate, prescindiendo totalmente de la escritura pública, como si ésta no se hubiese otorgado. Por ello ha de reconocerse el acierto de la sentencia impugnada, al llegar a la conclusión de que concurren todos los elementos esenciales del contrato, haciendo uso de la facultad que es privativa de los Tribunales de instancia y que debe ser mantenida y respetada al no haber resultado eficazmente combatida por el recurrente.

TERCERÍA DE DOMINIO. ALZAMIENTO O NO DEL EMBARGO TRABADO.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Antecedentes.—Se promueve juicio ejecutivo a instancia de «Comercial, S. A.», contra don José Domínguez Villalba, en base de una letra de cambio, se despacha ejecución y, como consecuencia, el 11 de abril de 1994 se embarga, en el domicilio que el demandado comparte con su esposa doña Visitación Miranda Olivera, el comedor de madera. Ante esa medida, la referida esposa a la que su esposo había vendido la casa domiciliar mediante escritura otorgada el 18 de marzo de 1993 ante el Notario de Sevilla, don Francisco Rosales de Salamanca, inscrita en el Registro de la Propiedad de Fuente de Cantos el 14 de abril siguiente, habiéndose otorgado en la misma fecha y también en Sevilla escritura notarial de liquidación de la sociedad de gananciales y establecimiento de régimen económico matrimonial de separación de bienes, formula demanda de tercería de dominio contra aquella ejecutante y contra su ejecutado esposo, que se inicia por los trámites del juicio de cognición. Se allana el esposo a la demanda de tercería y la entidad ejecutante se opone a ella, impugna el procedimiento en razón a la cuantía que dice corresponderle e interesa se siga el trámite por el juicio declarativo de menor cuantía y reconviene pidiendo la nulidad por simulación del título invocado por la tercerista, y rechazada la admisión a trámite de la reconvenición, por exceder su cuantía de la que corresponde al juicio de cognición. Formula la tercerista nueva demanda dando por reproducida la anterior para pedir que se declare su propiedad sobre aquel comedor embargado y se deje sin efecto ese embargo suspendiendo cualquier efecto del mismo y al contestar la ejecutante impugna aquella cuantía a su instancia fijada por acuerdo y formula reconvenición contra su codemandado por la tercerista y contra ésta para pedir la nulidad del título por el que la última dice haber adquirido lo embargado.

Doctrina.—Siendo la tercería de dominio un procedimiento cognitorio accesorio de otro ejecutivo o de apremio en los que se han embargado bienes que

quien promueve aquélla estima que son de su propiedad y pretende, por ello, que se liberen de aquella medida de aseguramiento, según resulta de lo prevenido en los artículos 1.532, 1.534, 1.537 y 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, evitando así la realización de la acción ejecutiva sobre bienes ajenos que el tercerista ha de demostrar que a estos efectos le pertenecen. Además, al contestar a la reconvencción la tercerista empieza por negar la legitimación activa de la reconviniendo para impugnar su título y pudiendo constituir esta excepción impedimento para conocer el fondo del asunto se hace una comprobación de si en el presente caso concurren los condicionantes que a la acción establece el artículo 1291.3 en relación con lo que respecto a la misma acción dispone el artículo 1.111, ambos del Código Civil, pues aun cuando un contrato pueda haberse celebrado en fraude de acreedores estos, para poder impugnarlo y poder pedir su rescisión, además de tener que acreditar ese invocado fraude, como les exige el artículo 1.214 de dicho Código, tienen que demostrar haber perseguido, infructuosamente para la efectividad de su crédito los bienes de que esté en posesión el deudor y no puedan más que a través de dicha impugnación cobrar lo que se les deba con anterioridad o no.

COMENTARIO

La demanda de tercería se desestima al entender el juzgador de instancia que en los términos «unido», «accesorio» o «dependiente», empleados por los contratantes en el contrato que la tercerista aporta en apoyo de su demanda, no están incluidos los muebles que han sido embargados. El contrato de referencia lo es de compraventa, por el que su esposo vende a la tercerista la casa que constituye el domicilio conyugal de ambos, casa adquirida por donación que al esposo habían hecho sus padres sin más descripción y con la especificación de que se vende «con todo cuanto le sea accesorio, unido o dependiente», expresión de la que la tercerista deduce, y establece como base de su pretensión, que en ella están incluidos los muebles existentes en el inmueble al momento de vender y comprar y, por lo mismo, los que han sido embargados, conclusión esta que no acepta la Sala de instancia después de interpretar, gramatical y jurídicamente, aquellos términos contractuales en relación con la verdadera voluntad de las partes, aportando para ello, por similitud, lo prevenido para los legados y para las obligaciones de dar cosa determinada.

CONTRATO DE AGENCIA. CONTRATO DE COMISIÓN: MANDATO MERCANTIL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—La entidad mercantil Eurogesco, S. A., condena a la entidad demandada Fedeoliva Jaén, Cooperativa Agraria de Segundo Grado, a satisfacer al actor la cantidad correspondiente a las comisiones devengadas por la venta a don Ramón Álvarez Jurado de 5.550 litros de aceite, así como las comisiones devengadas por la venta de aceite envasado bajo cualquier marca a clientes de Francia o España, salvo la provincia de Jaén, desde el 10 de agosto de 1992 y hasta el 13 de noviembre de 1994, tomando como base

de la liquidación la cantidad de nueve céntimos de euro por litro y la relación de ventas obrante en autos y remitida por la Agencia para el Aceite de Oliva, dependiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y estimando parcialmente la reconvención formulada por Fedeoliva contra Eurogesco condenó a esta entidad a que liquide y rinda cuentas de la cantidad de 20 litros de aceite que para muestras le fueron entregados.

Doctrina.—El defecto procesal que se denuncia es la incorporación a las actuaciones en primera instancia de un documento del que se afirma fue emitido cuando ya había precluido el periodo probatorio. El documento al que se hace referencia es el informe, o certificación, expedido por la Dirección de la Agencia del Aceite de Oliva adscrito al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación referido a las ventas de aceite realizadas por Fedeoliva que resultó decisivo para el pronunciamiento del fallo. Además, la observancia del principio de congruencia en la presente litis se resuelve en un juicio comparativo entre las pretensiones deducidas en los escritos de las partes rectoras del proceso y los términos de la decisión judicial, pero en modo alguno mantiene la Sala cabe establecer como elemento del juicio comparativo el contenido del contrato o estipulación contractual como parece pretenderse. Lo que realmente se plantea es un problema hermenéutico de determinación del alcance de lo convenido en el contrato objeto de litigio, pero la cuestión así suscitada no tiene nada que ver con la congruencia procesal.

COMENTARIO

Examinadas las cuestiones suscitadas en la presente litis, hemos de concluir diciendo que nos encontramos ante un contrato de agencia a pesar de que las partes lo denominen de comisión mercantil porque el contenido de las obligaciones estipuladas se ajusta a la configuración legal en la que se atribuye tal carácter a aquel contrato en el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos cuando tenga atribuida esta facultad como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones, resultando incuestionable, en el caso, la nota del carácter permanente o duradero vinculación continuada o estable de la relación que le distingue del contrato de comisión en el que tiene carácter ocasional, y respecto de cuya figura, si bien en su día constituyó una subespecie, en la actualidad adquirió una sustantividad propia, apareciendo conformada por unas notas características que la distinguen de otros contratos con los que guarda una cierta similitud como ocurre con el de concesión o distribución. De ahí que resulte plenamente acertada la calificación contractual efectuada en la resolución recurrida, en la que con referencia concreta a las estipulaciones del contrato litigioso se hace constar que «concurren las notas fundamentales del de Agencia, a saber: *a)* la colaboración estable y duradera del Agente; *b)* el carácter de intermediario independiente que tiene el Agente; *c)* inclusión del pacto de exclusividad, como rasgo definidor, y *d)* inclusión también del pacto de que el Agente contrata siempre en nombre del empresario representado y no actúa por cuenta propia». Todas estas notas le apartan del contrato de comisión,

configurado como mandato mercantil, forma primaria de los contratos de colaboración en la que la colaboración no es estable y duradera como en el de agencia, sino aislada y esporádica.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD MÉDICA. NACIMIENTO DE UN NIÑO CON MALFORMACIONES GENÉTICAS. FALTA DE INFORMACIÓN A LOS PADRES.— NEGLIGENCIA DE LOS MÉDICOS QUE REALIZARON LAS ECOGRAFÍAS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: DEL CENTRO HOSPITALARIO Y LA COMPAÑÍA DE SEGUROS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—Como consecuencia del nacimiento de un niño con malformaciones genéticas, de las que los padres no fueron informados durante el embarazo, se reclama una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia, número 24 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 1997. Estimó parcialmente las pretensiones, formuladas por los progenitores don T. N. y doña M. G., en su nombre y en nombre y representación de su hijo O. G., contra los médicos que asistieron a la madre durante en el embarazo, don V. F. (toco-ginecólogo), don A. G., doña M. C., don J. G. (los tres especialistas en ecografías), contra el Hospital donde se produjo el alumbramiento y contra la compañía de seguros Wintherthur. Condenó a los demandados a pagar a los actores la suma de 25.000.000 de pesetas, teniendo que abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Apelada por ambas partes la anterior Resolución, la Sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 29 de enero de 1998. Estimó el recurso interpuesto por los médicos codemandados y rechazó el deducido por los progenitores con revocación de la sentencia dictada en primera instancia, absolviendo a todos los codemandados, sin especial pronunciamiento respecto a las costas de ambas instancias, es decir, cada parte satisfará las propias y las comunes por mitad.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

Doctrina.—El recurso de casación interpuesto por los padres se funda en tres motivos, todos ellos al amparado del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC de 1881.

El primero: se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil; y error en la valoración de la prueba por corresponder a los Tribunales y no a las periciales académicas.

El segundo: se acusa infracción del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad.

El tercero: se alega infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias de 1 y 28 de julio de 1997, sobre riesgo estadístico.

Sostiene el Tribunal Supremo:

«1. Que existió una actuación sanitaria evidentemente deficiente al no detectarse unas anomalías de un feto, y como consecuencia se imposibilitó que el ginecólogo pudiera proporcionar a los progenitores la información adecuada a la que tenían legítimo derecho.

2. Como consecuencia de lo anterior procede estimar el recurso de casación ... en cuanto al motivo primero, siendo innecesario el examen de los restantes... y casar y anular la sentencia recurrida, ...que sienta una conclusión de imposibilidad o grave dificultad de visualización de las malformaciones que es contraria a un elemental criterio de raciocinio lógico, y que en la perspectiva casacional es evaluable como error notorio, pues resulta inverosímil, con las circunstancias concurrentes, visualizar ecográficamente normalidad anatómica de un feto, o no visualizar anomalías físicas como las del caso... Procede acordar la condena de los demandados doctores don A. G., don J. G. y doña M. C., con base en la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil y absolver al doctor don V. F. (ginecólogo)».

Creemos que por su importancia es necesario destacar cómo el Tribunal Supremo valora la responsabilidad de cada uno de los médicos que atienden a la madre durante la gestación.

«La responsabilidad más grave incumbe al doctor G. por la entidad de la negligencia, el momento en que se produjo y la incidencia que tuvo en la actuación del ginecólogo.

En mucha menor medida, también existió una actuación negligente —descuidada— de los doctores G. y C. y no se aprecia responsabilidad ... en el doctor M., ginecólogo, porque actuó en la confianza del informe ecográfico del doctor G. —que no contenía ningún dato de alarma o riesgo—, y aunque posteriormente conoció el informe ...en la tercera ecografía, ... dado el momento del conocimiento y la proximidad del parto, no le es imputable una especial actitud negligente...».

Se fija la indemnización ... en sesenta millones de pesetas ... para cuya determinación se tienen en cuenta las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas..., además del daño moral y el hecho de que, tratándose de una deuda de valor, debe tenerse en cuenta el momento de su efectividad... Teniendo en cuenta la diferente entidad de las negligencias..., se establece que el doctor G. debe responder de la suma de cuarenta y cinco millones de pesetas, y los doctores G. y C., con carácter solidario, de los quince restantes... De la suma total... deberán responder solidariamente las tres entidades codemandadas, el Hospital ... e Institut Català de la Salut con base en el artículo 1.903 del Código Civil (por ... ser respectivamente el Centro Médico al que pertenecían los ecografistas ... y el organismo oficial de que aquél dependía, por ... aplicación de la culpa *in eligendo* e *in vigilando*) y la Compañía de Seguros Winterthur con fundamento en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (arts. 73 y 76)».

COMENTARIO

La lectura de esta sentencia a nadie deja indiferente. La complejidad del caso y la proyección humana del mismo nos hacen reflexionar sobre un tema de gran interés.

Esta sentencia, objeto de nuestro comentario, aborda el supuesto del nacimiento de un niño con malformaciones genéticas, de las que los padres no fueron informados. Los padres consideran que los médicos que atendieron a la madre durante la gestación, actuaron negligentemente, al no informarles de las anomalías del feto, lo que les impidió interrumpir el embarazo, por lo que ejercitan una acción de responsabilidad civil.

La cuestión principal que se plantea es si hubo una deficiente prestación sanitaria al hacerse mal el diagnóstico y no comunicar a la madre las posibles malformaciones, lo que impidió a la misma ejercitar la facultad de interrumpir el embarazo o, por el contrario, el servicio sanitario actuó adecuadamente utilizando todos los medios a su alcance, no siendo posible detectar las malformaciones, por lo que en modo alguno se pudo informar.

Estos casos son conocidos por la doctrina con la denominación inglesa «Wrongfull birth», nacimiento erróneo (si la acción la ejercitan los progenitores) o «Wrongfull life», vida errónea (si la acción la ejercita el hijo) o con la denominación francesa «perte d'une chance», y dentro de ellos se estudian distintos supuestos donde el recién nacido nace con diversos tipos de malformaciones o defectos, y la controversia gira en torno a si los padres, al no haber tenido la información adecuada, han perdido la facultad de optar por realizar un aborto por causas legales, y sobre si de esta pérdida de oportunidad deriva un daño indemnizable.

Para el análisis de la sentencia conviene repasar los presupuestos fácticos de la misma:

El día 30 de junio de 1993, D. A. dio a luz en la Clínica Valle Hebrón a un niño con diversas anomalías físicas, consistentes en la falta del riñón izquierdo, así como de todo el esqueleto de la parte izquierda de la pelvis y la extremidad inferior de este lado. Tales deficiencias de carácter genético no fueron detectadas durante el embarazo, y por consiguiente no se le proporcionó a los progenitores información alguna al efecto.

Para comprender lo ocurrido es preciso, como afirma la propia sentencia, hacer un seguimiento de la asistencia ginecológica y ecográfica de la actora:

1. La primera ecografía se practica el 23 de febrero de 1993, en el Hospital mencionado, por la doctora C. (especialista en ecografías). En el informe se hace constar: que el estado de gestación es de veinte semanas y tres días (DUM). Que el líquido amniótico es normal. Y en el apartado observaciones se indica que requiere control a las 2-3 semanas para valorar placenta (se encontraba en posición anterior y previa) y el número de vasos del cordón umbilical.

Del citado informe resulta que la doctora sospecha que falta una de las dos arterias (arteria umbilical única), y es consciente de que, de confirmarse el diagnóstico, existe riesgo de malformaciones, por lo que manda hacer un control para dentro de dos o tres semanas. Afirma el Tribunal Supremo que de esta actuación no cabe deducir responsabilidad.

2. El día 16 de marzo de 1993, a la tercera semana de la anterior ecografía, se practica por el doctor G. una nueva (veintitrés semanas, cuatro días edad de gestación DUM). En ella se informa que la placenta se halla en posición anterior (dejó de ser previa), que hay normalidad en las extremidades y que el cordón umbilical tiene los tres vasos (asimismo se hace constar la normalidad —N— en cabeza, tórax, abdomen y columna). Es decir, no se confirma el diagnóstico de arteria umbilical única.

El informe, según el Tribunal Supremo, incide en una grave negligencia profesional, porque, cabe entender que no se haya podido visualizar las dos arterias o si faltaba una extremidad, pero resulta inasumible que se visualizaran dos arterias cuando sólo había una o que había normalidad de las extremidades cuando faltaba totalmente la inferior izquierda.

Siendo especialmente trascendente la fecha en que desaparece la sospecha de arteria umbilical única, y por tanto el riesgo de malformaciones, ya no era preciso intensificar las pruebas para facilitar una posible (hipotética) interrupción legal del embarazo. Confiando el ginecólogo que atiende a la madre en que el embarazo se está desarrollando con normalidad.

Es necesario señalar que a la madre le asisten dos ginecólogos, el primero el doctor S., que la atendió con anterioridad a dicha ecografía y no figura como demandado, y el segundo que se hizo cargo de su asistencia con posterioridad a la misma, y que figura como demandado doctor M.

3. El 27 de mayo de 1993 (edad de gestación treinta y tres semanas DUM, edad de gestación ecográfica 32-33 semanas) se realiza la tercera ecografía. En el informe los doctores G. y C. hacen constar: líquido amniótico normal, Doppler normal, probable arteria umbilical única, aunque no se puede afirmar rotundamente. No consta que se haya realizado examen anatómico del feto.

El Tribunal Supremo considera que el ecografista no actuó con la diligencia exigible ya que, habida cuenta del tiempo de gestación y la probabilidad de que existiera una arteria umbilical única, era preciso intensificar las pruebas ecográficas para cerciorarse de si existían malformaciones. Sostiene que a los ocho meses de gestación no es posible visualizar la falta de un riñón, de una parte de la pelvis y de una pierna, porque ello supondría tanto como negar la utilidad de la ecografía. Y una vez conocida la situación del feto, a través del ginecólogo, cabría dar perfecto cumplimiento al deber de información, que como consecuencia resultó omitido.

4. La cuarta ecografía efectuada el 29 de junio de 1993 (a las treinta y ocho semanas, y concretamente el día anterior al parto) ratifica, según la Sala, si cabe más, la deficiente prestación sanitaria del caso. Ya que se hacen constar como normales los datos anatómicos del feto relativos a la cabeza, tórax y abdomen; no se dice nada acerca de las extremidades; y se indica «probable arteria umbilical única». Al día siguiente se produce el alumbramiento.

Vistos con detalle los hechos de la sentencia, puede ser útil recordar cómo ha sido la respuesta del Tribunal Supremo sobre estos casos de malformaciones, en los que la falta de información por parte del médico ha impedido a la madre interrumpir el embarazo.

Debe observarse que cada vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en casos parecidos, tal y como se ha adelantado, el tema no ha dejado a nadie indiferente, lo que podemos comprobar fácilmente, ya que cada una de estas sentencias han sido estudiadas y comentadas oportunamente por la doctrina.

Recordémoslas haciendo una pequeña síntesis y destacando alguno de los fundamentos que ha manejado el TS en apoyo de su doctrina:

Sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610). Reclamación de daños y perjuicios por nacimiento de un niño con síndrome de Down. La madre había sido diagnosticada como gestante de alto nivel de riesgo. No se informa a la madre a tiempo del fracaso de la prueba de amniocentesis. Actuación irregular del médico, que causó un perjuicio gravísimo, perjuicio que se podía haber

evitado dada la disposición de la madre para interrumpir el embarazo dentro del plazo legal. Existiendo relación causal entre el perjuicio y la actuación negligente del médico. Se considera que el daño no es patrimonial sino moral. A juicio del TS procede estimar el recurso. Se condena al médico y al Hospital Clínico Universitario de Valencia y al Servicio Valenciano de Salud, al pago de 50.000.000 de pesetas de forma solidaria, por daños morales y patrimoniales. Ponente: Excmo. Señor D. Sierra Gil de la Cuesta (Comentada en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*, en adelante *CCJC*, núm. 45, 1997, por UREÑA, M., págs. 1105-1116).

Sentencia de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999, 748). Reclamación de daños y perjuicios por nacimiento de una niña con malformaciones congénitas. A la madre se le hicieron ecografías de embarazo de bajo riesgo. A juicio del TS procede desestimar el recurso. Se deniega la indemnización y se condena en costas a los padres. Ponente: Excmo. Señor don J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO. Voto Particular del Excmo. Señor ROMÁN GARCÍA VARELA (comentada por BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *CCJC*, núm. 50/1999, págs. 841 a 860).

El criterio en el que, fundamentalmente, se basa la sentencia, se encuentra recogido en el Fundamento quinto, que establece: «...primero, los hechos probados de ambas sentencias de instancia, declaran expresamente que la actuación médica se adaptó completamente a la *lex artis ad hoc*, esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del Centro donde prestó sus servicios; segundo, porque no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades. La genética está fuera de las posibilidades de que la doctora evitara el resultado. Además es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo. Y en tercer lugar, la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño *per se*, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento...», la fundamentación de la sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610) de esta Sala, no es aplicable al caso, porque en el presente está demostrado que con los medios del lugar fue posible desconocer las malformaciones».

Sentencia de 7 de junio de 2002 (RJ 2002, 5216). Reclamación de daños y perjuicios por nacimiento de un niño con síndrome de Down. La madre de cuarenta años de edad tenía tres hijos y había sufrido un aborto espontáneo anteriormente, ante su preocupación por el nacimiento de este nuevo hijo se le comunica que iba todo normal. Los padres del niño consideran que el médico actuó negligentemente al no informarles de que podían realizarse pruebas para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándole con ello de la facultad de interrumpir el embarazo dentro el plazo legal permitido. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y deniega la indemnización sin expresa condena en costas.

El argumento principalmente utilizado por el Tribunal Supremo para apoyar su decisión está recogido en el Fundamento cuarto donde considera que: «aun detectadas... por las pruebas... las malformaciones en el feto, ...la presencia del síndrome de Down ...no es imputable al médico, y que establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento del deber de información ...y la privación de aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada más que en simples conjeturas, pues no se ha

declarado probado ...que la madre quisiera abortar». Ponente: Excmo. Señor don PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (comentada por MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., en *CCJC*, núm. 60/2002, págs. 1097-1121, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *CCCJ*, núm. 60/2002, págs. 857 a 863).

La sentencia ahora examinada enlaza directamente con el deber de información que tienen los profesionales, en este caso concreto los médicos con los pacientes o sus allegados, para que éstos puedan escoger libremente dentro de las posibilidades que la medicina les ofrece, es decir, el núcleo de la cuestión se centra en determinar si los doctores intervinientes cumplieron el deber de información.

Deber que en el momento que se produjeron los hechos estaba contemplado en el artículo 10-5 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece que: «el paciente o sus familiares tienen derecho, en términos comprensibles a él y a sus familiares allegados, a que se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». Artículo que se encuentra actualmente derogado, concretamente en los apartados 5, 6, 7, 8, 9 y 11, conforme a la Disposición Derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica, (deber que ahora se contempla en el art. 4).

Deber que ha sido calificado como fundamental por el propio Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3), y de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197), si bien compartimos la opinión de cierto sector doctrinal que considera que esta afirmación es exagerada (RUBIO TORRANO, ENRIQUE, *Aranzadi Civil*, núm. 19/2001, «Derechos fundamentales y consentimiento informado»).

Estamos ante el segundo caso que el Tribunal Supremo ha concedido una indemnización, por considerar que ha habido un error en el diagnóstico y un incumplimiento del deber de información de los médicos, que ha causado un daño a los progenitores.

Veamos si concurren en este caso los elementos determinantes de la responsabilidad civil médica. Acción médica negligente, perjuicio grave y relación causal entre ambos.

Acción médica negligente: Analizaremos si los médicos que atendieron a la madre durante el embarazo actuaron diligentemente. Creemos que habría que diferenciar, por un lado, la actuación de los médicos que realizaron las ecografías y por otro la del ginecólogo.

En cuanto a los ecografistas, veamos su actuación uno a uno:

La doctora C. realiza la primera ecografía a las veinte semanas y tres días de gestación y sospecha que puede haber malformaciones, ya que no es claro el número de vasos del cordón umbilical, por lo que solicita un nuevo control a las dos o tres semanas. El Tribunal Supremo considera que actúa diligentemente. Nosotros no opinamos lo mismo. El Código Penal español, en el artículo 417 bis.3 de 1973 —vigente conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única 1.^a a) del Código Penal de 1995—, contempla entre los supuestos de embarazo no punibles el caso de: «que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditados al efecto, y dis-

tintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto» (sobre el aborto no punible puede verse SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, parte especial*, 8.ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 85 a 97).

En nuestra opinión, si la doctora tenía dudas sobre las malformaciones del feto, teniendo en cuenta que la gestante estaba de veinte semanas y tres días, debería haber pedido una segunda opinión al Centro de referencia, cuanto antes, o haber realizado una ecografía especializada, antes de transcurrir una semana, porque en cualquier otro caso se estaba impidiendo que la madre hipotéticamente ejercitara la facultad prevista en la ley de interrupción de embarazo. Ya que pasado el plazo de las veintidós semanas no es posible el aborto eugenésico. Por otro lado, debería haber informado a la madre de la importancia de hacerse las pruebas cuanto antes, ante la sospecha de malformaciones, ya que las anomalías en los miembros pueden ser observadas ecográficamente, según los protocolos vigentes y la praxis médica habitual, con lo que hubiera aumentando las posibilidades de poder detectar alguna anomalía. Con esta información se les hubiera dado a los progenitores la posibilidad de tomar la solución más adecuada a sus intereses. Sin embargo, la doctora no manda realizar la ecografía hasta las dos o tres semanas siguientes, teniendo en cuenta que está de veinte semanas y tres días sólo puede servir para obtener un control evolutivo del feto, pero cerraba las puertas al posible aborto eugenésico.

El doctor G. realiza la segunda ecografía (veintitrés semanas, cuatro días edad de gestación DUM), e informa que hay normalidad en las extremidades y que el cordón umbilical tiene los tres vasos (asimismo se hace constar la normalidad —N— en cabeza, tórax, abdomen y columna).

Según el Tribunal Supremo, incide en una grave negligencia profesional, opinión que compartimos. Por otro lado, considera que es especialmente trascendente la fecha en que desaparece la sospecha del riesgo de malformaciones, con lo que ya no sería preciso intensificar las pruebas para facilitar una posible (hipotética) interrupción legal del embarazo. Opinión que no compartimos, porque ya había pasado el plazo legal para ejercitar el aborto eugenésico. Su diagnóstico estaba equivocado, pero a esta altura del embarazo no hacía posible la interrupción del embarazo. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la entidad de la negligencia es mucho mayor, al establecer que debe responder de 45 millones de los sesenta, mientras que los otros dos ecografistas sólo responden solidariamente de los otros 15.

Nos preguntamos en qué se basa el Tribunal Supremo para considerar su negligencia de mayor entidad, tal vez no está basando el fundamento del daño en la pérdida de la oportunidad de abortar en el plazo legal, que es lo que argumenta, ya que a las veintitrés semanas cuatro días estaba pérdida, sino en el diagnóstico equivocado y en la falta de información que por ello se produce. El Tribunal Supremo fija la indemnización no sólo por las expectativas de las que se han visto privados, sino en la repercusión que el hecho ha tenido en sus vidas y en el daño moral, creemos que el fundamento que subyace, aunque no se refleja abiertamente, es que si se hubiera informado los progenitores estarían mejor preparados psicológicamente para que su hijo naciera con malformaciones, ya que era demasiado tarde para otra cosa.

La tercera ecografía se realiza por los ecógrafos doctores G. y C., a las treinta y tres semanas, y se indica «probable arteria umbilical única», pero no se intensifican las pruebas, con lo que se actúa, según el Tribunal Supremo, con falta de diligencia y sin cumplir con su deber de información. Lo mismo

ocurre en la cuarta donde se indica el día antes del parto, «probable arteria umbilical única» y no se le informa a los progenitores.

En cuanto a la actuación del ginecólogo, lo cierto es que se enteró, posiblemente, de las deficiencias del feto en la tercera ecografía (a los ocho meses de gestación).

El Tribunal Supremo considera que aunque éste debería haber informado a los padres, lo que parece que no ocurrió, dado el momento del conocimiento y la proximidad del parto, no se le debe imputar una especial actitud negligente en relación al caso por lo que se le absuelve.

Es curioso que el Tribunal Supremo exima al ginecólogo, pero no a los ecógrafos que realizaron la tercera ecografía. Creemos que en los dos casos se debería haber medido por el mismo rasero; o se argumenta que es demasiado tarde para que la madre hipotéticamente interrumpa la gestación legalmente, por lo que pese a la información no se podía haber evitado el daño, y el resultado habría sido el mismo, por lo que se les debe eximir dado el momento del conocimiento y la proximidad del parto (criterio que parece aplicarse al ginecólogo), o se entiende que si los progenitores hubiesen tenido la información adecuada estarían mejor preparados psicológicamente para tener un hijo con malformaciones y el daño moral hubiese sido menor, condenándose tanto al médico como a los ecografistas.

En cuanto al perjuicio o daño y a la relación de causalidad: ya se ha puesto de manifiesto por cierto sector doctrinal que en estos casos, el daño no es, en sí mismo, el nacimiento de un hijo con malformaciones, sino la pérdida de la oportunidad (*Perte d'une chance*) que se produce por la negligente información del médico que impide a la madre optar por el aborto establecido en forma legal.

La madre confía en la información del médico y de los ecógrafos. Con esta información la madre puede optar, dentro de los términos que contempla la ley, en interrumpir el embarazo. Si esta facultad se conculca informándola después de pasado el plazo, evidentemente, se ha producido un daño por la pérdida de la oportunidad, la relación de causalidad es clara. Más difícil nos parece establecer una relación de causalidad cuando se considera que con una mejor información los padres estarían mejor preparados psicológicamente.

Debe observarse que en el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo no entra a valorar si la madre está o no dispuesta a abortar, como lo ha hecho otras veces, lo cual nos parece acertado, porque *a posteriori* es difícil de saber lo que habría hecho alguien en una situación tan delicada cuando ya no tiene vuelta atrás (resulta muy interesante la argumentación de BERVOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *CCJC*, núm. 60/2002, págs. 864 y 865).

La carga de la prueba corresponde en estos casos al médico, sentencia de 16 de octubre de 1998, que mantiene en su Fundamento jurídico segundo que la obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba y al Centro Hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998, en su Fundamento Jurídico quinto hace recaer sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. Igualmente, la sentencia de 19 de abril de 1999, y, por último la de 7 de marzo de 2000.

Se trata ésta, por tanto, de una sentencia novedosa, que invita a un profundo análisis jurídico.

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA SUMINISTRADORA DE ELECTRICIDAD POR AVERÍA EN EL SUMINISTRO. IMPROCEDENCIA DE IMPONER AL USUARIO LA CARGA DE LA PRUEBA. CONCURRENCIA DE CULPAS.—INEXISTENCIA DE CULPA DEL USUARIO QUE AVISA Y NO RECIBE ASISTENCIA EN EL PLAZO DEBIDO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE OCTUBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por los daños sufridos por la sociedad demandante «G.A.L.S., S. A. L.», contra la entidad suministradora de electricidad de la zona, a consecuencia de una interrupción en el fluido eléctrico debido a la avería del transformador que suministra energía eléctrica a la granja.

La actividad de la entidad demandante es la explotación de una granja avícola. Dicha granja está habilitada con un sistema de refrigeración para el verano, de manera que el excesivo calor no provoque la mortandad de las aves. La interrupción de la energía supuso un aumento de la temperatura, y como consecuencia de la misma la muerte de un número importante de aves y un descenso en la producción.

El Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Santa Coloma de Farners, dictó sentencia el 19 de abril de 1995, estimando la demanda y condenando a la demandada al pago de 6.515.396 pesetas en concepto de indemnización por daños y perjuicios, más el interés legal y las costas del procedimiento.

Se interpone por la demandada recurso de apelación, tramitado en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gerona, la cual dictó sentencia el 18 de julio de 1997, estimando en parte el recurso de apelación, revocando la sentencia apelada y estimando en parte la demanda y condenó a la demandada al pago de 4.343.598 pesetas.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación en nombre y representación de la actora, articulándolo en cinco motivos amparados en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la LEC de 1881: el primero de los motivos por infracción del hoy derogado artículo 1.214 del Código Civil por la Ley 1/2000; el segundo por infracción del artículo 1.101 en relación con el 1.105, ambos del Código Civil; el tercero por infracción del 1.101 en relación con el 1.104 del Código Civil; el cuarto por infracción de la doctrina jurisprudencia sobre el artículo 1.902 del Código Civil, y el quinto por infracción del artículo 921 de la LEC de 1881.

En el primer motivo, la actora y recurrente en esta instancia, «reprocha al Tribunal sentenciador la imposición a la actora-recurrente de la carga de probar la hora en que se produjo la interrupción del suministro pese a haber rechazado la tesis del caso fortuito propuesto por la demandada, haciendo recaer así sobre la perjudicada las consecuencias de una presunta falta de diligencia consistente en no haber avisado a tiempo por no disponer la granja de vigilante nocturno».

El motivo es estimado porque, como afirma la Sala, «...no se está ante uno de tantos recursos en que la infracción del artículo 1.214 encubre un intento de nueva valoración de la prueba, sino ante una clara vulneración de la regla de distribución de la carga de la prueba de un hecho falto de ella, concretamente la hora en que se produjo el corte de fluido eléctrico. Despla-

zar la obligación de probar este hecho sobre la parte receptora del suministro haciéndole soportar las consecuencias de su falta de prueba, en vez de sobre la compañía hidroeléctrica, obligada a prestar el servicio en las condiciones requeridas por la Administración y a disponer de su propio sistema de detección de averías, equivale a invertir los términos del contrato de suministro, imponiendo al usuario de la energía eléctrica un deber de detección inmediata de averías por fenómenos atmosféricos que, en rigor, incumbe a la compañía que presta el servicio público en una determinada zona y en régimen de monopolio».

El segundo motivo que se ampara en la infracción de los artículos 1.101 y 1.105 del Código Civil «en cuanto reprocha a la sentencia impugnada el haber calificado de inevitable el fenómeno atmosférico y, a partir de ahí, la avería misma», también es estimado, pues «aun cuando la sentencia impugnada rechaza la tesis del caso fortuito propuesta por la demandada, parece exculpar a ésta de la avería misma, reprochándole únicamente la tardanza en su reparación, cuando como hecho probado e indiscutido consta que la interrupción del suministro podría haberse evitado mediante la instalación de autoválvulas protectoras del sistema frente a sobretensiones de origen atmosférico y que de hecho se instalaron después de los hechos enjuiciados por indicación de la Administración Pública competente. Si a todo ello se une que las tormentas de verano eran frecuentes en la zona y que por eso también lo eran unos cortes de energía que se han demostrado evitables por medios técnicos suficientemente conocidos y a disposición de toda compañía hidroeléctrica obligada a prestar el servicio en las debidas condiciones...».

La estimación de los dos primeros motivos del recurso hacen para la Sala innecesario el examen de los demás.

COMENTARIO

Es conocida la innumerable jurisprudencia habida sobre el derogado artículo 1.214 del Código Civil, en donde se señala que sólo puede ser alegado como infringido en casación, como es el supuesto que nos ocupa, cuando se ha alterado por el Juez indebidamente el *onus probandi*.

Respecto de la carga de la prueba, el citado artículo establece que incumbe la prueba al que reclama su cumplimiento. Por lo que, en este supuesto, la empresa que explota la granja avícola, actora en estos autos, prueba que: como consecuencia del corte de fluido eléctrico, dejó de funcionar el sistema de refrigeración y por lo tanto subió la temperatura de la nave donde se encontraban las aves. Además demostró actuar con la diligencia debida, pues tenía instalado un sistema que activaba un mecanismo que abría las ventanas cuando dejaba de funcionar el sistema de refrigeración. De ello se deduce que la actora probó los hechos constitutivos de su pretensión o necesarios para que nazca la acción ejercitada.

Del mismo modo establece el artículo de constante referencia que incumbe la prueba de la extinción de la obligación al que la opone. Si la compañía suministradora de energía considera que es preciso concretar exactamente la hora en la que se produjo el corte de fluido eléctrico, debe ser ella quien pruebe tal hecho y no la parte perjudicada que además actuó con la diligencia debida.

Respecto del segundo de los motivos por el cual se rechaza por la recurrente la interpretación que se hace en la sentencia, que aun rechazando la

tesis del caso fortuito, exculpa a la empresa suministradora de la avería y tan sólo la condena por la tardanza en la reparación. Parece rechazable, como así hace la Sala esta interpretación, pues tras un análisis de los hechos se concluye efectivamente que no ha existido caso fortuito. En este sentido parece interesante traer a colación la sentencia de 7 de abril de 1965, en la que de manera clara, se hace una descripción sobre el concepto de caso fortuito y los requisitos necesarios para que pueda ser aplicado:

«Para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el artículo 1.105 del Código Civil, es menester que en su acaecimiento concurren, entre otros, los siguientes requisitos: Que sea imprevisible, por exceder del curso normal de la vida (sentencia de 23 de marzo de 1945) o que, previsto, sea inevitable, insuperable o irresistible; que no se deba a la voluntad del presunto deudor; que por aplicación de los artículos 1.182 y 1.184 de dicho cuerpo legal haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.902, 1.903 y siguientes de la misma Ley sustantiva; y que entre dicho resultado y el evento que lo produjo exista un nexo de causalidad eficiente; entre los accidentes capaces de ocasionar los efectos antes expresados, nuestra legislación histórica y Derecho vigente, han concluido: los aguaduchos (Ley XVIII, Título VII, Partida V) avenidas de aguas (Ley III, Título II, *id.*) o de los ríos (Leyes VIII y CCII, Título VII, *id.*) y las inundaciones insólitas (...); que produzcan daños de difícil reparación que no se deban a omisiones imputables al obligado e imposibiliten por sí mismos y de forma directa e inmediata el cumplimiento de la relación jurídica de que se trate...».

Observamos que, a tenor de lo afirmado en esta sentencia, hay irresponsabilidad cuando concurren los requisitos que en ella se establecen. En primer lugar, que sea imprevisible; efectivamente una tormenta es imprevisible en cuanto al momento exacto, sin embargo, según se desprende de autos era una zona en donde se originaban habitualmente. En segundo lugar, que siendo previsible como era el caso, sea inevitable o insuperable, también se demostró que existían unos medios técnicos que paliaban esta situación, ya que se instalaron posteriormente por indicación de la Administración. Por lo tanto se puede decir que es una omisión imputable a la empresa suministradora, que no actuó con la diligencia debida e incluso se podría afirmar que actuó culposamente por la tardanza en el arreglo de la avería.

No puede existir en ningún caso concurrencia de culpas, al haberse demostrado la diligencia debida en la actuación de la parte actora.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

2. DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE LA COMPETENCIA. MARCAS Y COMPETENCIA DESLEAL.— EJERCICIO DE ACCIÓN DE INFRACCIÓN DE MARCA, INDEMNIZACIÓN, DECLARATIVA DE ILICITUD DEL ACTO, Y DE CESACIÓN. NULIDAD Y CADUCIDAD DE LA MARCA. (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 17 DE JUNIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don José L. Concepción.

Antecedentes.—La demandante («T., S. A.») solicitaba que «R., S. A.» cesara en el uso de la marca «RDSI, Red Digital de Servicios Integrados», concedida el 2 de septiembre de 1988, para los productos/servicios de la clase 38 (servicios de comunicaciones), así como para los productos/servicios de la clase 16 (papel, cartón, productos de imprenta, papelería y revistas, etc.), y para los productos/servicios de la clase 9 (aparatos telefónicos, de telefonía, automáticos, etc.), y que el Juez declarara la infracción de marca cometida por la demandada, así como se le concediese una indemnización por los daños que la conducta del demandado le hubiera ocasionado, y se retirasen y entregasen para su destrucción todos los folletos publicitarios en los que apareciesen las marcas infringidas. Finalmente, solicitaba se reconociera la realización de un acto de competencia desleal, y se procediera a la publicación de la sentencia condenatoria.

Doctrina.—Se produce una complementariedad relativa entre las normas especiales (LM) y generales (LCD y LGP), lo que implica que es posible la aplicación conjunta de ley especial y ley general en un mismo supuesto fáctico. En todo caso, no debe desconocerse que ambas normas, ley especial, de una parte, y ley general, de otra, tienen distintos objetivos.

La posible genericidad de una marca no debe valorarse en el momento en que se ventila el litigio, sino retrotrayéndose al tiempo en que accedió la marca al registro, que es el momento en el que debió tenerse en cuenta el carácter genérico del signo para impedirse su inscripción.

El uso de la marca inscrita es un deber, impuesto por el legislador, que pesa sobre el titular de la marca, y que beneficia tanto al titular de ésta como al consumidor.

Hechos.—La demandante, «T., S. A.», es una empresa explotadora de servicios de telecomunicación, titular de la marca «RDSI, Red Digital de Servicios Integrados», concedida el 2 de septiembre de 1988, para los productos/servicios de la clase 38 (servicios de comunicaciones), y de la marca «RDSI» para papel, cartón, productos de imprenta, papelería y revistas, etc. (clase 16) y, finalmente, de la marca «RDSI» para aparatos telefónicos, de telefonía, automáticos, etc. (clase 9). Alegaba la demandante que «R., S. A.» venía utilizando tales marcas en el tráfico, para distinguir servicios de telecomunicaciones, conducta que, en su opinión, constituía una infracción de marca, por lo que ejercitaba, además, la acción de indemnización de los daños causados, la declarativa de la deslealtad del acto, la de cesación de la conducta, así como la retirada y entrega de los folletos publicitarios en los que aparecieran las marcas en cuestión, y la publicación de la sentencia condenatoria.

La demandada contestó la demanda alegando, en primer lugar, que el uso que de los signos venía realizando la demandante no era a título de marca, debido a que se trataba de «la forma genérica, usual y habitual de identificar en el mercado a un concreto tipo de acceso telefónico o a una específica tecnología de comunicaciones telefónicas». En segundo lugar, la demandada, vía reconvencción, solicitó se declarase la nulidad de dos de las marcas litigiosas para las clases números 38 y 9, al entender que incurrían en causa de nulidad ex artículo 11.1.a), b) o c) de la LM de 1988, además de solicitar de forma subsidiaria se declarase la caducidad de la marca para la clase 16, bien por genericidad sobrevenida ex artículo 53.b), bien por falta de uso de las mismas.

El Tribunal de Primera Instancia desestimó las peticiones de ambas partes, alegando, de una parte, que los signos en cuestión no eran usados en el tráfico a título de marca, sino solamente como instrumento para identificar una determinada tecnología digital que presta a sus clientes. De otra parte, el Tribunal estimó que, ni las marcas inscritas eran desconocidas, en el momento de su inscripción, para la generalidad de los potenciales clientes, ni tampoco había transcurrido el tiempo que marca la Ley para que pueda reputarse que los signos no habían sido usados por su titular. Antes estas circunstancias, las partes presentaron recurso ante la Audiencia Provincial.

COMENTARIO

La sentencia que comentamos en estas líneas se encuadra en el ámbito del Derecho de la Competencia, y más precisamente en el marco del Derecho de la Propiedad Industrial, al abordar aspectos del Derecho de Marcas. Ello no es óbice para que también trate, si bien de forma incidental, el Derecho de la competencia desleal, al precisar la relación que existe entre ley especial (Ley de Marcas, LM), y ley general (LCD).

Con relación al primer aspecto, la Audiencia Provincial (AP) centra sus aportaciones en las siguientes cuestiones del Derecho de Marcas: nulidad de la marca por genericidad, y caducidad de la marca por falta de uso (vid. *infra*, 2).

Respecto de la segunda cuestión planteada, la AP se pronuncia muy brevemente, en los términos que a continuación exponemos:

1. La demandante había ejercitado, como hemos indicado previamente, acciones de Derecho de Marcas (conforme a la Ley de Marcas vigente en el momento de presentación de la demanda, LM de 1988) y simultáneamente acciones de competencia desleal. Esta circunstancia justificó que la AP iniciara sus consideraciones exponiendo la relación que, a su juicio, existía entre ambos cuerpos normativos.

En este sentido, el punto de partida adoptado por el Tribunal es la denominada «complementariedad relativa», concepto acuñado por la doctrina (1), y que supone una huida de la «regla de la especialidad» como criterio conforme al que determinar la aplicación de una norma frente a las restantes de posible aplicación (así, la LM sería de aplicación frente a la LCD o LGP, en

(1) Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, págs. 81-85.

los supuestos de infracción de marcas). La complementariedad relativa, defendida también por los tribunales en anteriores ocasiones (2), hunde sus cimientos en la doctrina de los «círculos concéntricos», propuesta por BERCOVITZ, que supone que el círculo interno concede una tutela jurídica reforzada, frente a la tutela que otorga el círculo exterior, que es más débil. Así, en el primer caso, la tutela es automática (*erga omnes*) desde que se produce la infracción, por ejemplo, de una marca, mientras que en el segundo caso, la tutela es más casuística, en la medida en que es necesario analizar detenidamente las circunstancias fácticas del supuesto para que finalmente pueda considerarse que existe un supuesto desleal.

Pues bien, como indicó acertadamente la AP, la aplicación de la Ley especial (LM) no excluye la aplicación de la Ley general (LCD o LGP). Continúa la AP señalando que, pese a la vigencia de la doctrina de la relativa, no podemos desconocer que ambas normas persiguen objetivos diversos: la LM proteger al titular de la marca, y la LCD es un instrumento de ordenación de las conductas en el mercado. Aún siendo ello cierto, consideramos que la tutela que concede la LM no debe desconectarse del mercado, ámbito en el que las marcas despliegan sus efectos y encuentran su razón de existir. Sólo en la medida en que existan marcas que distingan unos productos/servicios de otros, el mercado funcionará correctamente, al permitir que el público en general tenga un perfecto conocimiento del origen empresarial del producto, y de esta forma, se tutelaré indirectamente el correcto funcionamiento del mercado. En definitiva, la tutela directa que la LM concede al titular del signo está, como hemos visto, en estrecha conexión con la tutela indirecta que realiza respecto del mercado en su conjunto.

La AP, en la consideración de que los hechos alegados en primera instancia ponían de relieve una infracción del Derecho de Marcas, y en atención a los diferentes objetivos que persiguen la LM y la LCD, estimó oportuno enjuiciar los hechos solamente desde la perspectiva de la LM.

2. La demandada alegó, en primer lugar, que el signo «RDSI» no era utilizado por la demandante como marca. En segundo lugar, el demandado planteó, vía reconvencción, la nulidad de la marca «RDSI» para los productos/servicios de las clases 9 y 38, al considerar que se trataba de «la forma genérica, usual y habitual de identificar en el mercado a un concreto tipo de acceso telefónico o a una específica tecnología de comunicaciones telefónicas».

La AP abordó el tema de la nulidad del signo, indicando que se trataba de una causa relacionada con el artículo 11.1.a), b) y c) de la entonces vigente LM de 1988, y estimó que cuando el signo accedió al Registro —que es el momento en el que debe valorarse la posible genericidad del signo, y no el momento en el que se ventila el litigio—, «(...) la inmensa generalidad de las personas desconocía si dicha denominación (“RDSI”) designaba servicios de telefonía».

(2) Vid., entre otras, la sentencia de la AP de Barcelona, de 4 de junio de 1998, asunto «Príncipe Smirnoff».

Ello no es óbice para que la AP valorara la nulidad de la marca para las clases 9 y 38, pero no ya por tratarse de un signo genérico, sino por ser un signo *carente de fuerza distintiva*. Consideró el Tribunal que el signo denominativo conformado por palabras tales como Red, Digital, Servicios o Integrados, no podía diferenciar, de otros análogos, el origen empresarial de productos o servicios constituidos por servicios de comunicaciones o por aparatos de telefonía u otros similares, que eran precisamente los productos/servicios distinguidos por la marca para las clases 9 y 38. Esta circunstancia llevó a la AP a considerar que la marca registrada para las clases 9 y 38 era un signo carente de capacidad distintiva.

Aunque compartimos con el Tribunal la idea de que la marca «RDSI» para los servicios/productos de las clases 9 y 38 era un signo carente de carácter distintivo, los pronunciamientos del Tribunal parecen poner de relieve que el carácter distintivo, de una parte, y el carácter genérico del signo, de otra, son dos conceptos independientes entre sí, sin conexión, cuando en realidad ambos se encuentran muy próximos; así, en muchas ocasiones, en realidad resulta extremadamente complejo determinar cuándo un signo carece de distintividad y cuándo es genérico. Y es que, en general, una marca genérica carece de distintividad (3), o, como ha indicado el TJCE, «un signo carece de carácter distintivo si únicamente informa sobre las características o las prestaciones del producto o del servicio de que se trate, de forma que para ser distintivo un signo debe permitir distinguir la empresa de sus competidores, más que informar al público sobre los productos o los servicios» (4).

Una vez que la AP declara que, en realidad la marca en cuestión, más que genérica, carecía de carácter distintivo ex artículo 1 LM 1988, necesariamente se ve abocada a declarar la nulidad del signo inscrito. Y es que, una vez constatada tal circunstancia, como la LM de 1988 no contemplaba ningún mecanismo de convalidación de tal circunstancia (falta de carácter distintivo), no existía otra alternativa para lograr que la marca siguiera existiendo. Ni siquiera era posible que, mediante la valoración conjunta o global de los elementos que integraban la marca (ex art. 11.3, LM 1988), pudiera afirmarse que poseía fuerza distintiva, puesto que el apartado 3 del citado precepto no incluía en su ámbito de aplicación a los signos carentes de fuerza distintiva (al no cumplir lo establecido en el art. 1 de la Ley, al que remite el apartado 3 del art. 11 LM 1988).

Sin embargo, conforme a los nuevos planteamientos asumidos por la nueva LM de 2001, la solución a la cuestión hubiera sido diversa, además, en un doble sentido. Y es que, como exponemos seguidamente, el legislador de 2001 ha ampliado sustancialmente los supuestos en los que un signo puede ser convalidado: así, y en primer lugar, mientras que en el marco de la LM de 1988 sólo los signos descriptivos podían ser convalidados mediante la posibilidad de adquirir «*secondary meaning*»

(3) Vid. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de marcas*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 209.

(4) Vid. sentencias de 26 de octubre de 2000, asunto «Trustedlink» (T-345/99. Rec. 2000, págs. II-3525), y, más recientemente, de 30 de abril de 2003, asunto «Axions, S. A., Christian Belve» (T-324/01. Rec. 2003, págs. II-1897).

(art. 11.3), la nueva LM de 2001 admite la convalidación de signos, no ya sólo de carácter descriptivo, sino además de carácter genérico o carentes (*ab initio*) de carácter distintivo (art. 5.2). Además, y en segundo lugar, el legislador contempla también la posibilidad de que signos sin fuerza distintiva individualmente considerados, puedan adquirirla mediante su valoración de conjunto o global (art. 5.3), posibilidad que la LM de 1988 sólo contemplaba para los signos descriptivos y genéricos (art. 11.3).

Con independencia de la deficiente técnica que se ha dicho que ha demostrado el legislador con ocasión de la redacción del artículo 5 de la LM 2001 —en todo caso con la intención de trasponer fielmente los términos de la Directiva comunitaria al ámbito interno— (5), y las doctrinas elaboradas para justificar el solapamiento de los apartados *a*) y *b*) del artículo 5.1 LM 2001 (6), es lo cierto que queda más que evidente la intención del legislador de ampliar sustancialmente los supuestos de convalidación de las marcas.

Pues bien, aplicando las amplias posibilidades de convalidación o subsanación que prevé la LM de 2001 al supuesto en cuestión —marca «RDSI»—, pudiera resultar que la marca hubiera logrado, como consecuencia del uso en el tráfico, fuerza distintiva. Y es que, la citada marca había sido registrada en el año 1988 para los productos/servicios de la clase 38, y en 1990 para los productos/servicios de la clase 9, lo que supone que, en principio, llevaba siendo utilizada un periodo de tiempo lo suficientemente amplio como para que pueda haberse desarrollado tal fuerza distintiva en el público en general. Sin embargo, para que ello fuera así, sería necesario constatar si el titular había realizado un uso serio y efectivo de la marca en cuestión para ambas clases de productos, cuestión respecto de la que el Tribunal, ante la aplicación de la LM de 1988, no necesitó pronunciarse.

3. Sí que aborda la AP la temática del uso de la marca litigiosa respecto de los productos/servicios de la clase 16 (papel, cartón, productos de imprenta, papelería, libros, revistas y todo tipo de material impreso). Se trataba de determinar si la alegación de la demandada —formulada en vía reconvenicional—, podía prosperar; en particular, la demandada reconviniendo consideraba que la marca litigiosa no había sido usada por la demandante en los términos que establecía la LM (art. 4), puesto que si bien la marca había sido usada en relación a líneas de acceso básico (productos de la clase 18), y en un equipo RDSI (producto de la clase 9), en relación a los productos de la clase 16 sólo había sido usada (de buena fe) en material de publicidad, en particular, en el plazo de los tres meses anteriores al ejercicio de la acción de caducidad.

(5) Vid. MARCO ALCALÁ, L. A., *Las causas de denegación de registro de la marca comunitaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 138 y sigs.

(6) Así se ha propuesto la diferenciación entre signos carentes de distintividad *in abstracto* [art. 5.1.a)], y carentes de distintividad *in concreto* [art. 5.1.b)]. En todo caso, en la práctica resulta muy difícil determinar cuándo una marca carece de distintividad y cuándo es genérica, además de que el régimen jurídico en ambos casos es el mismo. Vid. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., «Comentario...», *op. cit.*, págs. 208 y 209.

Varias son las cuestiones que se suscitan en torno a las consideraciones de la AP: en primer lugar, analizar si el uso de la marca sólo tres meses antes de que la acción de caducidad fuera ejercitada es un uso relevante o irrelevante en la LM; en segundo lugar, determinar si el uso de la marca en material publicitario supone el cumplimiento de la carga impuesta por el legislador al titular de la marca (o un tercero con su consentimiento, art. 4.3 LM 1988; art. 39.3 LM 2001).

No obstante, antes de responder a las cuestiones planteadas conviene recordar que, como es sabido, el uso de la marca es una carga impuesta por el legislador al titular de ésta, en la consideración de que de esta forma se evita que el ordenamiento jurídico tutele monopolios innecesarios, evitándose así que el Estado use su fuerza coercitiva para defender a quien posee una marca pero no la usa en el mercado; y es que, no se explica qué sentido tendría mantener marcas que no responden a la finalidad para la que surgieron al tráfico (actuación competitiva) (7). Además, la carga de uso de la marca evita que la OEPM aparezca sobrecargada de marcas inoperativas —o, como ha indicado FRANCESCHELLI con una frase ya célebre, que los Registros de marcas sean «cementeros de marcas»—, de forma que se logre así una coordinación o coherencia registral y extrarregistral. En definitiva, la carga de uso de la marca pone de relieve el carácter dinámico de la marca, que no queda cristalizada con la mera inscripción registral, sino que requiere además un uso posterior en el mercado.

Como decíamos, se planteaba en primer lugar, determinar si el uso en los tres meses previos al ejercicio de la acción de caducidad supone el cumplimiento de la carga de uso por el titular de la marca. En este sentido, señaló la AP que la fecha de uso de la marca (tres meses antes del ejercicio de la acción de caducidad por el demandado reconviniendo) es un supuesto que puede recibir acomodo jurídico en la excepción que contempla la LM, puesto que se trataba de un uso en plazo, y además de buena fe.

Aunque el Tribunal no profundizó sobre esta cuestión, se trataba de determinar si era posible que se hubiera producido un supuesto de «sanación o rehabilitación» de la marca como consecuencia del uso que de ésta hubiera realizado el titular. Esta posibilidad, contemplada por el artículo 53.a) de la LM (art. 58 de la LM 2001) —respecto de la que se ha dicho que supone una quiebra del Derecho histórico español, en el que se venía afirmando el carácter insubsanable de la caducidad marcaría por falta de uso— (8), exige en todo caso un uso del signo con la misma intensidad y significado que se exigen para considerar cumplida la carga de uso del signo (a saber, un uso real y efectivo: el uso real de la marca supone impedir los usos que sean aparentes o ficticios, mientras que el uso efectivo alude al requisito de la intensidad del uso exigido a fin de estimar cumplida la carga legal, exigen-

(7) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La formación del Derecho de la Competencia», en *ADI*, 1975, pág. 61 y sigs., en especial pág. 80.

(8) Vid. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Comentario al artículo 58 de la LM», en *Comentarios a la Ley de Marcas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 899-913, en especial pág. 908.

cias con las que en última instancia se pretende evitar utilizaciones aparentes o fingidas de la marca registrada, así como meramente testimoniales o las realizadas a afectos internos de la empresa titular o licenciataria de la misma) (9), esto es, no basta cualquier uso de la marca, sino que es necesario un uso cualificado (10).

Pues bien, el uso serio y efectivo que, en principio, debe haber realizado el titular de la marca —lo que debe constatarse de forma casuística caso por caso—, debe además reunir dos requisitos para que la figura de la sanación pueda producirse, impidiéndose de esta forma la caducidad de la marca: en primer lugar, debe respetarse un límite temporal, que se refiere a que debe haberse agotado el plazo de cinco años a que se refiere el artículo 53.a) LM; en segundo lugar, ese uso debe respetar una anterioridad respecto de la fecha de presentación de la demanda o de la reconvención por caducidad, en el sentido de que el uso de la marca debe responder a un uso conforme a la «buena fe».

La nueva LM 2001 matiza qué debemos entender por buena fe a los efectos de uso de la marca idóneo para producir la rehabilitación de la marca, y así indica en el artículo 58, último párrafo, que «no se tomarán en cuenta si los preparativos para el comienzo o la reanudación del mismo se hubiesen realizado después de haber sabido el titular que la demanda de caducidad podría ser presentada». Es decir, que el uso que inicia el titular de la marca una vez que han transcurrido los cinco años desde la fecha de publicación de la concesión, para poder ser de «buena fe» en el sentido del artículo 58 LM 2001, no debe ser la respuesta directa al ejercicio de una acción de caducidad por el demandado o al riesgo serio de que tal acción se vaya a ejercitar de forma inmediata (11). En definitiva, se trata de evitar un uso fraudulento de la marca, que consistiría en el uso de la marca (transcurridos los cinco años establecidos por la LM) a los solos efectos de evitar la caducidad de ésta, objetivo para lograr el cual el legislador ha establecido un período «de sospecha» en el que el uso del signo se estima irrelevante (a efectos de sanación de la marca).

En el supuesto que nos ocupa en estos momentos, la AP expresamente indica que, tal y como ha indicado la demandada reconviniendo, la demandante reconvénida ha usado las marcas registradas de acceso básico «RDSI» (clase 16) en las líneas de acceso básico, en un equipo RDSI (clase 9), y en material de publicidad de la línea RDSI (clase 16), cumpliendo el requisito que establece el art. 4 LM, relativo al uso serio y efectivo para que pueda entrar en juego la excepción que contempla el artículo 53.A) LM («sanación» de la marca), puesto que tal uso, indica la AP, se produce una vez transcurridos los cinco años desde la fecha de publicación de la concesión y en los tres meses previos al

(9) Vid. CARBAJO CASCÓN, F., «Comentario al artículo 39 de la LM», en *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 583-609, en especial págs. 591 y 592.

(10) Vid. SÁIZ GARCÍA, C., *El uso obligatorio de la marca*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 122 y 113.

(11) Vid. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Comentario al artículo 58 de la LM», *op. cit.*, pág. 909.

ejercicio de la presentación de la acción de caducidad, si bien no se constata la existencia de mala fe en el comportamiento de la titular de la marca, esto es, el Tribunal no puso de relieve que la titular de la marca tuviera conocimiento del ejercicio inmediato de acción de caducidad por la demandada reconviniente.

Sin embargo, el Tribunal abordó la segunda cuestión planteada (uso de la marca en material publicitario), indicando que, no obstante lo anterior, aunque exista buena fe en la demandante reconvinida, el uso serio y efectivo de la marca «RDSI» sólo se ha producido en relación a las clases 38 y 9, puesto que el uso del signo sobre material publicitario de la línea RDSI no justifica el uso exigido (para la clase 9), cual es el uso del signo para los productos para los que fue registrada (clase 9: papel, cartón, productos de imprenta, papelería y revistas, etc.). De esta forma, el Tribunal se planteaba si el uso del signo «RDSI» en la publicidad y no en los productos de la clase 9, como ha hecho la demandante reconvinida, supone dar cumplimiento a la exigencia de uso de la marca exigido por la LM.

Como ya indicamos, la constatación del uso de la marca es una cuestión casuística, que debe analizarse atendiendo a las circunstancias que rodean al supuesto fáctico. Tomando como punto de partida la regla general de que, en principio, un uso publicitario de la marca debe considerarse como uso relevante, bien sea porque el alto renombre alcanzado por el signo puede servir para amparar la comercialización de las prestaciones distinguidas mediante su simple visualización por el público, o bien porque el uso publicitario puede constituir un acto preparatorio para una comercialización ulterior del producto/servicio (12); se trata entonces de determinar si tales circunstancias concurren en el supuesto que comentamos en estas líneas.

En particular, se trata de analizar si la marca «RDSI» detentaba un renombre tal que, pese a no ser usada por su titular en relación a los productos de la clase 16, era idónea para que el público en general vinculara la misma con los productos de la clase 16. Atendiendo a los datos aportados por el Tribunal, parece que no era probable que en realidad el público en general llegara a asociar los productos de la demandante y demandada, puesto que la demandante se dedicaba de forma principal a la actividad de telefonía, lo que parece que impide, o al menos dificulta en gran medida, que el público en general llegue a identificar el signo en cuestión con los productos de la clase 16, que no constituyen su actividad principal en el mercado.

Además, debe recordarse que, aun cuando pudiéramos admitir que el simple uso publicitario de la marca «RDSI» constituyera un uso en los términos exigidos por la LM, no debemos olvidar que el simple conocimiento de la marca por el público («*residual goodwill*») sin que vaya seguido de un uso típico como signo distintivo de los productos comercializados realmente en el mercado, no serviría para cumplir con la carga legal de uso.

Por otra parte, los datos fácticos que dieron lugar a la sentencia que comentamos en estas líneas, son también idóneos para abordar el controvertido tema del uso parcial de la marca, que, como es sabido, era regulado en la LM de 1988 de una forma expansiva (art. 4.4), en el sentido de permitir que

(12) Vid. CARBAJO CASCÓN, F., «Comentario al artículo 39 de la LM», *op. cit.*, pág. 594.

el uso de un signo sirviera para acreditar tal uso con respecto a productos/servicios de la misma clase del nomenclátor internacional o similares (respecto de los que sin embargo no se había usado el signo en cuestión), o a los productos/servicios en relación con los cuales la utilización por un tercero podría dar lugar a riesgo de asociación por los consumidores respecto del origen de unos y otros. Como la doctrina ya había señalado reiteradamente (13), se trataba de una regulación claramente tuteladora del interés del titular de la marca, a la que sólo la vigente LM de 2001 ha puesto fin: el artículo 39.1 suprime las amplias matizaciones que contenía el artículo 4.4 de la LM de 1988, y exige un uso real y efectivo de los signos inscritos en relación con cada uno de los productos/servicios que identifican.

Con buen criterio, de las consideraciones realizadas por la AP se deduce que este Tribunal interpretó el artículo 4.4 de la LM de 1988, conforme a las previsiones que contienen la Directiva y el Reglamento comunitario, y no valoró, conforme a los tradicionales planteamientos mantenidos de forma generalizada, si el uso de la marca «RDSI» por la demandada reconviente podía generar un riesgo de asociación en los consumidores respecto del origen de los productos de la demandada y de la demandante.

EVA MARÍA DOMÍNGUEZ PÉREZ
Profesora Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

PROPIEDAD INTELECTUAL. VIOLACIÓN DEL DERECHO EXCLUSIVO DEL TITULAR DE LA MARCA «HARLEY DAVIDSON». UTILIZACIÓN DE DICHA MARCA, POR PARTE DE UN FABRICANTE DE JUGUETES, EN UNA REPRODUCCIÓN IMITATIVA DE UNA MOTO DISTINGUIDA EN EL MERCADO CON ESTE SIGNO. POSIBLE APRECIACIÓN DE RIESGO DE ASOCIACIÓN ENTRE AMBOS PRODUCTOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Antecedentes.—El titular de la marca notoria *Harley Davidson* entabla conflicto jurisdiccional ante el Juzgado de Primera Instancia, número 19 de Valencia, contra la empresa de juguetes Feber, S. A. Esta empresa ha comercializado una reproducción exacta de uno de los modelos más famosos de motocicletas distinguidas en el mercado con esta marca. La reproducción, en menor escala y destinada a un uso lúdico por un público infantil, incluye todos los elementos de la marca protegida. El titular de la marca solicita acción de cesación y acción de daños y perjuicios contra el demandado, acciones contempladas en el artículo 35 de la ya derogada Ley de Marcas de 1998, normativa aún aplicable al conflicto en cuestión.

En Primera Instancia, el titular de la marca obtiene resolución favorable, considerando el juzgador la violación del derecho exclusivo y, en consecuen-

(13) Vid., entre otros, CARBAJO CASCÓN, F., «Comentario al artículo 39 de la LM», *op. cit.*, págs. 597 y 598.

cia, procediendo a ordenar el cese de todos los actos vulneradores de la marca, fijando una indemnización económica por los daños y perjuicios causados y, finalmente, ordenando la destrucción de todo el material que estuviera distribuido y todo el material preparado para tal efecto, incluyendo almacenaje y publicidad, respecto de la reproducción objeto del litigio.

Ante esta resolución jurisdiccional, el demandado ejercita recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, la cual estima parcialmente el recurso, en el sentido de que absuelve a la demandada (Juguetes Feber, S. A.) respecto de la violación del derecho de marca y de realizar actos contrarios al derecho de la competencia pero, contradictoriamente, le obliga a satisfacer a la actora la cuantía de la licencia de explotación de la marca *Harley Davidson*.

Ante esta significación jurisprudencial, la parte demandante entabla recurso de casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que sí se ha producido una violación del derecho exclusivo del titular de la marca y que, además, este acto constituye un acto contrario al derecho de la competencia, *ex* artículos 5, 6 y 12 de la LCD.

Doctrina.—Es conocido por todos que, para la labor del comerciante, la distinción de los bienes y servicios en el mercado es una cuestión de trascendental importancia. Esta labor, efectuada a través de los llamados signos distintivos, no ha estado tradicionalmente libre de controversias.

Una de las piedras angulares del sistema de protección de signos distintivos, en general, aunque ahora nos refiramos en concreto a la figura de las marcas, es la capacidad de distinguir los productos o servicios sin *interferencias* en el tráfico económico. En otras palabras, el comerciante podrá distinguir con su marca sus productos y servicios en el mercado sin temor a que terceros, a través de las conductas que veremos, confundan al consumidor medio.

En este sentido, la figura de la confusión, estudiada en amplitud en el derecho de marcas, es el enemigo a batir por el sistema de protección de marcas. El mercado o, más propiamente, el tráfico económico debe ser un espacio que goce de claridad y transparencia informativa. Así, la confusión puede producirse de dos maneras diferenciadas:

- A) Confusión directa: El consumidor medio selecciona un producto o servicio actuando en la creencia de que es otro producto.
- B) Confusión por asociación: El consumidor medio selecciona un producto o servicio conociendo que es un producto diferente pero actuando en la creencia, debido a la similitud de los signos distintivos, por ejemplo, de que ambos productos poseen un mismo origen empresarial o que, al menos, existe una relación o vinculación en el origen empresarial del producto.

No obstante, ello no implica que un tercero no pueda usar una marca ajena bajo ninguna circunstancia. Esto es posible en dos supuestos muy diferentes:

- A) El primero, 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, éste no está usando el signo a título de marca sino a título descriptivo, actuación esta 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, pues no afecta 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 tendría su origen en 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 de 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 los 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 otro producto, sea cuales sean sus características, en cualquier sector del mismo.

Este tratamiento gradual en la protección, referido a las marcas notorias y renombradas, ha dado lugar a múltiples incógnitas a la luz del artículo 8 de la Ley de Marcas de 2001 [CURTO POLO, M., «Artículo 8. Marcas y nombres comerciales, notorios y renombrados registrados», en *Comentarios a la Ley de Marcas*. BERCOVITZ, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Direc.), págs. 233-255]. Y ello es así porque, a luz del artículo 8.1 de la citada norma, el legislador parece otorgarle *a priori* una idéntica protección, pues, en dicho precepto primero habla con claridad y de forma disyuntiva de marcas «*notorias o renombradas*». No obstante, y de forma inmediata, matiza esta posición al indicar en el artículo 8.2 que «*La protección otorgada en el apartado 1, cuando concurren los requisitos previstos en el mismo, alcanzará a productos, servicios o actividades de naturaleza tanto más diferente cuanto mayor sea el grado de conocimiento de la marca o nombre comercial notorios en el sector pertinente del público o en otros sectores relacionados*». De esta manera parece desprenderse que, en efecto, tal como ha mantenido tradicionalmente la más sólida doctrina, la diferenciación entre marcas notorias y renombradas existe y,

aunque no nos encontramos ante dos figuras o categorías autónomas y contrapuestas, sí nos encontramos ante dos grados distintos de protección de un mismo fenómeno: La mayor protección que la marca merece a medida que su difusión y reputación aumenta (AREÁN LALÍN, M., «La sombra de la marca prestigiosa es alargada», en *CJPI*, núm. 10, pág. 38). Con todo, es una problemática que únicamente indicamos al lector pues, desde la perspectiva estricta de la sentencia, objeto de este trabajo, en nada nos atañe y que, tal como obliga el principio de legalidad, es la antigua Ley de Marcas de 1988 la aplicable a la resolución de esta controversia.

COMENTARIO

Como no podría ser de otra manera, la valoración acerca de la concurrencia o no de la figura de la «confusión» en el supuesto concreto centra toda la actividad del juzgador en la sentencia que analizamos. No obstante, tras esta Resolución del Tribunal Supremo, y aunque apenas la nombre, se halla la valoración acerca del uso con carácter distintivo o descriptivo de la marca *Harley Davidson*.

En este sentido, tal como ya se ha dicho, 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 contemplaba 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», definición que en nada contradice al antiguo artículo 1 de LM de 1988 (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).

A pesar de la consustancialidad del requisito del uso distintivo con la figura de la marca, cuestión esta que se desprende con claridad del artículo 4.1 LM, del artículo 1 de la anterior norma, este requisito, como se ha dicho, no está expresamente exigido por la Directiva 89/104/CEE. La razón, posiblemente, se derive de la consustancialidad del requisito con la identidad de la figura, cuestión esta que parece conducir al legislador a no realizar una declaración expresa del requisito. Sería suficiente realizar un análisis detallado del artículo 5 DM para comprobar la existencia implícita del mismo. De esta manera, en el artículo 5.1, instaurador del *ius prohibendi* del titular de la marca contra un tercero, se pone de manifiesto que la razón de esta prohibición se fundamenta en que los supuestos contemplados en los preceptos 5.1.a) y b) generan confusión en el tráfico económico, o lo que es lo mismo, alteran la distinción de la oferta con la que el titular de la marca quiere incidir en el mercado. La función distintiva es el fin que se persigue; la confusión se combate porque es una alteración en el fin que persigue 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.

A pesar de todo, no sólo se llega a esta conclusión a través de una interpretación conceptual y de la *ratio legis* de la norma. Una interpretación literal que nos conduce al mismo fin también es posible. Ello se desprende de los propios términos del artículo 5.5 DM cuando señala: «*Los apartados 1 a 4 no afectan a las disposiciones aplicables en un Estado miembro, relativas a la protección contra el uso de un signo que tenga lugar con fines diversos a los de distinguir los productos o servicios, cuando con el uso de dicho signo realizado sin justa causa se pretenda obtener un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a los mismos*». Vemos así cómo este apartado quinto realiza una excepción al *ius prohibendi* del titular de la marca. Esta excepción nos indica que el titular no podrá prohibir el uso de los signos por un tercero, conductas reguladas en los apartados anteriores al artículo 5 DM, cuando éstos no se empleen con una finalidad distintiva, sin justa causa y puedan causar otros daños. De esta manera, si la excepción a la regla general del *ius prohibendi* se acciona, entre otros requisitos, cuando la marca es usada con un fin diferente al de distinguir productos o servicios en el mercado, parece razonable llegar a la conclusión de que el fin distintivo de la marca, *ex* artículo 5.1 al 5.4 DM, es consustancial a la regla general del *ius prohibendi* y forma parte esencial de la propia figura de la marca. Por todo ello, queda aclarada esta cuestión. El derecho de uso exclusivo de la marca por parte del titular únicamente se produce cuando este uso se realiza a título distintivo. Por consiguiente, no cualquier uso de los signos constituye su uso como marca sino, únicamente, cuando éstos indican el origen empresarial de productos o servicios, haciendo posible que el público pueda pensar que con él se informa sobre la procedencia de los mismos.

Pues bien, justamente esta es la cuestión que, a través del iter procesal del supuesto que analizamos, se ha examinado. En primera instancia, el juzgador entendió que el carácter distintivo se producía, que era una realidad indiscutible. El fabricante FEBER usaba en una moto de juguete la marca de una conocidísima marca de motocicletas. En este paso procesal, el juzgador entendió que, a pesar de que la motocicleta estaba diferenciada con la marca FEBER, al emplear la marca *Harley Davidson*, el fabricante vulneraba el derecho exclusivo del titular de este último signo. A su juicio, la motocicleta de juguete era distinguida en el tráfico económico con la marca de las famosas motocicletas y, si bien este hecho no sería capaz de generar en el tráfico situaciones de confusión directa, sí sería capaz de generar confusión por asociación, esto es, llevar a los consumidores a la creencia de que entre FEBER y «*Harley Davidson*» existía alguna relación empresarial.

A pesar de que esta posición pueda ser defendible, no podemos dejar de observar opiniones contrarias. En esta línea, podría argumentarse que los dos productos, vehículo a motor y juguete, son dos productos diferentes dirigidos a dos sectores diferentes de mercado. Además, se puede también argumentar que el juguete estaba distinguido con una marca propia, de forma visible a la hora de adquirir el producto, y que la marca ajena era usada únicamente como un elemento más de la imitación del vehículo original, pero careciendo del carácter distintivo. Ciertamente es que, aun así, podría entenderse que esta actuación puede originar una situación de confusión por asociación al creer el usuario medio que el juguete imitativo se ha fabricado con la autorización

de «Harley Davidson». A mi juicio, esta opinión no parece acertada. Y no lo parece porque los juguetes fabricados por FEBER son bienes ofertados en un sector del mercado muy diferente del sector mercado en el que opera el titular de la marca ajena.

Detengámonos un momento en este punto. Recordemos que, para apreciar el carácter distintivo de una marca, ésta debe vincularse, en opinión del consumidor medio, a un determinado bien o servicio. Las motocicletas *Harley Davidson* son bienes dirigidos a un público adulto y, tal como reza su publicidad, es una marca vinculada a un modo de vida rebelde y amante del mundo del motor. Si un usuario medio contempla en el mercado productos asociados a este estilo de vida que portan el signo distintivo de «Harley Davidson» (chaquetas de cuero, pantalones de motorista o cascos, etc.), es innegable que el consumidor medio establecerá una asociación de dichos productos con la marca. Así, pensará que el titular de la marca los ha creado o bien que un tercero, con autorización del titular del signo, los ha fabricado. El usuario medio hará esta asociación porque todos estos elementos están vinculados a la fuerza distintiva de la marca. El titular de la misma, a través de actos de publicidad y promoción, ha fortalecido la capacidad distintiva de su marca. El público asocia la marca con motocicletas pero también con los productos asociados al modo de vida con la que el signo ha sido vinculado.

El caso que aquí se plantea es diferente. Un juguete, destinado a un público infantil, distinguido con una marca propia (FEBER) que reproduce un modelo de una famosa motocicleta, insertando en la misma el signo distintivo de ésta. A mi juicio, al igual que hizo la Audiencia Provincial de Valencia durante el iter procesal del caso que analizamos, es poco probable que el usuario medio crea en la existencia de alguna vinculación en cuanto al origen empresarial del producto. El público no vincula la marca «Harley Davidson» a productos infantiles y, al ver la moto de juguete dirigida a un público infantil, el público únicamente piensa que una empresa juguetera ha insertado el símbolo como un elemento más de la reproducción. En este sentido, parece claro que las motocicletas dirigidas a niños en su primera infancia quedan fuera del poder de atracción de la marca. Por todo ello, y en contra de lo mantenido por el juzgador, entiendo que no existe un uso a título distintivo de la marca ajena por parte del demandado. Con todo, sigamos con la argumentación contenida en la sentencia.

No deja de resultar curioso el análisis que de lo que son productos *idénticos o similares* efectúa el Tribunal Supremo. La Audiencia Provincial de Valencia señaló, como argumento para admitir el recurso de apelación, que «*el producto comercializado por la apelante, Juguetes Feber, S. A., es distinto del comercializado por la actora, por lo que se refiere a tamaño, prestaciones, precio y cadenas de mercado*». No obstante, señala el Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial «*[...] omite una realidad que se proclama en la instancia y es que se trata en ambos productos de motocicletas, y aunque la de la demandada es de juguete, utiliza la marca Harley Davidson, marca notoria de una moto que es una de las más famosas del mercado [...]*». En este sentido vemos que el juzgador presupone la existencia del carácter distintivo de la marca en el supuesto concreto, pero, además, engloba dentro de la categoría de «*productos idénticos o similares*» a una motocicleta de gran cilindrada y a una reproducción de juguete, pues «*se trata en ambos productos de motocicletas*». Como no puede ser de otra manera, no podemos estar de acuerdo. Los productos distinguidos con la marca *Harley Davidson* son motocicletas, vehículos

a motor, y los distinguidos con la marca «FEBER» son juguetes destinados a un público infantil. Ambos no son motocicletas. La primera es un vehículo a motor, una motocicleta en sentido estricto, destinado a un sector del mercado, y la segunda es un juguete imitativo de una motocicleta dirigido a un público infantil.

Tras la declaración de que ambos productos son «idénticos o similares», se encuentra el hecho de que el juzgador entiende que la marca «Harley Davidson» posee un carácter notorio. Por tanto, en primer lugar, se declara que el demandado usó con carácter distintivo la marca ajena, una marca que es notoria. Como es sabido, el titular de una marca notoria puede prohibir el uso de marca a todos los productos que operen en su sector de mercado, pero no más allá. El titular de la marca no puede prohibir el uso de la misma para «*productos o servicios diferentes*» fuera de su sector de mercado. Esto queda reservado para la protección reforzada de las marcas renombradas. Siendo, por tanto, una motocicleta y un juguete productos diferentes para sectores de mercado distintos, no parecería que el titular de la marca pudiera prohibir su conducta al demandado. Por ello, en segundo lugar, y con el fin de solventar tal inconveniente, el juzgador interpretó que ambos productos eran «*idénticos o similares*», con lo cual el titular de la marca podía ejercer su *ius prohibendi*, siendo posible, por tanto, apreciar la violación del derecho de marca.

A pesar de todo ello, creyendo aún que el uso de la marca ajena en este supuesto no posee un carácter distintivo por las razones expuestas y siguiendo el razonamiento del Tribunal Supremo, me queda la duda de por qué no ha apreciado el carácter renombrado de la marca demandante, solventando el problema, si ese era su deseo, con una mayor corrección técnica. Y podría haberlo hecho con suma facilidad, pues pocas dudas ofrece el hecho de que la marca en cuestión es conocida por el público en general y no sólo en su lecho de mercado.

En este sentido, y para finalizar, basta con cuestionarse qué hubiera hecho el juzgador si, en vez de aplicar la antigua LM, tuviera que aplicar la nueva norma en materia de marcas. Como es sabido, si éste fuera el caso, bien podría entender el juzgador que, tal como quedó señalado en el artículo 8.1 en relación con el 8.2 de la nueva Ley de Marcas, la marca *Harley Davidson* es una marca notoria, muy ampliamente conocida, entendiéndolo, por consiguiente, que el *ius prohibendi* del titular alcanza al sector juguetero. Es evidente que una interpretación así, aunque posible desde el punto de vista del derecho positivo, contradiría a la práctica totalidad de la doctrina científica y es un paso que no sabremos si algún día se dará. El tiempo en futuras resoluciones nos sacará de la duda.

En definitiva, una sentencia abierta a la discusión que escenifica con claridad lo difícil que puede resultar la tarea de señalar la frontera entre el uso distintivo y descriptivo de las marcas. Una dificultad que, como en muchos otros aspectos de las ciencias humanas, radica en el acto de colocarse en el *alter locus*, en este caso, del consumidor medio.

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ
Universidad de Salamanca

3. URBANISMO

POR EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

LA SITUACIÓN DE LOS PROPIETARIOS NO ADHERIDOS A UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN RESPECTO A LA CONFECCIÓN E INSCRIPCIÓN DE UN PROYECTO DE COMPENSACIÓN. (RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE QUEJA DE LA DGRN DE 12 DE FEBRERO DE 1999.)

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de febrero de 1999, relativa al recurso de queja interpuesto por el Alcalde de un Ayuntamiento contra la actuación del Registrador de la Propiedad, en relación a la posible inscripción de un proyecto de compensación.

I. RESUMEN

Si bien en la Resolución que se comenta se advierte que el objeto del recurso de queja es el análisis de una determinada actuación del Registrador a fin de resolver las dudas surgidas en relación con la inscripción de un proyecto de reparcelación, lo que, dada la configuración del recurso, no implica revisión alguna de la calificación realizada por ser esa materia propia del recurso gubernativo, en aquélla se entra de lleno, junto con otras cuestiones, en otra ya tratada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiene una relevancia práctica notable cuando se actúa a través del sistema de actuación por compensación.

En concreto se trata de la inscripción de los proyectos de compensación, también denominados de reparcelación en la nueva legislación urbanística de origen autonómico, cuando existen en el ámbito de gestión, objeto de desarrollo, propietarios que no se han incorporado a la Junta de Compensación y cuando, a su vez, no ha concluido el procedimiento expropiatorio y por lo tanto sus terrenos no han pasado al dominio de la Junta de Compensación en su condición de beneficiaria de la expropiación legalmente atribuida.

Limitando el presente comentario en consecuencia al extremo indicado, a continuación se reproducen los hechos que sirvieron de base para la interposición del recurso de queja, así como el alcance preciso de la duda suscitada en los términos indicados.

La Resolución recoge los siguientes antecedentes: *«los parcelistas de la urbanización ilegal ..., en el término de ..., incluida en el Catálogo de Urbanizaciones ilegales de la Comunidad de Madrid, al modificar el Plan General de Ordenación Urbana Municipal y cambiar la naturaleza del suelo por la de urbanizable programado e integrar sus terrenos la totalidad del Sector IV, iniciaron el proceso urbanizador, constituyéndose en Junta de Compensación en diciembre de 1998, aprobándose por el Ayuntamiento los Estatutos y Bases de Actuación de la misma.*

En 1990 la Junta de Compensación solicitó al Registro de la Propiedad de ... la práctica de la nota marginal a que alude el artículo 102 del Reglamento de Gestión Urbanística, extremo que el Registro cumplimentó sobre las 428 parcelas inscritas en las 527 aportadas, y expidió la correspondiente certificación.

En 1993 el Ayuntamiento de ..., ante la imposibilidad de la Junta para redactar el proyecto de compensación, acordó sustituir el sistema de actuación por el

de cooperación, elaborando un proyecto de reparcelación que fue aprobado definitivamente en escritura autorizada por el Notario don ..., presentándose en el Registro el ... Posteriormente el mismo Notario autorizó el ... una escritura de subsanación, conforme a la calificación verbal realizada por el Registrador y que fue presentada el...».

A partir de los datos precedentes, el 11 de junio de 1998, el Alcalde del Ayuntamiento de ... se dirige a la Dirección General de los Registros y del Notariado, planteando diversas dudas entre las que, por lo que aquí interesa, ha de resaltarse la siguiente: *«¿en un proyecto de reparcelación o de compensación, los Registradores de la Propiedad tienen que inscribir todo a la vez o tienen la obligación de inscribir las parcelas cuyos datos estén todos correctos y requerir a la Administración respecto a aquéllas que por alguna cuestión concreta no puedan ser objeto de dicha inscripción?».*

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

La respuesta a la duda expresada en el último párrafo del apartado precedente se contiene en el tercer párrafo del punto cuatro de los Fundamentos de Derecho, cuyo texto es el siguiente: *«Una cuestión que se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia es si cabe la posibilidad de la compensación parcial, esto es, la inscripción de la reparcelación derivada de la compensación urbanística, sin alterar la titularidad registral de los titulares no incorporados a la Junta, en tanto se solucione por vía de expropiación. La solución en el ámbito jurisprudencial ha sido negativa; así lo estimó la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 1988, para lo cual es necesaria la previa expropiación de los titulares no incorporados a la Junta de Compensación para inscribir la reparcelación derivada del proyecto. El mismo criterio de la necesidad de previa expropiación y por tanto de la imposibilidad de inscripción parcial, ha sido recogido por el artículo 21 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística».*

Tales son los términos sobre los que se pronuncia la Dirección en una materia de enorme interés y trascendencia práctica indiscutible porque de seguirse una interpretación maximalista los riesgos de retraso de la acción urbanística por compensación serían de gran extensión.

III. COMENTARIO

1. CUESTIÓN PREVIA: LA DETERMINACIÓN DE QUIENES SEAN NO ADHERIDOS

La fase de ejecución del planeamiento a través del sistema de compensación exige, en primer lugar, definir qué deba entenderse con los términos propietarios no adheridos a la Junta de Compensación en atención a los efectos que, sin perjuicio de las matizaciones que se harán más adelante, tal condición provoca sobre sus terrenos al quedar sujetos a expropiación forzosa.

La cuestión anterior es además especialmente relevante a partir, en primer lugar, de la aparición del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y, en segundo término, por lo dispuesto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio

de las Administraciones Públicas, dada la falta de regulación que al respecto existía en el Reglamento de Gestión Urbanística de 1998.

En efecto, el artículo 163.2 del Reglamento de Gestión Urbanística disponía que *«la Junta quedará integrada por los propietarios de terrenos que hayan aceptado el sistema...»*, estableciendo sucesivamente el artículo 168.2 que *«los terrenos propiedad de quienes no se hubieran incorporado a la Junta serán expropiados, atribuyéndose a ésta el carácter de beneficiaria de la expropiación»*.

El Reglamento de Gestión Urbanística se limitaba a expresar por lo tanto los efectos de la constitución de la Junta respecto de los propietarios adheridos y, a la vez, los efectos que tal constitución tendría en relación con los propietarios no adheridos sobre la base de que voluntariamente, y en el ejercicio de un derecho legítimo reconocido por la Ley, optaran por mantenerse al margen del proceso reparcelatorio al ver sometidos sus terrenos a expropiación forzosa recibiendo la correspondiente indemnización y teniendo la Junta de Compensación la condición de beneficiaria. Es decir, más allá del caso del propietario identificado que voluntariamente rechazaba incorporarse a la Junta, nada decía sobre las condiciones que hubieran de reunirse para llegar a tener la consideración de no adherido.

Al aparecer posteriormente el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se introducen algunos aspectos relevantes que, aunque en principio se refieren a la correcta configuración del título inscribible, acaban por incidir en el contenido del proyecto de equidistribución, pues condicionan de modo determinante la identificación de aquellos con derecho a participar en el procedimiento reparcelatorio.

Así, el artículo 10.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, entra de lleno en el contenido del proyecto de reparcelación al ocuparse del tratamiento que en el mismo han de tener, respecto de las fincas aportadas y consiguientemente de las fincas de resultado, tanto los titulares desconocidos como aquellos otros que estuvieran en ignorado paradero.

En cuanto al primer caso, el del titular desconocido, se expresa que *«la finca de resultado se inscribirá a favor de la Administración actuante, con carácter fiduciario y para su entrega a quien acredite mejor derecho sobre la misma»*, y, en cuanto al titular en ignorado paradero, se limita a expresar que *«la defensa de sus intereses, durante la tramitación del proceso, corresponderá al Ministerio Fiscal, salvo que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes»*.

La regulación anterior tenía, en la línea de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, unas consecuencias directas sobre el contenido del proyecto y, en particular, sobre la identificación de lo que hubiera de entenderse por propietario no adherido.

En el primer caso, el del propietario desconocido, por cuanto frente a la práctica habitual que se sigue todavía en la actualidad de identificar al titular desconocido como titular que tácitamente expresa su voluntad de no adherirse a la Junta de Compensación, porque su adjudicatario no será ya la Junta de Compensación sino, por el contrario, la Administración actuante y además con carácter fiduciario para su entrega a quien acreditara mejor derecho. Lo que habría de traducirse en que nunca los suelos de un titular desconocido podrían ser objeto de expropiación al no poder ser considerado en rigor un propietario no incorporado a la Junta.

Y en cuanto al titular en ignorado paradero por cuanto la defensa de sus intereses exige la intervención previa del Ministerio Fiscal o de su represen-

tante legal si hubiera declaración judicial de ausencia o fallecimiento, entendiendo que en el primer caso la intervención del Ministerio Fiscal habría de tener lugar precisamente para garantizar o verificar el cumplimiento de las formalidades propias del desarrollo inicial del sistema y, en su caso, la del representante legal para manifestar su voluntad de incorporación a la Junta con sometimiento a todas las consecuencias que del sistema se derivan. Es decir, cuando actuara el Ministerio Fiscal cabría entender que su intervención, verificado el cumplimiento de las formalidades legales, daría cauce a entender que el propietario en cuestión tendría la condición de no adherido y sometido a expropiación forzosa, siendo la Junta de Compensación beneficiaria de ella, y en cuanto al supuesto de que se actuara a través del representante legal del ausente, éste sería el que en último término habría de manifestar la voluntad o no de adhesión a la Junta de Compensación.

El contenido del Real Decreto, en los términos indicados, se justificó por la doctrina (1) por su adecuación a la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, en cuyo artículo 21 se expresaba que pertenecerían al Estado *«como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieran vacantes y sin dueño conocido»*, por lo que no era admisible que la Junta de Compensación pudiera llegar a tener la condición de titular de los bienes a través del procedimiento expropiatorio al ser los mismos en todo caso bienes que habrían de pasar al dominio del Estado.

Partiendo de esta regulación reglamentaria, en la actualidad la reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, ha dado una vuelta de tuerca más a esta materia al regular el tratamiento de los inmuebles vacantes en los procedimientos urbanísticos, tratamiento que incomprensiblemente ha sido reducido precisamente a su engarce con el sistema de compensación, debiéndose entender, en todo caso, plenamente aplicable en cualesquiera otros sistemas o modos de ejecución del planeamiento que requirieran de la reparcelación.

Así ha tenido lugar, en efecto, al disponer su artículo 190 que *«los Notarios no podrán autorizar el otorgamiento de escrituras públicas de constitución de Juntas de Compensación u otras entidades urbanísticas colaboradoras sin que previamente los otorgantes justifiquen ante ellos que la totalidad de la superficie incluida en la unidad de ejecución ha sido plenamente identificada, en cuanto a la titularidad de las fincas que la componen, o que la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente ha sido notificada fehacientemente de la existencia de terrenos de titularidad desconocida o no acreditada»*.

A su vez, al disponer el artículo 17 de la Ley de Patrimonio que pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño, entendiendo que su adquisición *«se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado»*, queda reforzada la posición según la cual los terrenos de propietarios desconocidos no pueden ser objeto de expropiación a favor de la Junta de Compensación, lo que se hace en unos términos más radicales de lo que expresa el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En cuanto la adquisición del dominio opera por ministerio de la ley podría entenderse igualmente superado el texto del artículo 10.2 del Real Decre-

(1) ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 253.

to 1093/1997, de 4 de julio, por considerar que el tratamiento de la finca en el procedimiento reparcelatorio debería efectuarse desde el origen, reconociendo su titularidad a favor del Estado, eliminando por ello la solución dada por la norma reglamentaria en el sentido de efectuar su adjudicación a favor de la Administración actuante con carácter fiduciario por cuanto ésta ya se produciría a favor del Estado por subrogación real de la finca aportada. Lo que no se vería afectado por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 17 de la Ley del Patrimonio al decir que las obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de los bienes vacantes, sin perjuicio de su adquisición por ministerio de la ley, tan sólo se produciría una vez incorporados los bienes a su patrimonio de acuerdo con los trámites del párrafo *d)* del artículo 47, por cuanto tal previsión en todo caso ratifica y confirma desde el inicio el reconocimiento del dominio a favor del Estado y deja en el alero las consecuencias de orden patrimonial derivadas de su incorporación a la Junta de Compensación si es que ésta, efectivamente, tuviera lugar en virtud de la correspondiente manifestación de voluntad. Lo que en todo caso encuentra un apoyo expreso en el artículo 163.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, si bien quedando a salvo las competencias del Estado cuando existiendo un supuesto de competencias concurrentes demandaran una mayor protección.

En consecuencia, y por la novedad que constituye la nueva legislación de patrimonio del Estado, la interpretación de qué haya de entenderse por propietarios no adheridos a la Junta de Compensación tiene unas especiales connotaciones en aquellos supuestos en los que estemos en presencia de propietarios desconocidos o en ignorado paradero, lo que tiene lugar tanto según el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, como de la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas en la que, según se ha indicado, se ha producido una recepción parcial del proceso urbanístico limitada al sistema de compensación en cuanto al tratamiento que debe darse a los bienes de los que sea titular la Administración General del Estado.

2. LA COORDINACIÓN DE LOS DIVERSOS INTERESES INVOLUCRADOS EN EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN

A) *La identificación de los intereses involucrados*

Si bien el sistema de compensación cuenta con unas reglas propias que le diferencian respecto de las otras posibles formas de ejecución jurídica del planeamiento urbanístico, resulta obvio que en el conjunto del proceso urbanístico y partiendo de la declaración tradicional del plan como elemento central, el objetivo último que se persigue es acceder a su ejecución.

Es decir, siendo el urbanismo de modo prioritario una función pública, y respondiendo a unos concretos y específicos intereses generales, su elaboración no agota sus efectos en sí misma sino que trasciende a la fase posterior de ejecución mediante la materialización sobre el terreno de sus previsiones.

Es por ello por lo que toda la legislación urbanística, desde la Ley del Suelo de 1956, se ha decantado por una diversidad de formas de gestión, configurando también el régimen urbanístico de la propiedad del suelo en los casos en que ésta protagonizara el proceso urbanístico, y ello justamente con vistas a garantizar aquella ejecución.

Tal circunstancia implica por lo tanto que el aspecto fundamental que informa el conjunto del proceso urbanístico es acceder a la efectiva ejecución del planeamiento, teniendo el resto de las técnicas de gestión legalmente ideadas un mero carácter instrumental de manera que permitan llegar a plasmar en la realidad el esquema de ordenación que como mero dibujo aparece en el planeamiento.

Junto a este primer interés, que necesariamente ha de informar todo el proceso urbanístico hasta el punto que la programación de la ejecución del planeamiento ha sido una constante en toda la legislación urbanística ligada en ocasiones incluso al demérito en el valor de los terrenos en aquellos supuestos en que hubiera un incumplimiento de deberes, aparece en un segundo plano el conjunto de derechos de los propietarios cuando se actúa a través del sistema de compensación, derechos que a su vez se desdoblán en aquellos que se refieren a los propietarios incorporados a la Junta de Compensación y a aquellos otros derivados de la no incorporación a la Junta y por tanto del sometimiento a las consecuencias de la aplicación de la expropiación forzosa.

Según es conocido el sistema de actuación por compensación, se corresponde con el modo de ejecución del planeamiento en el que por antonomasia prima el protagonismo a favor de los propietarios del suelo. Los propietarios son por lo tanto quienes, integrados cuando así es necesario en una Junta de Compensación, promueven la ejecución del planeamiento realizando las operaciones de equidistribución y ejecutando la urbanización a su cargo.

A su vez, al actuar a través del sistema de compensación conseguido el quórum mínimo necesario para su aplicación efectiva, y sobre la base en todo caso de la incorporación voluntaria a la Junta de Compensación, aquellos otros propietarios que opten legítimamente por mantenerse al margen de ella pueden efectuarlo quedando así sometidos a expropiación forzosa.

El sistema de compensación es por lo tanto un sistema voluntario de tal manera que quien quiere participa en la reparcelación y quien no quiere se mantiene al margen de ella. Carácter voluntario que además se confirma en cuanto el rechazo a la incorporación a la Junta de Compensación no puede ser identificado con un incumplimiento de la función social de la propiedad y por lo tanto incluido en los supuestos de aplicación de la expropiación-sanción, lo que incluso ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 20 de junio de 1998 (Ar. 6.817), al decir que tal circunstancia no tiene lugar, *«dado que el propietario del suelo está facultado para no incorporarse a la Junta de Compensación cuando no hubiese solicitado dicho sistema de actuación, con lo que no incumple deber alguno, sino que, antes bien, ostenta un derecho para incorporarse a aquélla, el cual, no ejercitado dentro del plazo establecido legalmente, es causa que legitima la expropiación en beneficio de dicha Junta de Compensación, a fin de posibilitar la actuación urbanística por dicho sistema»*.

En consecuencia, la definición de los intereses respectivos supone, en cuanto al adherido, que su actividad irá dirigida a la elaboración del proyecto de compensación y a la ejecución de la urbanización y, respecto de los no incorporados a la Junta, a defender ante la Administración expropiante el mejor valor para sus terrenos manteniendo el pleno dominio sobre ellos en tanto no estuviera pagado o consignado el justiprecio determinado conforme al procedimiento legalmente establecido.

B) *La protección de todos los intereses sin detrimento de ninguno como objetivo deseable*

Al actuar en el ámbito del Derecho Público en el que la defensa del interés general tiene una relevancia destacable, y, a la vez, teniendo en cuenta que el reconocimiento constitucional de la propiedad privada exige acomodarse a los procedimientos legales tanto en el ámbito urbanístico como en el ámbito expropiatorio para garantizar en todo caso el mantenimiento de su contenido esencial ya sea mediante la adjudicación de suelo en los procedimientos reparcelatorios, ya mediante la entrega de su equivalente económico en los procedimientos expropiatorios, parece que como objetivo deseable se ha de tender a la búsqueda de aquella posición que impida cualquier clase de perjuicio a los tres polos del proceso urbanístico que vienen considerándose.

Lo contrario, decantarse por uno de los intereses en contra de otro cuando todas las posiciones pueden ser salvaguardadas garantizando su pleno equilibrio, lo que puede lograrse de modo simultáneo, no parece de entrada una solución defendible sobre la base de que el Derecho y la tarea interpretadora ha de tener como última razón de ser la de solventar los conflictos existentes y, en la otra cara de la moneda, no crear conflictos allí donde no los hay.

Por ello mismo, el hecho de que el propietario no incorporado a la Junta de Compensación tenga un reconocimiento explícito de sus derechos tampoco puede suponer que ante la existencia de propietarios incorporados a la Junta, éstos deban ver debilitada su posición en perjuicio además de la ejecución del planeamiento. Con lo cual más bien al contrario debe arbitrarse un sistema en virtud del cual quien tiene voluntad de ejecutar el plan, interés público prioritario, pueda efectivamente efectuarlo, y que ello, a la vez, no perjudique a quienes en el ejercicio de un derecho legítimo quedan extramuros de dicho proceso de ejecución.

Es justamente a partir de estos principios como se ha manifestado (2) que la coordinación de los intereses de los particulares propietarios de suelo en el proceso de compensación exige, en la relación entre propietarios adheridos y no adheridos, el cumplimiento de las tres siguientes condiciones: que los incorporados no hagan suya la edificabilidad generada por los suelos de los no incorporados, que mientras la expropiación no haya concluido el suelo de los no incorporados no se adjudique a los incorporados, y, por fin, que se asegure la consumación de la expropiación forzosa.

C) *La confección del proyecto de compensación y su posterior acceso al Registro de la Propiedad*

Aplicados los principios precedentes a la confección y posterior acceso al Registro de los proyectos de compensación, y remitiéndonos en este punto a la posición ya mantenida por la doctrina (3), cabe expresar lo siguiente:

(2) LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, «Dictamen sobre el contenido de un proyecto de compensación respecto de los propietarios no adheridos a la Junta. Inscripción en el Registro», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, pág. 404.

(3) LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, «Dictamen...», *op. cit.*, pág. 406 y sigs.

- a) Aunque en principio la ejecución de los ámbitos de gestión debe realizarse, como expresaba el artículo 117 de la Ley del Suelo de 1976, por polígonos completos, tal principio ha de operar en relación con aquellos polígonos en los que existiera un único régimen jurídico en relación con los bienes en ellos integrados y no, por lo tanto, cuando en virtud de la incorporación de unos y no de otros de los propietarios a la Junta, aquellos quedan sujetos a las obligaciones propias del sistema y éstos al procedimiento expropiatorio.
- b) Si por aplicación del principio de solidaridad el acto reparcelatorio debe ser un acto único, no puede hablarse propiamente, como parece apuntar la resolución comentada, de que por la aprobación del proyecto de compensación, limitada a los terrenos de los propietarios adheridos, la unidad se quiebre y constituya un acto reparcelatorio parcial. A estos efectos se ha afirmado que *«al ser la compensación de voluntaria aceptación, de la ley no resulta ningún precepto concreto que obligue a que el acto, que ha de ser único intervinientes, lo sea también intervinientes, porque éstos tienen el derecho constitucional a conseguir todas las garantías contenidas en la ley para la expropiación, garantías que son individuales y jamás se concretan en un solo acto»*. De lo anterior se deduce que cuando la aprobación del proyecto de compensación se extiende exclusivamente sobre los suelos de los incorporados a la Junta, el acto reparcelatorio tiene un carácter de totalidad en cuanto sólo dichos propietarios quedan afectados por aquélla. Los no adheridos, por el contrario, en tanto no son indemnizados, ostentan una posición intocable traducida en el mantenimiento del dominio y de la posesión de sus bienes, de un lado, y en la imposibilidad de que el aprovechamiento emanado de sus terrenos pueda ser patrimonializado en pleno dominio y con carácter definitivo por los incorporados, ya individualmente ya a través de la Junta.
- c) A partir de lo anterior, el proyecto de compensación debe incluir a todos los propietarios que se han incorporado a la Junta y, a su vez, no puede confeccionarse válidamente un proyecto de compensación y someter los terrenos no incorporados a los efectos jurídico-reales de la reparcelación si en el mismo se incluyen igualmente las fincas de los propietarios no incorporados precisamente al estar sujetos a un procedimiento distinto, el expropiatorio.
- d) Por fin, en cuanto al contenido del proyecto de compensación, éste deberá afrontar tres tareas: primera, reservar el suelo que se corresponda con los derechos de los no adheridos, no adjudicándolo por lo tanto a los propietarios incorporados a la Junta, salvo que se hiciera bajo la fórmula de la adjudicación fiduciaria a la Junta de Compensación, pero en todo caso estando supeditada su adjudicación definitiva a los propietarios incorporados a la consumación de las expropiaciones pendientes cual si se tratara de una condición suspensiva pero sin efectos registrales directos; segunda, mantener inalterada la situación física y jurídica de la finca de origen del titular no adherido, lo que supone la improcedencia de que finca alguna de resultado se proyecte sobre aquélla y que la posesión no se vea afectada; por fin, afectar las fincas que se estime adecuado al importe del coste de la expropiación para la hipótesis de que los propietarios adheridos no hicieran frente al pago del justiprecio.

3. LA INSUFICIENCIA DE LAS RAZONES DADAS EN LA RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1999

A) *En cuanto a la jurisprudencia invocada*

Tal y como se ha expresado anteriormente, la primera razón que se esgrime en la Resolución comentada de 12 de febrero de 1999, para rechazar la inscripción de un proyecto de compensación cuando todavía no hubiera concluido el procedimiento expropiatorio respecto de los propietarios no adheridos, es la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1988 (Ar. 3.227).

Pues bien, según nuestro parecer y con las limitaciones derivadas de la falta de expresión en el repertorio de Aranzadi de los hechos que sirvieron de base para que se dictara la sentencia indicada, entendemos que la Dirección General va claramente más allá de lo que se deduce del texto de la sentencia.

Así parece de acuerdo con las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar, la Resolución de la Dirección General pone en boca del Tribunal Supremo unos términos que en modo alguno figuran en la sentencia de 26 de abril de 1988. Frente a lo que dice la Resolución, el Tribunal Supremo no dice en ninguno de sus Fundamentos que sea «necesaria la previa expropiación de los titulares no incorporados a la Junta de Compensación para inscribir la reparcelación derivada del Proyecto».

En ningún punto se refiere por lo tanto la sentencia a la inscripción del proyecto de reparcelación, siendo por lo tanto ésta una conclusión que al menos sin apoyo expreso en ella es asumida por la Resolución.

- b) En su Fundamento de Derecho cuarto, la sentencia del Tribunal Supremo parte, para negar en el Fundamento de Derecho quinto siguiente que se pueda aprobar un proyecto de compensación sin la previa expropiación de los terrenos cuyos propietarios no se hubieran incorporado a la Junta de Compensación, de que dicho proyecto de compensación *afectara* a terrenos no expropiados.

Que el proyecto *afecte* o no al suelo de los no incorporados es en consecuencia el elemento central a partir del cual cabe concluir con la validez o no del acto aprobatorio de la reparcelación.

Es decir, justamente la sentencia esgrime una de las razones a las que ya nos hemos referido anteriormente y que efectivamente hacen inviable la tramitación del proyecto de compensación sobre la base de que mientras no esté fijado el justiprecio y pagado o consignado, ni el suelo, ni el aprovechamiento, ni el folio registral del propietario no adherido pueden ser manipulados, o, con las mismas palabras utilizadas por la sentencia, pueden verse *afectados*.

Por lo tanto, la sentencia no partía de un supuesto en el que el proyecto de compensación se hubiera confeccionado exclusivamente tomando en consideración los suelos de los propietarios adheridos a la Junta, sino de un supuesto en el que *afectaba* a los terrenos de los no expropiados, lo que hacía plenamente válida su conclusión final.

- c) La interpretación precedente se ha visto además confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2003 (Ar. 4.178) que

también se ha planteado el problema de si es posible aprobar un proyecto de compensación sin expropiar las fincas de los titulares comprendidas en su ámbito y no integrados en la Junta.

Lo que dice la sentencia, para rechazar que dicha aprobación pueda tener lugar con carácter previo, es que *«no se pueden integrar en el proyecto de compensación terrenos que no han sido previamente expropiados, o, alternativamente, cedidos (...) hasta que en el expediente expropiatorio no se legitime la ocupación de los bienes, éstos no pueden integrarse, insistimos, en el proyecto de compensación»*.

Es decir, la consideración efectuada por el Tribunal Supremo es que el proyecto de compensación no puede *integrar*, dice en esta ocasión, en su contenido las fincas de los no adheridos, lo que, por otro lado, ya fue expresado por la doctrina (4) al indicar que *«cuando parte de los propietarios no se han incorporado a ella (a la Junta), el proyecto de compensación no tiene por qué abarcarlos, ya que la distinta naturaleza de estas situaciones obliga también a situaciones diferenciadas»*, siendo el reverso de esta situación el considerar *«inevitablemente bien tramitado cuando los no incorporados no se incluyen en el proyecto de compensación, porque precisamente a ellos no les puede afectar la compensación, sino que están sujetos a la expropiación»*.

- d) En consecuencia, la Dirección General extrajo unas consecuencias que claramente desbordan el contenido de la sentencia de 26 de abril de 1988, por cuanto en ella, y también en la de 14 de abril de 2003, en ningún punto se dice, en términos absolutos, que no quepa la aprobación del proyecto de compensación sin que previamente hubiera concluido la expropiación de los no incorporados a la Junta sino, al contrario, que el proyecto de compensación no puede *integrar* o *afectar* a sus bienes, en tanto no se hubiera pagado o consignado el justiprecio correspondiente.

B) *En cuanto a la remisión al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio*

Para llegar a idéntica conclusión, es decir, a que no se puede inscribir un proyecto de compensación sin que previamente hubiera concluido el proceso expropiatorio, la Resolución aporta como justificación adicional la mera cita del artículo 21 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Dicho artículo 21 se limita a señalar, en el caso de aplicación del procedimiento de tasación conjunta a propietarios no adheridos a la Junta de Compensación, que una vez *«tomada la anotación preventiva a que se refiere la legislación expropiatoria, el proyecto de compensación se tramitará y concluirá en forma ordinaria y, una vez aprobado definitivamente dicho proyecto, la finca o fincas de resultado que correspondan por subrogación real a la ocupada se inscribirán a favor de la Junta de Compensación...»*.

El artículo es ciertamente confuso al admitir dos situaciones que recíprocamente se excluyen. Si se dice que tomada la anotación preventiva prevista en el artículo 32.3.^a del Reglamento Hipotecario cabe la aprobación del proyecto de compensación, debe entenderse que al estar vigente la anotación

(4) LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, «Dictamen...», *op. cit.*, pág. 407.

todavía no ha habido transmisión de dominio y, con ello, que la expropiación no está consumada. Pero, a su vez, si se dice que aprobado el proyecto se inscribirá la finca de resultado a favor de la Junta se da a entender que la expropiación es previa, lo que en todo caso no es elevado a la categoría de condición *sine qua non*.

En todo caso y aún partiendo de la segunda interpretación, el artículo 21 se limita a contemplar una de entre dos alternativas, ambas igualmente válidas: el supuesto de que dicha expropiación previa hubiera tenido lugar.

En el supuesto contemplado en el artículo 21 no se plantea controversia alguna entre los intereses de los propietarios adheridos y de los no adheridos por cuanto la inscripción de la finca de resultado por subrogación real que se correspondiera con la expropiada a favor de la Junta de Compensación ha de presuponer en todo caso, como se deduce igualmente del artículo 25 siguiente, que el justiprecio en cuestión ha sido pagado o consignado. Ahora bien, que ello sea así no supone que en el caso contrario se impida la aprobación previa de la parcelación con la adopción de aquellas cautelas que garanticen la protección de los intereses del no adherido.

Por tanto el texto del Real Decreto no aporta solución nueva alguna, entre otras cosas porque carecería de valor normativo suficiente para hacerlo, ni por tanto es invocable por sí mismo para dar una solución diferente a lo expuesto que además es la que cuenta con un inevitable respaldo constitucional.

En todo caso y en virtud de esta cobertura constitucional, lo que es repudiable hasta el extremo es que bienes físicos no incorporados a la Junta o incluso cuotas indivisas de ellos permitan la manipulación interesada a través de métodos de ingeniería jurídica para hacer que la protección del Registro sobre los no adheridos desaparezca.

4. MATIZACIONES DERIVADAS DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

El régimen del sistema de compensación que ha sido descrito en los apartados precedentes responde, por lo que se refiere a la cuestión estricta aquí analizada, al modelo legal resultante de la Ley del Suelo de 1976 y al Reglamento de Gestión Urbanística de 1978.

En consecuencia, las conclusiones expuestas serán válidas en aquellas Comunidades Autónomas en las que se mantenga, en su ley urbanística respectiva, la aplicación de la expropiación forzosa debida a la no incorporación a la Junta de Compensación.

Frente a dicho modelo existen sin embargo Comunidades Autónomas que han introducido algunas novedades importantes en materia de incorporación a la Junta de Compensación y sus efectos, de tal manera que no siempre la expropiación forzosa es la única consecuencia obligada de la no incorporación a aquélla.

A tal fin, y con ánimo meramente descriptivo, se relacionan a continuación las leyes autonómicas en las que manteniéndose el sistema de compensación se prevé un régimen alternativo a la expropiación para los propietarios no incorporados a la Junta de Compensación.

A) *Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*

Los propietarios deben optar de modo expreso, en el trámite de información pública de los estatutos y bases de actuación, entre la incorporación a la Junta de Compensación o la solicitud de expropiación de sus terrenos, entendiéndose que en caso de que no se opte por ninguna de las alternativas señaladas quedarán sujetos a reparcelación forzosa.

B) *Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña*

El tradicional sistema de compensación se identifica en la Ley catalana con el que pasa a denominarse sistema de reparcelación en la modalidad de compensación básica. Conforme a esta modalidad, la no incorporación a la Junta de Compensación faculta a ésta para solicitar a la Administración, bien la expropiación de las fincas de los no adheridos, bien la aplicación de la técnica de la ocupación directa.

C) *Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura*

En el sistema de compensación, cuyo desarrollo no está necesariamente ligado a la condición de propietario al admitirse la entrada del agente urbanizador, los propietarios pueden cooperar con este último abonando en metálico o en suelo los gastos de urbanización o pueden renunciar a dicha cooperación si, mediante solicitud formalizada en documento público y con anterioridad a la aprobación del Programa de Ejecución, instaran de la Administración la expropiación de sus terrenos.

D) *Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*

Del mismo modo en que ocurre con la ley catalana, respecto de los propietarios no incorporados a la Junta, ésta podrá solicitar del Ayuntamiento bien la expropiación de sus terrenos, bien su obtención mediante ocupación directa con simultáneo reconocimiento a sus titulares del derecho a participar en el proceso reparcelatorio, aunque reduciendo la adjudicación para compensar los gastos de urbanización que les fueran imputables.

En estos cuatro supuestos, por lo tanto, la no incorporación a la Junta de Compensación no supone necesariamente la aplicación de la expropiación, de tal manera que cuando se optara por la reparcelación forzosa o por la ocupación directa, en unos casos por decisión de la Junta y en otros de los propietarios afectados, los titulares del suelo en cuestión serán tratados como un propietario más, aplicándose en cuanto a las adjudicaciones, las particularidades derivadas del pago en metálico o en suelo de los gastos de urbanización.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución 20-5-2004. Congreso de los Diputados. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 1/2004, de 7-5-2004, por el que se aplaza la entrada en vigor de la Ley 39/2003, de 17-11-2003, del Sector Ferroviario (*BOE* 26-5-2004).

— Reforma del Reglamento del Senado. Modifica el artículo 49, apartados 2 y 3 (*BOE* 21-5-2004).

JEFATURA DEL ESTADO

— Real Decreto-ley 1/2004. 7-5-2004. Aplaza la entrada en vigor de la Ley 39/2003, de 17-11-2003, del Sector Ferroviario (*BOE* 11-5-2004).

— Real Decreto-ley 2/2004. 18-6-2004. Modifica la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del Plan Hidrológico Nacional (*BOE* 19-6-2004).

— Real Decreto-ley 3/2004. 25-6-2004. Racionalización de la regulación del SMI y para el incremento de su cuantía (*BOE* 26-6-2004).

— Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia, el Reino de Suecia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República de Eslovaquia, relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de

Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003 (*BOE* 1-5-2004).

— Corrección de errores. Ley 27/2003. 31-7-2003. Reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (*BOE* 25-5-2004).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1072/2004. 7-5-2004. Dispone el cese de doña Ana López-Monís Gallego como Directora General de los Registros y del Notariado (*BOE* 8-5-2004).

— Real Decreto 1073/2004. 7-5-2004. Dispone el cese de don Alberto de la Hera Pérez de la Cuesta como Director General de Asuntos Religiosos (*BOE* 8-5-2004).

— Real Decreto 1075/2004. 7-5-2004. Nombra Directora General de Asuntos Religiosos a doña Mercedes Rico Carabias (*BOE* 8-5-2004).

— Orden 1263/2004. 18-3-2004. Regula el procedimiento de integración de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia en los Cuerpos y Escalas creados por la Ley Orgánica 19/2003, de 23-12-2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial (*BOE* 12-5-2004).

— Orden 1285/2004. 2-4-2004. Acuerda el cambio de capitalidad del Registro de la Propiedad de Paterna, número 2, a la localidad de Manises (*BOE* 13-5-2004).

— Resolución 14-5-2004. DGRN. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, en resolución de concurso número 265 (*BOE* 28-5-2004).

— Resolución 14-5-2004. DGRN. Señala la fecha-tope de funcionamiento en Manises de la capitalidad del Registro de la Propiedad de Paterna, número 2 (*BOE* 21-5-2004).

— Resolución 17-5-2004. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, vacantes para su provisión en concurso ordinario número 266 (*BOE* 28-5-2004).

— Corrección de errores. Real Decreto 296/2004. 20-2-2004. Aprueba el régimen simplificado de la contabilidad (*BOE* 31-5-2004).

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 1716/2004. 17-5-2004. Alteración territorial de los RRPP de Chelva y Requena (*BOE* 9-6-2004).

MINISTERIO DE HACIENDA

— Orden 1163/2004. 14-4-2004. Aprueba los modelos de declaración-liquidación del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español para los períodos impositivos iniciados entre el 1-1-2003 y el 31-12-2003. Se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática (*BOE* 5-5-2004).

— Resolución 16-4-2004. DG. Agencia Estatal de Administración Tributaria. Regula la generación y archivo de documentos electrónicos a partir de documentos en soporte papel, la emisión de copias en papel de dichos documentos electrónicos y se aprueban los programas y aplicaciones a utilizar (*BOE* 7-5-2004).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1408/2004. 11-6-2004. Modifica el Real Decreto 1326/1987, de 11-9-1987, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las directivas de la Comunidad Económica Europea sobre intercambio de información tributaria (*BOE* 25-6-2004).

— Resolución 7-6-2004. Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Modifica el plazo de ingreso en período voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2004, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas (*BOE* 12-6-2004).

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 21-5-2004. Hace públicos los cambios del euro correspondientes al día 21-5-2004, publicados por el Banco Central Europeo, que tendrán la consideración de cambios oficiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 46/1998, de 17-12-1998, sobre la introducción del euro (*BOE* 22-5-2004).

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1415/2004. 11-6-2004. Aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (*BOE* 25-6-2004).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Convenio entre el Reino de España y la República Bolivariana de Venezuela para evitar la doble tributación y prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, hecho en Madrid el 8-4-2003 (*BOE* 15-6-2004).

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

— Real Decreto 1318/2004. 28-5-2004. Modifica el Real Decreto 827/2003, de 27-6-2003, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2002, de Calidad de la Educación (*BOE* 29-5-2004).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Recurso de inconstitucionalidad 1021/2004. Ley del Principado de Asturias 6/2003, de 30-12-2003, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales (*BOE* 29-6-2004).

— Cuestión de inconstitucionalidad 1381/2004. Disposición Adicional 5.^a de la Ley de Andalucía 10/2002, de 21-12-2002, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras (*BOE* 29-6-2004).

— Cuestión de inconstitucionalidad 6250/2003. Disposición Adicional 5.^a de la Ley de Andalucía 10/2002, de 21-12-2002, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras y sobre el artículo 8.º, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22-11-2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (*BOE* 29-6-2004).

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 87/2004. 2-3-2004. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural «Los Alcornocales» (*BOJA* 6-5-2004).

— Decreto 200/2004. 11-5-2004. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia y Administración Pública (*BOJA* 14-5-2004).

— Decreto 202/2004. 11-5-2004. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Transportes (*BOJA* 17-5-2004).

— Decreto 204/2004. 11-5-2004. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Pesca (*BOJA* 14-5-2004).

— Resolución 22-4-2004. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOJA* 10-5-2004).

ARAGÓN

— Ley 2/2004. 3-5-2004. Modificación de la Ley 6/1999, de 26-3-1999, relativa a parejas estables no casadas (*BOA* 12-4-2004).

CANARIAS

— Ley 2/2004. 28-5-2004. Medidas Fiscales y Tributarias (*BOC* 4-6-2004).

— Decreto 89/2004. 29-4-2004. Nombra Registradores de la Propiedad (*BOC* 7-5-2004).

— Decreto 60/2004. 19-5-2004. Aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOC* 2-6-2004).

— Decreto 68/2004. 25-5-2004. Subsanan las deficiencias no sustanciales del Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria (*BOC* 11-6-2004).

CANTABRIA

— Decreto 50/2004. 27-5-2004. Estructura Orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda (*BOC* 8-6-2004).

— Decreto 60/2004. 17-6-2004. Desarrollo de la Ley 1/2002, de 26-2-2002, del Comercio de Cantabria (*BOC* 30-6-2004).

— Resolución 7-4-2004. Aprueba el Plan General de Ordenación Urbana y Plan Especial de Protección del Conjunto Histórico de Santillana del Mar (*BOC* 7-5-2004).

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 1/2004. 1-4-2004. Modificación de la Ley 7/1998, de 15-10-1998, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha (*DOCM* 8-4-2004).

— Ley 3/2004. 1-4-2004. Modificación de la Ley 15/2003, de 22-12-2003, de Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (*DOCM* 8-4-2004).

— Decreto 55/2004. 30-4-2004. Establece la estructura de la Administración Regional (*DOCM* 3-5-2004).

— Decreto 85/2004. 14-5-2004. Establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Administraciones Públicas (*DOCM* 14-5-2004).

— Decreto 90/2004. 11-5-2004. Establece la estructura orgánica y las competencias de los distintos Órganos de la Consejería de Vivienda y Urbanismo (*DOCM* 14-5-2004).

— Orden 12-5-2004. Modifica la Orden 23-5-2001, sobre regulación de las condiciones de prestación del servicio de caja y de colaboración en la recaudación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (*DOCM* 12-5-2004).

CATALUÑA

— Cuestiones de inconstitucionalidad números 946/97, 3475/98, 4837/98 y 281/99 acumuladas, planteadas por la Sección 2.^a y la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, en relación con la Disposición Transitoria 8.^a del TR de la legislación vigente en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12-7-1990 (sentencia) (*DOGC* 16-6-2004).

EXTREMADURA

— Ley 3/2004. 28-5-2004. Reforma del Sistema Financiero de Extremadura (*DOE* 1-6-2004).

— Orden 8-6-2004. Aprueba el modelo de declaración del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente (*DOE* 19-6-2004).

— Orden 14-6-2004. Desarrolla las actuaciones protegidas del Plan de Vivienda y Suelo de Extremadura 2004-2007 (*DOE* 19-6-2004).

— Orden 24-6-2004. Modifica los coeficientes y valores establecidos en los anexos del Decreto 21/2001, de 5-2-2001, de Valoraciones Fiscales (*DOE* 29-6-2004).

— Resolución 12-5-2004. Delega el ejercicio de competencias en materia de sociedades cooperativas (*DOE* 18-5-2004).

GALICIA

— Decreto 106/2004. 27-5-2004. Establece la estructura orgánica de la Consellería de Medio Ambiente (*DOG* 4-6-2004).

— Decreto 115/2004. 3-6-2004. Establece la estructura orgánica de la Consellería de Economía y Hacienda (*DOG* 14-6-2004).

— Orden 30-4-2004. Regula el procedimiento para el pago y la presentación telemáticos de las autoliquidaciones correspondientes al ITP y AJD (*DOG* 11-5-2004).

MADRID

— Ley 1/2004. 31-5-2004. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2004 (*BOM* 1-6-2004).

— Ley 2/2004. 31-5-2004. Medidas Fiscales y Administrativas (*BOM* 1-6-2004).

— Orden 26-4-2004. Publica el acuerdo del Consejo de Gobierno sobre nombramiento de Registradores de la Propiedad (*BOM* 6-5-2004).

MURCIA

— Ley 1/2004. 24-5-2004. Modificación de la Ley 3/1998, de 1-7-1998, de Cajas de Ahorro de la Región de Murcia (*BORM* 14-6-2004).

— Ley 2/2004. 24-5-2004. Modificación de la Ley 1/2001, de 24-4-2001, del suelo de la Región de Murcia (*BORM* 14-6-2004).

— Ley 3/2004. 27-5-2004. Modificación de la Ley 6/2003, de 12-11-2003, de los Consejos Reguladores (*BORM* 14-6-2004).

NAVARRA

— Ley Foral 1/2004. 17-2-2004. Nueva redacción al artículo 67 bis de la Ley Foral 22/1998, de 30-12-1998, del IRPF, que regula la reducción por pensiones de viudedad (*BON* 20-2-2004).

— Decreto Foral 174/2004. 19-4-2004. Regula el Registro Voluntario de Licitadores de la Comunidad Foral de Navarra (*BOE* 12-5-2004).

— Decreto Foral 205/2004. 17-5-2004. Aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (*BON* 9-6-2004).

— Decreto Foral 206/2004. 17-5-2004. Modifica el Reglamento del IVA, aprobado por Decreto Foral 86/1993, de 8-3-1993 (*BON* 14-6-2004).

— Decreto Foral 235/2004. 14-6-2004. Fija el tipo de interés efectivo aplicable a los préstamos cualificados para actuaciones protegibles de vivienda acogidos a los Acuerdos de Colaboración con entidades financieras de 1997 (*BON* 25-6-2004).

— Orden Foral 140/2004. 6-5-2004. Regula la presentación telemática de declaraciones del IRPF para el ejercicio 2003 (*BON* 14-5-2004).

— Orden Foral 145/2004. 13-5-2004. Modifica la estructura de la Hacienda Tributaria de Navarra, del Departamento de Economía y Hacienda a nivel de Unidades Administrativas (*BON* 31-5-2004).

— Orden Foral 151/2004. 14-5-2004. Aprueba los modelos del IS e Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes S-90, de autoliquidación para los ejercicios iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2003, y S-91, de declaración-liquidación de pagos fraccionados, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones (*BON* 28-5-2004).

— Acuerdo 4-3-2004. Ratifica el Decreto Foral 4/2004, de 12-1-2004, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA (*BON* 26-5-2004).

PAÍS VASCO

— Norma Foral 1/2004. 16-2-2004. Modificación de la Norma Foral del IRPF (*BOPV* 3-5-2004).

— Norma Foral 2/2004. 6-4-2004. Aprueba determinadas medidas tributarias (*BOPV* 22-6-2004).

VALENCIA

— Ley 1/2004. 24-5-2004. Ayuda a las Víctimas del Terrorismo (*DOGV* 27-5-2004).

— Ley 2/2004. 28-5-2004. Creación del Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo (*DOGV* 1-6-2004).

— Decreto 66/2004. 7-5-2004. Modifica el Decreto 27/2001, de 30-1-2001, de Organización y Régimen de Funcionamiento de los Servicios Jurídicos de la Generalitat (*DOGV* 10-5-2004).

— Decreto 86/2004. 28-5-2004. Modificación parcial de la regulación de las Cajas de Ahorro en materia de órganos de gobierno y del Defensor del Cliente (*DOGV* 1-6-2004).

— Decreto 106/2004, de 25-6-2004. Aprueba el Plan General de Ordenación Forestal de la Comunidad Valenciana (*DOGV* 29-6-2004).

II. Información de actividades

ARAGÓN

La Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza realizó el MÁSTER DE DERECHO URBANÍSTICO *DISCIPLINA URBANÍSTICA 2004*, en el que participó, el día 31 de mayo, don Miguel Temprano Aguado, Registrador de la Propiedad de Borja y Preparador del Centro de Estudios de Aragón, en la ponencia *Urbanismo y Registro de la Propiedad*.

Los días 21, 22 y 23 de junio se celebraron en Zaragoza las I JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE TERRORISMO, organizadas por la Fundación Manuel Jiménez Abad y las Cortes de Aragón.

El día 23 de junio se celebraron las JORNADAS SOBRE *EL DERECHO AL HONOR Y A LA INTIMIDAD*, organizadas por la Agrupación de Abogados Jóvenes de Zaragoza.

Los días 24 y 25 de junio se celebraron las JORNADAS SOBRE *POLÍTICAS MUNICIPALES DE VIVIENDA*, organizadas por el Grupo Progea.

CANTABRIA

Los días 16 a 20 de agosto de 2004 se celebró, en el Palacio de la Magdalena de Santander, el SEMINARIO DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, patrocinado por Registradores de España en colaboración con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Directores:

- JAVIER ORDUÑA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia; codirector de la Revista *Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*.
- EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria; Secretario de redacción de la Revista *Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*.

Día 16

Ponencias:

- «Tendencias y modernas perspectivas en el ámbito del Derecho y las nuevas tecnologías de la información», por el Representante del Ministerio Industria, Comercio y Turismo.

- «El Registro y la Sociedad de la Información», por FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Mesa redonda:

Moderador: JAVIER ORDUÑA.

- «Comercio electrónico y firma electrónica», por FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ y MIGUEL ÁNGEL PESQUERA, Consejero de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria, y JOAQUÍN J. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Director del Servicio de Sistemas de Información, Vocal de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

Día 17

Ponencias:

- «Régimen jurídico de la firma electrónica», por ANTONIO VILCHES TRASSIERRA, miembro de la Comisión de Firma Electrónica del Ilustre Colegio de Registradores.
- «El Registro de la Propiedad y su firma electrónica», por JOAQUÍN J. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ.

Mesa redonda:

Moderador: EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO.

- «Banca electrónica y Registro», representante de los Servicios on line del Santander Central Hispano, VICENTE FERNÁNDEZ, Director de Altamira On Line de Caja Cantabria, y DAVID GÓMEZ GONZÁLEZ, Director del Área de Internet de Renta 4 y ANTONIO VILCHES.

Día 18

Ponencias:

- «Marco jurídico nacional e internacional del comercio electrónico», por JAVIER PLAZA PENADÉS, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.
- «La contratación electrónica», por VICENTE MONTES PENADÉS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

- «La tensión social de las nuevas tecnologías: discursos de ruptura, evidencia de continuidad», por BERNARDO RIEGO AMÉZAGA, Secretario General de la Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria.

Día 19

Ponencias:

- «Contratación electrónica y condiciones generales de la contratación», por FRANCISCO JAVIER ORDUÑA.
- «Protección de intimidad y de datos personales en las telecomunicaciones», por EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO.
- «La protección penal del comercio electrónico: Los llamados delitos informáticos», por FERNANDO ANDREU MERELLES, Magistrado de la Audiencia Nacional.

Día 20

Ponencias:

- «Transacciones financieras en la red», por LORENZO PRATS ALBENTOSA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria.
- «Fiscalidad e internet», por ANA MUÑOZ MERINO, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cantabria.

CASTILLA Y LEÓN

El día 15 de junio de celebró en Valladolid la JORNADA INTERNACIONAL, *LA EVOLUCIÓN DE LA HIPOTECA Y SU IMPACTO EN LA VIVIENDA*, organizada por la Junta de Castilla y León y la Universidad de Valladolid en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Ilustre Colegio Notarial de Valladolid y el Instituto de Estudios Europeos.

Dirección: Doctora ESTHER MUÑIZ ESPADA.

Coordinación: Doctora BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES.

Ponencias:

- «La defensa de un modelo de hipoteca uniforme para toda Europa», por ESTHER MUÑIZ ESPADA, Profesora Titular de Universidad.

- «Hipoteca independiente y nuevas estructuras de la financiación inmobiliaria en Europa», por el Doctor SERGIO NASARRE AZNAR, Profesor de Derecho Civil.
- «Interrelaciones entre hipoteca y mercado inmobiliario», por don JOSÉ BAREA TEJEIRO, Catedrático de Hacienda Pública, Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- «La desconexión entre la legislación y la práctica hipotecaria. Perspectivas de reforma», por don IGNACIO SOLÍS VILLA, Notario.
- «El papel del Registro en el futuro de las hipotecas», por don ALFONSO CANDAU PÉREZ, Registrador de la Propiedad.
- «Las nuevas tendencias de la hipoteca», por el Doctor FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

FERRANDO VILLALBA, M.^a DE LOURDES: *Las comisiones bancarias* (1).

El acortamiento de márgenes del negocio bancario, consecuencia de la bajada de tipos de interés previa a la incorporación de España al euro, ha propiciado la emergencia de un numeroso grupo de comisiones por un conjunto de servicios que las entidades de crédito, con anterioridad, venían prestando gratuitamente con el servicio de caja.

Esas comisiones y gastos repercutibles vienen a compensar la disminución de ingresos en el negocio típico de las entidades de crédito españolas. Pero el aumento de su importancia corre paralelo también a la multiplicación de las reclamaciones de la clientela, lo que, a su vez, propicia el interés por desvelar su régimen jurídico.

Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, la presencia de comisiones y gastos repercutibles en los contratos de préstamo y crédito garantizados con hipoteca, si bien no puede ignorarse, se ha dejado a un lado, so capa de su carácter meramente personal (2).

Sin embargo, la garantía hipotecaria de comisiones y gastos bajo la correspondiente rúbrica, presenta inevitablemente ante los Registradores, pese a esa inicial indiferencia, la consideración del régimen de tales conceptos retributivos de los servicios bancarios.

La obra de FERRANDO VILLALBA viene entonces a ofrecernos, sobre la base de la experiencia acumulada por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (SRBE en adelante) en estas cuestiones, un conjunto de directrices o grandes líneas, entre las que podemos adivinar la regulación de estas figuras.

La satisfacción de entidades de crédito y clientes, en el marco de una relación jurídica equilibrada y equitativa, como destaca el profesor EMBID IRUJO en su prólogo, se erige en la primera de esas directrices o grandes líneas (3).

Por otro lado, la desigualdad informativa en la que las entidades de crédito prestan sus servicios y el carácter profesional con que lo hacen, sujeta a las mismas a un conjunto de importantes obligaciones de transparencia dirigidas a mitigar aquella desigualdad.

A su vez, la profesionalización obliga a las entidades a la diligencia, no ya de un ordenado padre de familia, sino a la mayor del comerciante experto, lo

(1) El título completo de la obra de FERRANDO VILLALBA es *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 2002, 339 págs.

(2) Vid., al respecto, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de noviembre de 2002 y de 2 de febrero de 1998 (RJ 2003/442 y 1998/5221, respectivamente).

(3) EMBID IRUJO, J. M., *Prólogo* a la obra recensionada, pág. XVII.

cual determina de modo importante su responsabilidad en la prestación de sus servicios.

La especificidad de las obligaciones de transparencia impuestas a las entidades de crédito por la normativa sectorial bancaria, viene dada, entre otros, por el hecho del carácter público de la información que las mismas han de prestar a sus clientes potenciales cuando ofrezcan sus servicios por Internet, con independencia de que contraten o no con ellas.

Tales obligaciones, establecidas con peculiar detalle por la normativa sectorial, nos obligan a prestar especial atención a la misma, atención que también es debida por razón de la carencia de reglas de Derecho dispositivo de rango legal en multitud de los casos que se afrontan.

Entonces, la normativa sectorial bancaria nos proporciona un conjunto de parámetros o medidas de corrección y equilibrio que orientan al intérprete en la apreciación de la abusividad de ciertas cláusulas.

Entre tales parámetros se encuentran: 1) la necesidad de que la resolución unilateral del plazo a favor de la entidad de crédito se deba a incumplimientos importantes y no meramente accesorios del cliente; 2) los requisitos que han de observarse en la exigencia de un contrato de seguro al prestatario en los préstamos hipotecarios, o 3) la necesidad de guardar la proporcionalidad entre las penalizaciones impuestas al cliente y el daño que puede sufrir la entidad.

El capítulo III parte del carácter lucrativo de la actividad de intermediación bancaria, lo que hace a los contratos que se celebran con dichas entidades, naturalmente onerosos. En ese capítulo, en primer lugar, la autora aborda la distinción entre interés y comisión.

Esa distinción es relevante ante el hecho del surgimiento de las comisiones embebidas en contratos, de crédito y préstamo, con el peligro de que su proliferación suponga el encubrimiento del verdadero coste del crédito en perjuicio del cliente.

Así «mientras la comisión es una provisión que el acreedor recibe por prestar un servicio (comisiones fijas) o los riesgos que corre el primero no cubiertos por el interés (comisiones proporcionales), el interés se muestra como una remuneración por el uso de capital ajeno» (4).

Además, el interés es proporcional al importe del capital y a la duración de su disponibilidad, mientras que la proporcionalidad de la retribución por la comisión ha de establecerse en relación con el servicio efectivamente prestado que la justifica.

Tras un análisis general de la distinción entre interés y comisión se examina la naturaleza de algunas comisiones concretas, como la de no disponibilidad del crédito. Ésta se considera como una especie de compensación por el lucro cesante en que incurre la entidad, sin que se trate de una verdadera comisión, sino que estaríamos más bien ante la estipulación de un interés resarcitorio a favor del banco como compensación por los que deja de percibir (5).

En efecto, es sabido que por su obligación de dar crédito a petición del cliente hasta una cantidad máxima, el banco ha de provisionar un depósito metálico en el lugar de pago a fin de poder atender al requerimiento incierto de su cliente. La cantidad a provisionar se determina en la práctica bancaria según un coeficiente que dicta la experiencia.

(4) FERRANDO VILLALBA, M. L., *Las comisiones...*, pág. 107.

(5) FERRANDO VILLALBA, M. L., *ibidem*, págs. 116-117.

Dicha cantidad, en tanto en cuanto el cliente no dispone de ella, no produce intereses y no puede producirlos, ya que se halla afecta a la obligación de dar crédito. La comisión de no disponibilidad vendría a compensar el lucro cesante por falta de percepción de intereses, de esa cantidad concreta provisionada por el prestamista.

Se examina también la comisión de apertura de crédito a la que en realidad se considera como un interés adelantado. Respecto de la comisión por descubierto en cuenta corriente se manifiestan las dudas sobre su justificación, ya que no parece responder a ningún servicio efectivo prestado por la entidad.

Por otro lado, en el estudio del cobro de comisiones bancarias debemos partir de la consideración del contrato de cuenta corriente bancaria como marco general de las relaciones de la entidad de crédito y sus clientes, y de su carácter de contrato de gestión de los intereses de la clientela a través de la prestación del servicio de caja (6).

Al examinar la naturaleza del servicio de caja, por el que la entidad de crédito actúa como mandatario del cliente respecto de sus cobros y pagos, se pone de manifiesto, de nuevo, la especial diligencia con la que debe actuar la entidad de crédito, lo que la obliga a cuidar de los intereses de su cliente, solicitando aclaraciones ante órdenes dudosas y asesorándole en cada caso sobre la mejor opción para el usuario en la financiación de sus actividades.

Por otro lado, junto a las comisiones en sentido propio encontramos un conjunto de gastos repercutibles de la entidad al cliente que no se hallan resarcidos por el premio de la comisión. Se trata de los gastos repercutibles que hemos de distinguir de los gastos inherentes al servicio que se presta estando, estos últimos, cubiertos por el importe de la comisión que el banco cobra como contraprestación por su servicio: a saber, la ejecución de mandatos de pago y cobro en nombre y por cuenta de su cliente. Para que tales gastos sean repercutibles, se requiere que al menos su concepto conste en el contrato, que se hallen justificados y que se realicen en beneficio del cliente, a quien deben ser de utilidad.

Luego se examinan un conjunto de casos dudosos. Así la comisión por reclamación de descubiertos, la cual, más que una verdadera comisión, ya que no se presta un servicio al cliente, sino que el banco actúa en su interés para recuperar el dinero que éste le debe, parece que en realidad se trata de un gasto repercutible al deudor, en cuyo beneficio redundaría el descubierto, pero que la entidad de crédito deberá justificar adecuadamente por las gestiones de recobro que efectivamente haya realizado.

Según el SRBE, para que dichos gastos puedan repercutirse es necesario que respondan a una reclamación formal de posiciones deudoras, se trate de gastos realmente habidos, debidamente justificados, y que su repercusión al cliente esté prevista en el documento contractual.

Obsérvese entonces que el establecimiento de una comisión por una sola vez en caso de reclamación no es uno de esos gastos, ya que no se refiere a los realmente habidos ni justificados, pese a que haya reclamación formal de la posición deudora y se haya estipulado en el contrato.

También se manifiestan las dudas sobre la comisión de mantenimiento de cuenta corriente. «[...] Evidentemente, la llevanza de la contabilidad es una

(6) *Ibíd.*, págs. 122-123.

prestación inherente a la operación de cuenta corriente, pero por ello mismo, dada la estrecha unión entre ambas, parecería más correcto considerar que el coste que dicha llevanza pudiera tener para la entidad de crédito debería constituir un gasto inherente a la prestación del servicio, que debería ser asumido por la propia entidad» (7).

Además, respecto de dicha comisión, se olvida que quien en realidad presta un servicio al otro con la cuenta corriente suele ser el cliente que facilita a bajo o nulo coste a la entidad de crédito el dinero para que ejerza su actividad típica en el tráfico. También plantea dudas la comisión de administración de cuentas, «ya que parece que se está retribuyendo a la entidad de crédito por realizar una actividad inherente al servicio que presta, la rendición de cuentas al cliente, y que ya cuenta con una remuneración específica en las comisiones cobradas por la ejecución de cada concreta instrucción del cliente» (8). En ambos casos parece que se trata no de gastos repercutibles sino de gastos inherentes al servicio prestado.

En definitiva, el libro que comentamos plantea problemas de gran actualidad a la hora de calificar las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios, por lo que será de gran utilidad para los Registradores, a los que puede ayudar a la hora de desentrañar el régimen de los complejísimos actos que se someten a su consideración para dar cabida a las necesidades del crédito y tráfico inmobiliario.

CARLOS BALLUGERA GÓMEZ
Registrador de la Propiedad

VARIOS AUTORES: *Código Europeo de los Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, Volúmenes I y II. *Comentarios en homenaje al Profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero, Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003.

Dentro del movimiento en favor de la unificación del Derecho contractual europeo, estos *Comentarios al Código Europeo de los Contratos* están realizados por un nutrido grupo de juristas, en dos volúmenes, a modo de homenaje al Profesor don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Presidente de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía. Desde luego no estamos ante una obra más sobre el tema, sino que hay que destacar en la misma la profunda reflexión realizada sobre una de las opciones que se barajan a la hora de conseguir la unificación, o al menos armonización, del Derecho contractual dentro de la Unión Europea: la elaboración de un Código de Contratos único para todos los países.

Es conocido que la idea de un Derecho privado común es anterior incluso a la Unión Europea, encontrándose precedentes en el Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y los Contratos de 1927, así como en la Propuesta de redacción de unas reglas uniformes sobre la compraventa internacional de bienes muebles, que en 1929 efectuó E. RABEL al Consejo de Direc-

(7) *Ibid.*, pág. 139.

(8) *Ibid.*, pág. 141.

ción de UNIDROIT. Dentro de lo que es la historia más cercana de la Codificación Europea del Derecho Civil habría que hablar de dos Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y de 1994, en las que simplemente se sugiere la necesidad de codificación, así como el Informe *Lehne*, de 6 de noviembre de 2000, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior, alentando la misma. Mucho más recientemente aparece la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001, que abrió un debate que ha desembocado en la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros, así como en la publicación, el 12 de febrero de 2003, de otra *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo*, por la que se establece un Plan de Acción sobre un «Derecho Contractual Europeo más coherente».

La Comunicación de la Comisión de 11 de mayo de 2001 tuvo diferentes comentarios, apostillas, sugerencias y respuestas, publicadas en Internet. En total fueron 88 las aportaciones de representantes de los gobiernos, de las empresas, de asociaciones de consumidores, de académicos, abogados, notarios y otros profesionales del Derecho. De las diversas opciones que se planteaban en la Comunicación de la Comisión, casi todas las aportaciones consideran que es necesario partir de una mejora en la calidad de la legislación (Opción III), e igualmente se puede considerar generalizado el rechazo a la Opción I, referida a la no actuación de la Comunidad Europea, dejando que sea el propio mercado el que vaya definiendo las líneas de armonización. La mayoría de las posturas son favorables a utilizar las Opciones II y IV, referidas respectivamente al fomento de la definición de principios comunes y a la elaboración de una nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario. Estas opciones no se consideran como opciones contrapuestas sino complementarias, e incluso de aplicación sucesiva: así, hay bastantes propuestas de seguir el sistema de elaboración de una serie de principios comunes, de carácter no vinculante, que irían preparando a la Ciencia jurídica para una futura elaboración posterior de un Código Uniforme Europeo. Existen igualmente propuestas de codificación del contenido de diferentes Directivas, las relativas a protección de los consumidores, en las que aparecen conceptos que se reiteran en una y otras (así se destaca en las sugerencias realizadas por asociaciones de consumidores). Puede decirse que en las respuestas publicadas, en general, a corto plazo, no parece viable la redacción de una legislación unitaria impuesta coactivamente, aunque sí que se aconseja de una u otra manera el fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales; y ello, fomentando la investigación en materias de Derecho comparado, la cooperación entre profesionales de la justicia, académicos, registradores, notarios, jueces, etc. En todo caso, creo que la contestación más extensa y que más ha influido en la posterior Resolución del Parlamento, de 15 de noviembre de 2001, es la elaborada conjuntamente por las comisiones Lando y von Bar, cuya lectura es muy sugerente y desde luego partidaria de la elaboración de principios y no de codificar.

Frente a estos antecedentes, en el caso del *Código Europeo de los Contratos*, se ha partido de la idea de que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la integración europea. Desde esta perspectiva, creo que pueden destacarse varias ideas que inspiran esta obra: a) No es posible avanzar en la integración europea sólo con Reglamentos y Directivas. b) La mejor

manera de satisfacer las necesidades del mercado único europeo es conseguir un Código único para toda la Unión Europea. c) A la hora de elaborar este Código, lo ideal es tomar como base un modelo, considerándose que, entre todos los Códigos nacionales, el que mejor puede cumplir esta función es el *Codice civile* italiano de 1942, por hallarse a mitad de camino entre el *Code Civil* francés y el *BGB* alemán, por haberse inspirado en el Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y los Contratos, y por considerar que es el que presenta una mayor facilidad para un diálogo abierto con el *Common Law*. d) Se tiene igualmente en cuenta el *Contract Code* de H. McGregor por representar una síntesis entre el Derecho inglés y el escocés; y ello teniendo en cuenta que el sistema escocés es mixto, al estar influenciado a la vez por el *Common Law* y por el Derecho Romano, constituyendo éste su fundamento teórico.

A pesar de la crítica de fondo que late en el Código Europeo de los Contratos a la noción de principios (en el sentido de que los principios sólo tienen sentido dentro de un sistema), lo cierto es que los jueces pueden acudir a los principios generales sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico comunitario, ya sea a partir de los principios generales del Derecho interno de los Estados miembros, o de los que actualmente se consideran principios comunitarios. Desde esta perspectiva la elaboración de los Principios LANDO y los de UNIDROIT pueden igualmente ayudar al juez en su labor de fijación de los principios generales del Derecho, y tienen además la ventaja de ser el resultado de una investigación de Derecho comparado y de su presentación de forma similar a los *restatements* americanos, con casos hipotéticos seguidos de un breve comentario. Por otro lado, los Principios LANDO, los de UNIDROIT, al igual que Leyes modelo sobre Derecho Mercantil elaboradas en el seno de UNCITRAL, pueden servir también para conseguir una armonización lenta mediante su recepción espontánea, al estilo de las denominadas *soft law* o *normes douces*.

En todo caso, no hay duda de que a la hora de conseguir la ansiada armonización se presentan enormes problemas desde la perspectiva de la aplicación del Derecho por los Tribunales de Justicia. La cuestión se plantea ya en la actualidad, pues a pesar del grado mínimo de unificación que se consigue con el desarrollo de las Directivas por los diferentes Estados de la Unión Europea, lo cierto es que los Tribunales de Justicia siguen demasiado apegados a modos de interpretación y aplicación del Derecho excesivamente fieles a su tradición jurídica. Ello hace que, en realidad, aunque las leyes internas de desarrollo de las Directivas sean prácticamente idénticas (muchas veces mera transcripción literal de las mismas), su aplicación lleve a resultados muy diferentes en cada uno de los países. Ello se pone de relieve en la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001, e incluso se aborda en algunas de las respuestas al mismo. Parece criticable que la Resolución del Parlamento, de 15 de noviembre de 2001, no aborde directamente este problema; pero no hay duda de que el mismo se tiene que afrontar si de verdad se quiere una verdadera unificación del Derecho Privado Europeo. Desde luego, desde esta perspectiva, sí que es cierto que el sistema de la elaboración de un Código Europeo tiene mayores ventajas, pues, como señala el Profesor DE LOS MOZOS, «sólo las normas, es decir, un cuerpo de normas, son capaces de impedir, eficazmente, la arbitrariedad judicial».

La obra original sobre la que se basan estos Comentarios es el *Code Européen des Contrats (Livre Premier)*, publicado en francés por la editorial Giuffrè

(Milano, 2001). En los Comentarios se incluye una traducción al castellano realizada por los Profesores DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, traducción que ya había aparecido en el fascículo IV de 2001 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. El Código de los Contratos consta de 173 artículos, repartidos en 11 Títulos: I. Disposiciones Generales. II. Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. Cumplimiento del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y sus posibles remedios.

La ordenación sistemática es novedosa en un intento de conseguir una estructura unitaria en la que encajar categorías que pertenecen tanto a lo que en nuestro entorno denominamos teoría general del contrato, como a la parte general del Derecho de obligaciones. Se trata con ello de acercar los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*, dado que en este último el concepto de obligación tiene un significado más lato. El Profesor DE LOS MOZOS ya había divulgado con anterioridad las ideas que han inspirado esta labor codificadora (así, entre otros, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia», en *La Ley*, núm. 5629, de 9 de octubre de 2002), poniendo de relieve que «más que un Código, parece la exposición condensada de una teoría general del contrato y de las obligaciones».

En las Disposiciones Generales, que constan de sólo cinco artículos, se comienza definiendo el contrato, incluyendo en el mismo las relaciones contractuales de hecho. A los tradicionales efectos obligatorios se deja abierta la posibilidad de que produzca también efectos reales (art. 46). El desarrollo sistemático de cada una de las materias comienza con el nacimiento del contrato, el estudio de su contenido y forma, y de los problemas de interpretación, para pasar después a tratar ampliamente los efectos de los contratos, las reglas sobre el cumplimiento e incumplimiento de los mismos, los mecanismos de cesión y, finalmente, los diversos supuestos de extinción normal o anormal. Se puede decir que en los cinco primeros títulos se comprenden cuestiones tradicionales sobre la teoría general del contrato: capacidad de las partes, formación del consentimiento, contenido, forma e interpretación. A partir del Título VI es donde aparecen las mayores novedades, pues se incorporan una serie de materias que, en Códigos como el español, se tratan fuera de la teoría general del contrato, como ocurre con los elementos accidentales o la representación. No voy a destacar aquí los comentarios que realizan los autores que participan en esta obra. Cada uno de ellos aporta ideas sugerentes sobre las materias de las que se ocupa, sin que pueda decirse que exista un único enfoque, dado que unos optan por una labor exegética de los preceptos correspondientes; otros por una visión de Derecho Comparado, teniendo en cuenta las soluciones que a un mismo problema se ofrecen en las distintas legislaciones de los países de la Unión Europea; y otros ponen de relieve las semejanzas y diferencias con la regulación española. El orden de los comentarios sigue la sistemática de cada uno de los títulos, si bien ciertos temas son tratados de una manera mucho más amplia que otros.

El Código Europeo de los Contratos incluye aspectos positivos en pro de la armonización del Derecho Europeo. En ese intento de eliminar las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*, se suprime toda referencia a la *consideration* del Derecho inglés o a la causa de los Códigos que han seguido el modelo francés, como elemento esencial del negocio, incluyendo la proble-

mática que gira en torno a la misma dentro del contenido del contrato. Se recoge con claridad la distinción entre obligaciones de medio y de resultado dentro de la regulación del incumplimiento del contrato (Título VIII). Además, el concepto de incumplimiento es amplio, incluyendo todas aquellas conductas que se apartan del proyecto inicialmente establecido, lo que ha sido acogido también por los Principios Lando. Parece igualmente adecuado, a efectos de una futura unificación, el tratamiento de los efectos del contrato, incluyendo en el mismo los efectos reales, y pronunciándose de manera expresa sobre el espinoso problema de la transmisión de la propiedad en los contratos traslativos. Se distingue aquí entre bienes muebles no registrables y bienes registrables, muebles o inmuebles; aunque en este último caso se respetan las particularidades de cada Estado en materia de publicidad.

Frente a indudables aciertos, el Código Europeo de los Contratos contiene algunos aspectos que pueden ser objeto de discrepancias. Por lo que se refiere a la capacidad de los menores, el Grupo de Pavía se aleja de la más moderna doctrina que defiende un progresivo reconocimiento de su capacidad de obrar: frente a ello, en los artículos 5 (Título I) y 150 (Título XI) se viene a equiparar a los menores con los incapacitados. La protección de consumidores y usuarios aparece de una manera casi esporádica: así, se incluye en el artículo 9 (Título II), dentro de la fase precontractual, una referencia a los tratos con consumidores celebrados fuera del establecimiento mercantil. Desde luego, se echa de menos un tratamiento unitario de las reglas aplicables a los consumidores; y además, el concepto de consumidor que se recoge en el artículo 9.2, entendido literalmente, incluye paradójicamente las relaciones jurídicas entre consumidores. Además de lo anterior, la regulación de la oferta y la aceptación es muy poco clara, especialmente en lo relativo a la irrevocabilidad de la oferta. Las reglas sobre interpretación del contrato, contempladas en el Título V, me parecen claramente insuficientes; y por otro lado, llama poderosamente la atención que sólo se recoja un único criterio interpretativo de los contratos con condiciones generales en el artículo 40 (la regla *contra proferentem*). Ello supone un enfoque un tanto desfasado, teniendo en cuenta el fenómeno de la contratación en masa y la unificación que se pretende entre Derecho Civil y Mercantil. Se echa en falta en la regulación de las obligaciones pecuniarias (Título VII) un tratamiento exhaustivo de los problemas que plantean los medios de pago electrónicos, tan habituales en la actualidad, especialmente en el caso de las tarjetas de débito, de crédito, o de tarjetas emitidas por establecimientos comerciales, así como de tarjetas monedero. En la regulación de las anomalías del contrato (Título XI) se incluyen como figuras autónomas la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y la inoponibilidad. Las fronteras entre cada una de ellas están muy desdibujadas e, incluso, un mismo supuesto puede encajar indistintamente en varias de estas categorías.

Las anteriores observaciones no suponen, sin embargo, una crítica, sino una manera diferente de contemplar las cosas. No obstante, sí que hay una cuestión que merece algún tipo de reparo. La traducción castellana es en algunas partes un tanto deficiente, e incluso en ocasiones contiene errores evidentes (v.gr., el art. 46.3), lo que hace aconsejable utilizar la versión francesa. Resulta además llamativo que algunos de los autores de estos Comentarios apelen a una diferente traducción castellana realizada por otro denominado grupo de investigación de Zaragoza, publicada en el número 44 de 2002, de la *Revista Jurídica del Notariado*. Ello, que no tendría mayor importancia

si no fuera porque, en ocasiones, de la traducción utilizada depende que se adopten unas u otras posturas o interpretaciones. El tema de la diversidad de lenguas es algo a lo que no son ajenas las instituciones comunitarias y su problemática se pone de relieve ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001. En ella se destaca que «la utilización de términos abstractos en la legislación comunitaria puede dar lugar a una aplicación no uniforme del Derecho comunitario y de las medidas nacionales. Los términos abstractos pueden designar conceptos legales para los que existen normas diferentes en las distintas legislaciones nacionales» (se utiliza como ejemplo el concepto de «perjuicio»).

En todo caso, me parece que existe un esfuerzo meritorio por parte de todos los autores que comentan cada una de las partes de este Código Europeo de los Contratos, analizando problemas clásicos con otros de mayor actualidad, en un intento de ahondar en los puntos que unen a los diversos sistemas jurídicos, que muchas veces son mayores que los que nos separan. En definitiva, esta obra constituye, a mi juicio, una aportación imprescindible para el estudio de la propuesta de unificación del Derecho de los Contratos realizada por el Grupo de Pavía. Los estudiosos del Derecho pueden encontrar en sus páginas planteamientos sumamente novedosos, con ideas sugerentes sobre los extremos que nos acercan y separan a cada uno de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural. La bibliografía utilizada, tanto española y extranjera, es muy completa, facilitando la posibilidad de profundizar en las diversas materias tratadas. Se trata, sin duda, de una nueva aportación que contribuye a esa búsqueda del núcleo común del Derecho contractual europeo en la que necesariamente tiene que apoyarse la futura unificación.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (Coordinador), *Tratado de Extranjería*, Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004. Un tomo de 986 páginas, acompañado de un CD-ROM con 95 formularios.

Hoy en día uno de los problemas más acuciantes en la sociedad española y en general en todo el mundo occidental, es el de la inmigración. Seres humanos, con los mismos derechos y libertades proclamados en su favor por la Carta de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, se ven obligados por su precaria situación social y económica, a poner en riesgo sus propias vidas para intentar lograr el acceso a los países con mayor desarrollo. Estos, a su vez, ponen legítimas restricciones al acceso irregular de inmigrantes para que sus economías no se colapsen y establecen requisitos para la permanencia estable de extranjeros en sus territorios.

La búsqueda de un justo equilibrio entre un flujo migratorio razonable, que permita el mantenimiento de los sistemas públicos de seguridad social y asegure el crecimiento de la población de los países receptores, pero que al mismo tiempo no provoque el incremento de las tasas de paro ni ponga en peligro la paz social, es obligación de los poderes públicos y de los legislado-

res. Es incluso un objetivo que deben perseguir en conjunto los países de la Unión Europea, como así ha ocurrido en los últimos tiempos.

De ahí que existirán una serie de derechos y libertades que deben siempre reconocerse a los extranjeros, en las mismas condiciones de igualdad que los nacionales de los países de acogida, y otros que serán exclusivos de éstos. En España la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sancionado esta distinción, de manera que existen derechos que deben reconocerse por igual a españoles y extranjeros, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc.; y otros que corresponden en exclusiva a los españoles (como pudieran ser los derechos políticos o a ejercer funciones públicas) o que pueden estar sometidos a restricciones o condicionamientos para su ejercicio por los extranjeros (caso del derecho al trabajo, a la seguridad social, etc.), de manera que pueden sólo reconocerse a extranjeros que se encuentre legalmente en territorio español.

Otros problemas inevitablemente plantea el fenómeno de la inmigración, sea legal o ilegal. El derecho al asilo de los refugiados perseguidos por su ideología en los países de origen; sus relaciones jurídicos-privadas, ya sea en su entorno familiar como en relación con los demás ciudadanos; su sometimiento a normas de orden público del país de acogida y a su Derecho sancionador, especialmente en caso de infracciones penales, la tributación fiscal de sus rentas, etc.

Todos estos problemas son tratados por un elenco de prestigiosos especialistas en *El Tratado de Extranjería* que coordina ALBERTO PALOMAR, Magistrado y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid y Letrado de la Administración de la Seguridad Social, el cual también dedica algunos capítulos de su propia pluma al problema general de la extranjería y al desarrollo legal postconstitucional de la regulación de los extranjeros, al derecho de asilo, así como a la organización administrativa en materia de extranjería y a la potestad sancionadora pública (infracciones en materia de extranjería, la expulsión del territorio nacional, el régimen de internamiento, el enjuiciamiento judicial de las resoluciones administrativas). El capítulo dedicado a la organización administrativa en materia de extranjería es realizado conjuntamente con ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

La Política Comunitaria de inmigración y asilo es analizada por CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ, Profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid.

Los modelos comparados de extranjería son estudiados por PILAR LÓPEZ MOLINA, del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado.

El estudio concreto del estatuto legal de los extranjeros en España corresponde a HERMINIO LOSADA GONZÁLEZ, que es Letrado del Tribunal Constitucional y miembro del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

El acercamiento a los derechos y deberes jurídico-privados de los extranjeros lo he llevado a cabo yo mismo, como Registrador de la Propiedad y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. He analizado el acceso a la nacionalidad del extranjero persona física, los distintos medios de adquisición de la nacionalidad española, el principio general de igualdad de los extranjeros en materia civil, las restricciones excepcionalmente existentes, tanto las derivadas de la legislación de Defensa Nacional como las procedentes del control de inversiones extranjeras, así como las sometidas

al criterio de reciprocidad. Igualmente se hace una referencia a las personas jurídicas extranjeras y al ejercicio del comercio.

El régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España es afrontado por BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS, Profesora de Derecho de Trabajo de la Universidad de Murcia, y por MIGUEL CARDENAL CARRO, Catedrático de la misma disciplina en la Universidad de Extremadura, quienes abordan también en otro capítulo específico el régimen jurídico del trabajo de los extranjeros.

El sometimiento de los extranjeros al Derecho Penal español, con especial referencia a la euro-orden, es estudiado por CÉSAR DURO VENTURA, Magistrado y Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La protección social de los extranjeros en España la realiza FRANCISCO DE MIGUEL PAJUELO, del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

La extranjería y el derecho a la educación es estudiada por MARÍA LLAMAZARES, quien también aborda el estudio de la extranjería y el derecho a la libertad religiosa, en su condición de profesora titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid.

Finalmente se dedican dos capítulos más específicos en relación a los derechos de los extranjeros en la actividad deportiva a cargo de MIGUEL CARDENAL CARRO, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Extremadura, y de JOSÉ ANTONIO BUENDÍA JIMÉNEZ, Magistrado; y a los extranjeros y la defensa nacional, que lleva a cabo JAIME MALDONADO RAMOS, Magistrado y ex letrado del Tribunal Supremo (debe recordarse también su condición de jurídico de la Armada, aunque excedente).

En definitiva, se trata de una obra de gran alcance, tanto por lo importante que es para todos los ciudadanos el tema de la extranjería, como por el hecho de estar abordado sectorialmente por especialistas en cada una de las materias. Si a ello se añade que va acompañada de la normativa vigente en la materia, por orden cronológico y de un CD-ROM con 95 formularios prácticos, hace de este libro una joya para los interesados en profundizar en los deberes y también en los derechos de los extranjeros en la Unión Europea y en España.

JAVIER GÓMEZ GÁLIGO
Consejero-Secretario de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Número 50 (Abril-junio 2004)

«La preterición en nuestro Código Civil después de la última reforma del artículo 814», por ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, pág. 9.

SUMARIO: I. LA PRETERICIÓN Y DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO ROMANO: A) LA PRETERICIÓN. B) LAS LIMITACIONES CUANTITATIVAS DE LA LIBERTAD DE TESTAR: INOFICIOSIDAD Y LAS LIMITACIONES CUALITATIVAS. C) LA NOVELA CXV.—II. EL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA.—III. LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL: A) LA LEY DE BASES. B) LA PRETERICIÓN FORMAL O DE LOS LEGITIMARIOS. C) LA INOFICIOSIDAD. D) LA PRETERICIÓN MATERIAL O DE LAS LEGÍTIMAS. E) DESHEREDACIÓN INJUSTA Y PRETERICIÓN.—IV. DESIGNACIÓN *MORTIS CAUSA*, VOCACIÓN HEREDITARIA Y DELACIÓN DE LA HERENCIA.—V. DESIGNACIÓN *MORTIS CAUSA* Y VOCACIÓN HEREDITARIA DE LOS LEGITIMARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL. EL LLAMADO DERECHO DE REPRESENTACIÓN.—VI. LEGITIMARIOS Y LEGÍTIMAS: A) LEGITIMARIOS DESCENDIENTES. B) LEGITIMARIOS ASCENDIENTES. C) EL CÓNYUGE VIUDO. D) CONTENIDO DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL LEGITIMARIO. E) LA SATISFACCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS: 1. *La sucesión intestada del viudo o viuda*. 2. *El suplemento de la legítima*. 3. *La desheredación injusta*. 4. *La preterición intencional y la sentencia del Tribunal Supremo 725, de 9 de julio del 2002*.—VII. EXAMEN CRÍTICO DEL ARTÍCULO 814 VIGENTE: A) DE SU PÁRRAFO 1.º B) DE SU PÁRRAFO 2.º C) DE SU PÁRRAFO 3.º D) DE SU PÁRRAFO 4.º E) DE SU ÚLTIMO PÁRRAFO.—VIII. EL NÚMERO 4 DEL ARTÍCULO 831 VIGENTE.—IX. CONCLUSIÓN.

«La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», por ANTONIO HUERTA TROLES, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS PARA UNA ADECUADA PREVISIÓN SUCESORIA DE LA EMPRESA FAMILIAR: A) LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA. B) LOS PACTOS FAMILIARES: EL PROTOCOLO FAMILIAR. C) PREVISIONES EN RELACIÓN AL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. D) SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL TESTAMENTO DEL EMPRESARIO.—III. INSTRUMENTOS SUCESORIOS DE CONTENIDO DISPOSITIVO: A) EL USUFRUCTO UNIVERSAL A FAVOR DEL CÓNYUGE. B) FIDUCIA SUCESORIA: ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL. C) LEGADO DE COSA ESPECÍFICA Y MEJORA EN COSA DETERMINADA. D) INSTITUCIÓN DE HEREDERO. E) PAGO EN METÁLICO DE LAS LEGÍTIMAS: EL ARTÍCULO 841 DEL CÓDIGO

CIVIL.—IV. INSTRUMENTOS SUCESORIOS DE CONTENIDO PARTICIONAL: A) PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR: EL ARTÍCULO 1.056 DEL CÓDIGO CIVIL. B) PARTICIÓN REALIZADA POR EL CONTADOR-PARTIDOR.—V. OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

«La interpretación del artículo 1.964 del Código Civil», por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, pág. 139.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TEXTO LEGAL.—III. LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y EL CRÉDITO HIPOTECARIO.—IV. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. DIVERSAS POSICIONES DOCTRINALES: A) *La prescripción de la acción personal no implica la extinción de la acción hipotecaria pero limita su ámbito de aplicación.* B) *La prescripción de la acción personal determina la extinción de la acción hipotecaria.* C) *Los plazos de prescripción de las acciones se refieren a relaciones jurídicas diferentes.* D) *Los plazos de prescripción de la acción personal y de la acción hipotecaria tienen diverso ámbito de aplicación.*—V. RECAPITULACIÓN.—VI. NUEVA PERSPECTIVA LEGAL.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 209 (Abril-Mayo 2004)

«Las *non natas* entidades certificantes», por ENRIQUE PORTO REY.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. AMPLITUD DE LA ACCIÓN URBANÍSTICA MUNICIPAL. 1.2. COMPETENCIAS MUNICIPALES DE POLICÍA URBANÍSTICA EN MATERIA DE LICENCIAS. 1.3. OBJETO DE LA INTERVENCIÓN MUNICIPAL EN MATERIA DE LICENCIA URBANÍSTICAS: 1.3.1. *Principio general.* 1.3.2. *En la Ley de Ordenación de la Edificación.* 1.3.3. *En la Comunidad de Madrid.* 1.3.4. *Informes en el procedimiento de otorgamiento de licencias.* 1.4. COLABORACIÓN DE ENTIDADES PRIVADAS CON LA ADMINISTRACIÓN: 1.4.1. *La proverbial carencia de medios humanos suficientes en algunos municipios.*—2. LA IDEA DE LA CREACIÓN DE ENTIDADES QUE COLABOREN CON LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTIVIDAD PÚBLICA URBANÍSTICA: 2.1. ORIGEN. 2.2. LA TRANSMISIÓN Y DESARROLLO DE LA IDEA.—3. LA CREACIÓN DE LAS ENTIDADES CERTIFICANTES EN EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID: 3.1. LAS ENTIDADES CERTIFICANTES EN EL PROYECTO DE LSCM: 3.1.1. *Funciones y carácter.* 3.1.2. *La homologación de las entidades certificantes.* 3.1.3. *La supresión de las entidades certificantes en la tramitación del Proyecto de ley en la Asamblea de Madrid.*—4. PRECEPTOS DE LA LSCM 9/01 AFECTADOS POR LA SUPRESIÓN DE LAS ENTIDADES CERTIFICANTES Y LOS SUJETOS Y EL OBJETO DE LA CERTIFICACIÓN: 4.1. PRECEPTOS AFECTADOS POR LA SUPRESIÓN DE LAS ENTIDADES CERTIFICANTES. 4.2. LOS SUJETOS Y EL OBJETO DE LA CERTIFICACIÓN EN EL PROYECTO.—5. EXAMEN CRÍTICO DE LOS EFECTOS DE TÉCNICA JURÍDICA DE LA SUPRESIÓN DE LAS ENTIDADES CERTIFICANTES EN LA LSCM 9/01: 5.1. ARTÍCULO 153. 5.2. ARTÍCULO 154. 5.3. ARTÍCULO 155. 5.4. ARTÍCULO 156. 5.5. ARTÍCULO 157. 5.6. CONSIDERACIÓN FINAL.

«Las relaciones entre la planificación territorial y la urbanística en la Ley de Urbanismo de Cataluña», por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA POLÍTICA TERRITORIAL: SU DISTINCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO. 2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA POLÍTICA TERRITORIAL A LA NUEVA DIVISIÓN TERRITORIAL.—II. LOS INSTRUMENTOS DE LA POLÍTICA TERRITORIAL Y SU INCIDENCIA EN LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA: 1. EL PLAN GENERAL TERRITORIAL: OBJETIVOS Y GRADOS DE VINCULACIÓN. 2. LOS PLANES TERRITORIALES PARCIALES Y LOS PLANES URBANÍSTICOS. 3. LOS PLANES TERRITORIALES SECTORIALES Y SUS EFECTOS.—III. LAS RELACIONES ENTRE EL PLANEAMIENTO TERRITORIAL Y EL URBANÍSTICO: 1. PLANES TERRITORIALES Y PLANES DE ORDENACIÓN URBANA. 2. COHERENCIA, INSTRUMENTALIDAD Y DESARROLLO SOSTENIBLE COMO PARÁMETROS DE LAS RELACIONES ENTRE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—IV. LOS PLANES DIRECTORES URBANÍSTICOS: INSTRUMENTOS MIXTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA PARA ÁMBITOS SUPRAMUNICIPALES: 1. CONCEPTO Y FUNCIONES. 2. CONTENIDO, DOCUMENTACIÓN, SEGUIMIENTO, MODIFICACIÓN Y REVISIÓN. 3. FORMULACIÓN Y APROBACIÓN. 4. DESARROLLO DE LOS PLANES DIRECTORES URBANÍSTICOS: SU INCIDENCIA SOBRE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO AFECTADO.

«Los procedimientos de elaboración, aprobación e innovación del planeamiento territorial y urbanístico en Castilla-La Mancha y sus efectos jurídicos», por FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, pág. 67.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CARENCIAS NORMATIVAS DE LA LOTAU Y SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL.—II. PRINCIPIOS BÁSICOS: 1. PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INFORMACIÓN PÚBLICA. 2. COLABORACIÓN E INICIATIVA PRIVADAS. 3. AUDIENCIA E INFORMACIÓN DEL ESTADO Y DE LOS AYUNTAMIENTOS. 4. PUBLICACIÓN. 5. PUBLICIDAD. 6. OBLIGATORIEDAD DE LOS PLANES. 7. INTERVENCIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS.—III. DOCUMENTACIÓN DE LOS PLANES: 1. MEMORIA. 2. NORMAS URBANÍSTICAS. 3. ANÁLISIS Y PROPUESTAS DE ORDENACIÓN DEL TRÁFICO, LA MOVILIDAD Y EL TRANSPORTE COLECTIVO. 4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. 5. ANÁLISIS ECONÓMICO-FINANCIERO. 6. PLANOS Y DOCUMENTACIÓN GRÁFICA.—IV. LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS DE CALIDAD URBANA: 1. EDIFICABILIDAD MÁXIMA EN SUELO URBANO. 2. EDIFICABILIDAD MÁXIMA EN SUELO URBANO CONSOLIDADO. 3. EDIFICABILIDAD Y DENSIDAD RESIDENCIAL MÁXIMAS EN SUELO URBANIZABLE. 4. RESERVAS MÍNIMAS DE SUELO DOTACIONAL EN SECTORES DE SUELO URBANIZABLE DE USO RESIDENCIAL. 5. RESERVA DE SUELO DOTACIONAL PÚBLICO EN SECTORES DE SUELO URBANIZABLE DE USO INDUSTRIAL O TERCIARIO. 6. PLAZAS DE APARCAMIENTO EN ZONAS DE USO GLOBAL RESIDENCIAL. 7. PLAZAS DE APARCAMIENTO EN ZONA DE USO GLOBAL NO RESIDENCIAL. 8. EXCEPCIONES.—V. ELABORACIÓN, TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DEL PLANEAMIENTO SUPRAMUNICIPAL: 1. PLANES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 2. PROYECTOS DE SINGULAR INTERÉS: 2.1. *Elaboración*. 2.2. *Declaración de interés regional*. 2.3. *Instrucción*: a) Aprobación inicial; b) Información pública; c) Audiencia e informe de los municipios afectados; d) Concertación; e) Otras pesquisas. 2.4. *Aprobación definitiva*.—VI. ELABORACIÓN, TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DEL PLANEAMIENTO MUNICIPAL: 1. PLANES DE ORDENACIÓN MUNICIPAL, PLANES

DE DELIMITACIÓN DE SUELO URBANO, PLANES ESPECIALES QUE AFECTEN A LA ORDENACIÓN ESTRUCTURAL Y CATÁLOGOS DE BIENES Y ESPACIOS PROTEGIDOS: 1.1. *Iniciativa de elaboración*. 1.2. *Sustitución por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo*. 1.3. *Tramitación para la aprobación inicial*: a) Fase de redacción técnica y consultas; b) Información pública; c) Informe de las Administraciones y, en particular, de los municipios colindantes; d) Concertación interadministrativa; e) Aprobación por el Pleno del Ayuntamiento u órgano competente de la Administración promotora. 1.4. *Tramitación para la aprobación definitiva*: a) Fase de consultas y análisis; b) Requerimiento de aprobación por la Administración promotora; c) Resolución sobre la aprobación definitiva, denegación, suspensión y aprobación parcial; d) Facultades de control de la autoridad regional. 2. PLANES PARCIALES, PLANES ESPECIALES QUE AFECTEN A LA ORDENACIÓN DETALLADA Y ESTUDIOS DE DETALLE: 2.1. *Iniciativa*. 2.2. *Información pública*. 2.3. *Informe técnico-jurídico*. 2.4. *Aprobación definitiva por el Pleno Municipal*. 2.5. *Duración del procedimiento*. 2.6. *Trámites específicos de los Planes Parciales o Especiales que modifiquen la ordenación estructural del plan de ordenación Municipal*: a) Aprobación inicial; b) Informe de la Consejería.—VII. PUBLICACIÓN Y EFECTOS DE LOS PLANES.—VIII. VIGENCIA Y SUSPENSIÓN DE LOS PLANES.—IX. INNOVACIÓN DE LOS PLANES: MODIFICACIÓN Y REVISIÓN: 1. RÉGIMEN DE INNOVACIÓN DE LOS PLANES: 1.1. *Principios materiales*: a) Medidas compensatorias del aumento de edificación; b) Legalización de actuaciones urbanísticas irregulares; c) Vinculación del suelo de uso docente o sanitario a usos públicos o de interés social; d) Mejora de la ordenación estructural. 1.2. *Requisitos formales*: a) Rango del instrumento de innovación; b) Informe de la Comisión Regional de Urbanismo; c) Justificación explícita de las mejoras; d) Documentación; e) Texto refundido. 2. LA REVISIÓN DE LOS PLANES. 3. LA MODIFICACIÓN DE LOS PLANES.

«Urbanismo e iniciativa privada en la nueva Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra», por MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 125.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: INICIATIVA PRIVADA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.—2. LOS PRINCIPIOS GENERALES: a) EL URBANISMO COMO FUNCIÓN PÚBLICA; b) LA APERTURA DEL URBANISMO A LA INICIATIVA PRIVADA; c) EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA ACTUALIDAD; d) LA INICIATIVA PRIVADA COMO SOLICITUD; e) HACIA EL ACTIVISMO PRIVADO.—3. INICIATIVA PRIVADA Y PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: a) PREMISAS; b) INICIATIVA PRIVADA RESPECTO DEL PLAN GENERAL MUNICIPAL; c) INICIATIVA PRIVADA EN EL PLANEAMIENTO DE DESARROLLO; d) CONVENIOS DE PLANEAMIENTO.—4. INICIATIVA PRIVADA Y GESTIÓN URBANÍSTICA: a) SUPUESTOS DE EJECUCIÓN URBANÍSTICA; b) GESTIÓN URBANÍSTICA ORDINARIA; c) GESTIÓN URBANÍSTICA ESPECIAL; d) GESTIÓN URBANÍSTICA POR CONVENIO.—5. INICIATIVA PRIVADA Y EDIFICACIÓN.—6. INICIATIVA PRIVADA Y PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO.—7. VALORACIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN.

«Las infracciones urbanísticas y sanciones en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre», por FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ RIVAS, pág. 173.

SUMARIO: 1. INFRACCIONES Y SANCIONES: 1.1. CLASES DE INFRACCIONES. 1.2. SANCIONES. 1.3. BONIFICACIONES. 1.4. PRESCRIPCIÓN.—2. REGLAS DE APLICACIÓN: 2.1. ANULACIÓN DEL ACTO LEGITIMANTE. 2.2. COMPATIBILIDAD DE LAS SANCIONES. 2.3. CARÁCTER INDEPENDIENTE DE LAS MULTAS. 2.4. INFRACCIONES CONCURRENTES. 2.5. INFRACCIONES CONEXAS. 2.6. INFRACCIÓN CONTINUADA. 2.7. EXCLUSIÓN DEL BENEFICIO ECONÓMICO. 2.8. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES.—3. PERSONAS RESPONSABLES.—4. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: 4.1. INICIACIÓN. 4.2. INSTRUCCIÓN. 4.3. RESOLUCIÓN.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 155 (Julio-Diciembre 2003) (sin sumario)

«La preparación para la celebración del matrimonio en la diócesis de Barcelona (1983-2003)», por ALBERTO CANO MERINO, págs. 501-586.

«Evolución histórica del proceso de reunificación de la Iglesia en Oriente», por MARÍA CRUZ MUSOLES CUBEDO, págs. 587-620.

«La naturaleza procesal del defensor del vínculo en su desarrollo legislativo. Perspectiva histórica», por PABLO ORMAZÁBAL ALBISTUR, págs. 621-663.

«La tutela de las personas incapacitadas que pertenecen a Institutos de Vida Consagrada», por JUAN MANUEL ALONSO MONTERO, págs. 667-676.

«O matrimonio canónico-concordatário em Portugal», por PEDRO MENDOZA CORREIA, págs. 677-700.

«Il principio di uguaglianza e il principio di varietà», por PIERO PELLEGRINO, págs. 701-709.

«El plan nacional de catedrales: contenido y desarrollo», por MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO, págs. 711-733.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 3 (Mayo 2004)

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea», por RAFAEL GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ Y JOSÉ MARÍA CARPI BADÍA, pág. 13.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—2. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN SU CONTEXTO HISTÓRICO.—3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL MARCO DEL SISTEMA INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA.—4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMUNITARIO: A) EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO

COMUNITARIO. B) EL PRINCIPIO DEL EFECTO DIRECTO DE LAS NORMAS COMUNITARIAS.—5. EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA.—6. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS ESTADOS MIEMBROS (Y LA SANCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO): A) EL CONTENCIOSO DEL INCUMPLIMIENTO DE UN ESTADO MIEMBRO. B) LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO.—7. EL ACCESO DE LOS PARTICULARES A LA JUSTICIA COMUNITARIA.—8. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA, ¿UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?—9. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

«Las distintas Administraciones Públicas ante la Ley General de Subvenciones: principales innovaciones», por JOSÉ PASCUAL GARCÍA, pág. 49.

SUMARIO: 1. EL NUEVO MARCO LEGAL DE LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL.—2. PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN Y GESTIÓN DE LAS SUBVENCIONES.—3. CONTROL FINANCIERO: 3.1. ÓRGANOS CONTROLADORES: ESTATUTO DEL PERSONAL CONTROLADOR. 3.2. PERSONAS Y ENTIDADES SUJETAS A CONTROL Y AL DEBER DE COLABORACIÓN. 3.3. PROCEDIMIENTO PARA SU EJERCICIO.—4. LAS SUBVENCIONES Y LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS: 4.1. LA COOPERACIÓN EN EL CONTROL Y GESTIÓN DE LAS SUBVENCIONES. 4.2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ENTIDADES COLABORADORAS DE OTRAS ADMINISTRACIONES. 4.3. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO PERCEPTORAS DE SUBVENCIONES. 4.4. ACTIVIDAD SUBVENCIONAL CONJUNTA.

«El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación», por FRANCISCO JAVIER DE ANDRÉS GUIJARRO y ALEJANDRO HERRERO PRIETO, pág. 79.

SUMARIO: 1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTRATO.—2. ASPECTOS ESPECÍFICOS DEL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DEL CONTRATO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS.—3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.—4. PRERROGATIVAS Y DERECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN.—5. LA DIVERSIFICACIÓN DE FUENTES Y FORMAS DE FINANCIACIÓN.—6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO. EXAMEN DE SUS CAUSAS.

«Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios jurisprudenciales», por JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, pág. 147.

SUMARIO: 1. UNA MEDICINA EN CAMBIO EN UNA SOCIEDAD EN CAMBIO: 1.1. INTRODUCCIÓN. 1.2. LA MEDICINA ACTUAL: 1.2.1. *Tecnificación, masificación, despersonalización*. 1.2.2. *La necesidad de administrar medios escasos*. 1.2.3. *La desacralización del profesional sanitario*. 1.2.4. *El enfermo como sujeto de derechos*. 1.2.5. *Del «principio de beneficencia» (paternalismo médico) al «principio de autodeterminación» del enfermo*. 1.2.6. *La construcción del concepto comunitario del derecho a la salud y a la autodeterminación*. 1.2.7. *La exigencia del «consentimiento informado» del enfermo (o de*

quien deba sustituirlo) como fundamento justificativo de la «intervención en el ámbito de la sanidad»: 1.2.7.1. El derecho de información sanitaria. 1.2.7.2. El derecho del paciente al respeto de su autonomía. 1.2.7.3. El incremento de la litigiosidad en el ámbito de la asistencia sanitaria. 1.3. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO EN EL CONTEXTO DE LA MEDICINA ACTUAL.—2. *DE RERUM NATURA. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA:* 2.1. EL CONTRATO DE ASISTENCIA SANITARIA. 2.2. APLICACIÓN DE LA FIGURA CUASICONTRACTUAL DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS SIN MANDATO. 2.3. EL ALCANCE DEL DEBER DE ASISTENCIA SANITARIA: ¿PRESTACIÓN DE MEDIOS O PRESTACIÓN DE RESULTADO?—3. CUANDO LAS COSAS SALEN MAL. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL EJERCICIO DESCUIDADO DE UNA ACTIVIDAD SANITARIA: 3.1. ALGUNAS IDEAS IMPORTANTES: 3.1.1. *Proclamación general: la imprudencia o el dolo son precisos para poder apreciar cualquier infracción penal.* 3.1.2. *La estructura de la infracción culposa o imprudente.* 3.2. LA PRÁCTICA JUDICIAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PENAL.—4. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO LESIVO AL ACTO SANITARIO.—5. LA PAUTA DE ACTUACIÓN PROFESIONAL SANITARIA: LA DENOMINADA *LEX ARTIS AD HOC*.—6. DIVISIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL DEL TRABAJO SANITARIO: 6.1. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL TRABAJO SANITARIO. 6.2. LA DIVISIÓN VERTICAL DEL TRABAJO SANITARIO.—7. LA PRUEBA.—8. BIBLIOGRAFÍA.

«Responsabilidad penal de los funcionarios por delitos contra el medio ambiente: la problemática concursal de los artículos 325, 329 y 404 del Código Penal», por SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN, pág. 233.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONCURRENCIA DEL ARTÍCULO 404 Y EL ARTÍCULO 329 CP.—3. RELACIÓN CON EL DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE (ART. 325 CP).—4. CONCLUSIONES Y TOMA DE POSTURA.

«Nuevas variantes en el fenómeno de la sucesión empresarial. Directivas comunitarias y artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», por MANUEL IGLESIAS CABERO, pág. 253.

SUMARIO: 1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.—2. ALGUNOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.—3. LA PROBLEMÁTICA DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS EN EL DERECHO COMUNITARIO.—4. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJCE.—5. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—6. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—7. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—8. SOBRE LA CUARTA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—9. SOBRE LA QUINTA CUESTIÓN PREJUDICIAL.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 36 (Mayo 2004)

«La administración instrumental. Una visión apoyada en la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», por JOSÉ A. CAAMIÑA GARCÍA, pág. 9 (sin sumario).

«Apuntes sobre las últimas reformas en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos», por SANTIAGO DÍAZ GARRIDO, pág. 65 (sin sumario).

«El sistema español de Derecho internacional privado en el actual contexto de integración europea (II)», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ, pág. 87.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MODELO ESTATAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: A) PREMISA: UN MODELO CONSTITUCIONALIZADO. B) ¿UNA DESEABLE REFORMA DEL MODELO?—III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL MARCO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA: A) LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. *El Derecho internacional privado como instrumento clave en la consolidación del proceso de integración europea*. 2. *La incidencia del tratado de Amsterdam sobre el Derecho internacional privado en Europa*. 3. *Proliferación de instrumentos normativos y descoordinación en las soluciones*. B) LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AUTÓNOMO: 1. *Límites derivados de los principios comunitarios*. 2. *Libertades comunitarias y Derecho internacional privado*.—IV. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE ORIGEN CONVENCIONAL: A) LA POLÍTICA CONVENCIONAL ESPAÑOLA COMO VÍA DE CRECIMIENTO DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. B) INTERACCIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CON LAS NORMAS DEL MODELO ESTATAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. C) COMPETENCIAS COMUNITARIAS Y DERECHO CONVENCIONAL.

«Una visión crítica sobre la protección de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios: el procedimiento preferente y sumario», por M.^a JOSÉ MAJANO CAÑO, pág. 121.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN OTROS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES.—2. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO. PROCEDIMIENTO O PROCESO. NOTAS GENERALES.—3. LOS PROCEDIMIENTOS PREFERENTES Y SUMARIOS EN LA LEY 62/78.—4. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO: 4.1. JURISDICCIÓN CIVIL. 4.2 JURISDICCIÓN PENAL. 4.3. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 4.3.1. *La protección contra los actos de la Administración Militar*. 4.4. JURISDICCIÓN LABORAL.—5. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALÍSIMOS: 5.1. DERECHO AL HONOR A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN. 5.2. *HABEAS CORPUS*. 5.3. DERECHO DE REUNIÓN. 5.4. DERECHO DE RECTIFICACIÓN. 5.5. DERECHOS PROTEGIDOS EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CE.—6. CONCLUSIÓN.

«Reflexiones sobre el ejercicio de la función legislativa y su relación con el principio de independencia judicial», por MARILUZ MARTÍNEZ ALARCÓN, pág. 163.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL FENÓMENO DE LAS LEYES SINGULARES: 2.1. LA EVOLUCIÓN EN LAS CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE LA LEY DECIMÓNICA: A) *Su justificación*. B) *Sus límites*.—III. LA INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

«La aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación en Castilla-La Mancha», por JESÚS DEL OLMO ALONSO, pág. 177.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.—3. LA MEJORA EN LA CALIDAD DE LA EDIFICACIÓN.—4. LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN.—5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES Y GARANTÍAS.—6. VALORACIÓN FINAL.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA Número 2 (2004)

«Base del negoci i motiu causalitzat: la configuració de la donació per raó de matrimoni», por IMMACULADA BARRAL VIÑALS, pág. 325.

SUMARI: 1. LA DONACIÓ FETA «EN CONSIDERACIÓ AL MATRIMONI».—2. LA CONSIDERACIÓ D'UN MATRIMONI CERT I DETERMINAT.—3. LA CONSIDERACIÓ DEL MATRIMONI COM A MOTIU CAUSALITZAT: 3.1. LA DONACIÓ ONEROSA: LA DONACIÓ PER RAÓ DE MATRIMONI I L'ESTRUCTURA CAPITULAR TRADICIONAL: 3.1.1. *La donació per raó de matrimoni en l'estructura capitular tradicional*. 3.1.2. *La donació per raó de matrimoni com a donació ob causam onerosam*. 3.1.3. *El desús de les donacions capitulars*. 3.2. LA DONACIÓ OB CAUSAM COM A MOTIU CAUSALITZAT: LA DONACIÓ OB CAUSAM MATRIMONII: 3.2.1. *La donació esponsalícia com donació ob causam matrimonii*. 3.2.2. *La donació amb motiu causalitzat*. 3.3. L'EXTERIORITZACIÓ DEL MOTIU CAUSALITZAT.—4. LA CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI I L'EFICÀCIA ADQUISITIVA DE LA DONACIÓ: 4.1. EL MATRIMONI COM A «TÀCITA CONDICIÓ». LA DOCTRINA CLÀSICA. 4.2. LA DONACIÓ «SUPEDITADA» AL MATRIMONI.—5. LA BASE DEL NEGOCI: EFICÀCIA DEFINITIVA DE LA DONACIÓ I EL DRET DE RESOLUCIÓ DEL DONANT: 5.1. LA RESOLUCIÓ DE L'EFFECTE ADQUISITIU. LA CONSIDERACIÓ DEL MATRIMONI COM A NORMA DE TIPICITAT. 5.2. ELS SUPÒSITS DEL DRET DE RESOLUCIÓ: 5.2.1. *La impossibilitat de celebrar el matrimoni*. 5.2.2. *El transcurs d'un any*.—6. LA SUBSISTÈNCIA DEL MATRIMONI.

«La protección de los menores por las Administraciones Públicas», por ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, pág. 353.

SUMARIO: I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LOS MENORES: LA RESPONSABILIDAD DE LA FAMILIA Y LOS PODE-

RES PÚBLICOS.—II. EL DERECHO DE LOS MENORES A LA PROTECCIÓN PÚBLICA.—III. EL CONOCIMIENTO POR LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DE LOS MENORES. EL DEBER DE LOS CIUDADANOS Y, EN PARTICULAR, LOS PROFESIONALES DE DENUNCIAR LAS SITUACIONES DE POSIBLE RIESGO O DESAMPARO.—IV. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO.—V. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO. LA TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. EL CONCEPTO LEGAL DE DESAMPARO. 2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA RESOLUCIÓN DE DESAMPARO. 3. LA TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

«El documento de voluntades anticipadas. Análisis de la Ley holandesa sobre la eutanasia», por DIEGO ALONSO HERREROS, pág. 381.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. NORMATIVA ESPAÑOLA. 3. NORMATIVA NORTEAMERICANA.—II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: ESPECIAL ATENCIÓN A CATALUÑA, GALICIA Y NAVARRA: 1. CATALUÑA. 2. GALICIA. 3. NAVARRA.—III. ALGUNOS INTERROGANTES ACERCA DEL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.—IV. ANÁLISIS DE LA LEY HOLANDESA SOBRE LA EUTANASIA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DESARROLLO DE LA LEY.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 103 (Enero-Abril 2004)

«La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado», por BERNARDO VAN DER LAAT ECHEVERRÍA, pág. 11.

«La política criminal contemporánea y la práctica penitenciaria costarricense», por MAYRA ACEVEDO MATAMOROS, pág. 39.

«Requisitos y solución al conflicto entre la libertad de información y el honor en España y Costa Rica», por ALFREDO VILLALOBOS JIMÉNEZ, pág. 53.

«La relación jurídica del trabajador deportivo (caso de futbolistas y entrenadores de fútbol)», por EDGAR JIMÉNEZ RISCO, pág. 87.

«La relación negocial del tiempo compartido (Timesharing)», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 109.

«La protección de datos personales y el *habeas data*», por JENNY QUIRÓS CAMACHO, pág. 141.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 110 (Mayo-Agosto 2004)

«Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho internacional privado español», por IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, pág. 425.

«México a la luz de los modelos federales», por JAIME CÁRDENAS GRACIA, pág. 479.

«La “legge” europea e il nuovo sistema delle fonti nel Progetto di Costituzione europea», por ALFONSO CELOTTO, pág. 511.

«La independencia del Poder Judicial», por JORGE CHAIRES ZARAGOZA, pág. 523.

«Crimen y prisión en el nuevo milenio», por SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, pág. 547.

«Ley natural y naturaleza humana», por ROBERT P. GEORGE, pág. 597.

«El aval. ¿Fianza *sui generis* o garantía cambiaría típica?», por PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA, pág. 611.

«La adopción de menores conforme a las reformas de 2000 en materia de familia para el Distrito Federal», por MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS, pág. 663.

«El positivismo excluyente de Raz», por JUAN VEGA GÓMEZ, pág. 709.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (2004)

«Les Principes d'UNIDROIT 2004 - La nouvelle édition des Principes relatifs aux contrats du commerce international adoptés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Résumé)», por MICHAEL JOACHIM BONELL, pág. 5.

«L'inscription en compte des titres: question pivot dans l'harmonisation du cadre juridique des titres détenus de manière indirecte (Résumé)», por DOROTHEE EINSELE, pág. 41.

«Le nouveau projet CRTD: les travaux de modernisation du régime international de responsabilité civile et d'indemnisation pour le transport intérieur de marchandises dangereuses (Résumé)», por JAN ENGEL DE BOER, pág. 51.

«La récente législation de l'Union européenne et le régime international de la responsabilité civile nucléaire - conflits, problèmes et solutions (Résumé)», por FABRIZIO NOCERA, pág. 83.