

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXX • Enero-Febrero 2004 • Núm. 681

---



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

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

«La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», por MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUNÉN .....	11
«El seguro de títulos de propiedad», por BENITO ARRUÑADA .....	53
«La constitución del derecho real de retención sobre bienes muebles (Ley del Parlament de Catalunya 19/2002, de 5 de julio, de drets reals de garantia)», por REYES BARRADA ORELLANA .....	143
«La expropiación forzosa y el Registro de la Propiedad», por JOSÉ LUIS GÓMEZ-FABRA GÓMEZ .....	165
«Las causas de preferencia crediticia tras la Ley Concursal», por MARÍA DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO .....	187

## ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Versión revisada de los comentarios de urgencia al Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, tomando en consideración las Resoluciones de 26 de febrero y 2 de octubre de 2003 y determinados artículos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre», por VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD .....	221
--	-----

## DICTÁMENES Y NOTAS

«La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (Hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA .....	249
«Principios hipotecarios-registrales de carácter internacional en una sociedad en globalización», por JESÚS LÓPEZ MEDEL .....	271
«La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: Antecedentes y nueva regulación en el § 313 BGB», por LUZ MARÍA MARTÍNEZ VELENCOSO .....	283

## RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 331

## COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

### 1. DERECHO CIVIL

#### 1.1. Parte general:

— Derecho a la intimidad familiar. Publicación de la imagen de una persona en reportaje sobre accidente de tráfico, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 349

#### 1.2. Derecho de familia:

— Alimentos. Reclamación por hija extramatrimonial a su progenitor, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 351

#### 1.3. Derechos reales:

— Hipoteca en garantía de obligación a término incierto de exigibilidad por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ..... 354  
 — Cancelación por caducidad de anotación preventiva, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ..... 357

#### 1.4. Sucesiones:

— Sucesión en los títulos nobiliarios, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL ..... 363

#### 1.5. Obligaciones y contratos:

— Contrato innominado por declaraciones tácitas, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 365  
 — Contrato de vitalicio: es un contrato aleatorio, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 367  
 — Contrato de ejecución de obra a precio alzado, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 368  
 — Contratos. Su perfección por el mero consentimiento, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 369  
 — Ruina. Es imputable a quienes han promovido y ejecutado la construcción del edificio, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 370  
 — Congruencia. Concepto, por ISABEL MORATILLA GALÁN ... 371  
 — Congruencia. Correspondencia entre fallo y pretensiones, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 372

1.6. Responsabilidad civil:	
— Responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil de los abogados demandados, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ .....	373
2. DERECHO MERCANTIL	
— Propiedad industrial. Competencia desleal, por JESÚS SÁNCHEZ SILVA .....	381
3. URBANISMO, por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— Reversión de expropiaciones. Transmisión del derecho de reversión, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ .....	385
<b>ACTUALIDAD JURÍDICA</b>	
Información legislativa y de actividades .....	399
<b>INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA</b>	
BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA .....	425
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:	
«La finca y sus modificaciones (Estudio jurisprudencial)», de FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, por JOSÉ CERDÁ GIMENO .....	426
«La prueba en el Procedimiento Administrativo», de C. BARRERO RODRÍGUEZ, por LUIS DELGADO JUEGA .....	428
«Comentarios a la legislación concursal», de ALBERTO PALOMAR OLMEDA (Coordinador), por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO .....	432
«Tres lecciones de Teoría del Derecho», de MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, por GUILLERMO HIERREZUELO CONDE .....	435
<b>REVISTA DE REVISTAS</b> .....	439
<b>CARTAS AL DIRECTOR</b> .....	455



# ESTUDIOS



# La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados

*SUMARIO: I. LA IMPORTANCIA DE CONOCER LA SITUACIÓN POSESORIA DEL INMUEBLE OBJETO DE SUBASTA.—II. INMUEBLE DESOCUPADO U OCUPADO POR EL PROPIO EJECUTADO.—III. INMUEBLE OCUPADO POR TERCERAS PERSONAS: 1. NOTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN A LOS TERCEROS OCUPANTES. 2. DESATENCIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES. 3. PRESENTACIÓN DEL TÍTULO ACREDITATIVO DE SU SITUACIÓN POSESORIA POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES. 4. INCIDENTE PREVIO A LA SUBASTA PARA DECLARAR LA FALTA DE DERECHO DEL TERCER OCUPANTE A POSEER EL INMUEBLE: a) *Legitimación*; b) *Carácter no preceptivo de la comparecencia del artículo 661*; c) *Tramitación*; d) *Intervención de abogado y de procurador*; e) *Auto resolutorio del incidente*. 5. INCIDENTE POSTERIOR A LA SUBASTA PARA CONSEGUIR EL DESALOJO DEL TERCER OCUPANTE: a) *Legitimación*; b) *Plazo*; c) *Tramitación*; d) *Intervención de abogado y procurador*; e) *Auto resolutorio del incidente*.—IV. DESALOJO DE ARRENDATARIOS OCUPANTES DE INMUEBLES URBANOS ENAJENADOS FORZOSAMENTE: 1. INSUFICIENCIAS Y DEFECTOS DE LA SOLUCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 13 DE LA LAU: a) *Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no traen causa de una hipoteca o de una sentencia de condena*; b) *Laguna legal: los arrendamientos para uso distinto a vivienda*; c) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro*; d) *Desprotección de los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo no inscritos en el Registro de la Propiedad*; e) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro que a los posteriores a la traba que constan inscritos antes de la anotación preventiva de embargo*.—V. CONCLUSIONES.*

En este artículo vamos a analizar desde una doble perspectiva, sustantiva y procesal, la problemática que se suscita cuando un inmueble, que es objeto de enajenación forzosa, se encuentra ocupado por terceras personas distintas del ejecutado.

Bajo la vigencia de la LEC de 3 de febrero de 1881, la situación posesoria de los inmuebles subastados constituía un dato incierto y un riesgo para los postores que, a menos que *a priori* realizaran sus propias investigaciones, podían encontrarse con la sorpresa de que el inmueble adquirido se hallaba poseído por terceras personas cuyo derecho a la posesión ni siquiera podía discutirse en el propio proceso de ejecución, pues la LEC silenciaba cualquier referencia al respecto, obligando a acudir a un juicio declarativo.

Con la actual LEC este problema se ha soslayado, aunque no se puede afirmar que se haya solventado por completo, por lo que en el presente artículo vamos a analizar el derecho de los arrendatarios de un inmueble subastado para mantener su posesión tras la venta forzosa y, asimismo, vamos a estudiar detenidamente los mecanismos sumarios de que pueden servirse el ejecutante y el rematante para intentar, en el propio proceso de ejecución, el desalojo de los ocupantes que consideren de mero hecho o sin título suficiente.

## I. LA IMPORTANCIA DE CONOCER LA SITUACIÓN POSESORIA DEL INMUEBLE OBJETO DE SUBASTA

El conocimiento de la situación posesoria de un inmueble que va a ser objeto de ejecución forzosa reviste una importancia de primer orden en aras de que el mercado de las subastas judiciales sea más transparente y efectivo.

Resulta loable que la vigente LEC haya introducido como novedad en los artículos 646.2 y 661.1 *in fine* la necesidad de hacer constar en los edictos que anuncian la subasta la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, el mismo se encuentra desocupado en el caso de que se acredite cumplidamente esta circunstancia.

De todos modos, no deja de ser criticable que, por un lado, la Ley establezca dicha previsión normativa y que, por otro, contemple de manera difusa los mecanismos a través de los cuales se puede conocer si el inmueble objeto de subasta se encuentra ocupado o desocupado. El artículo 661 se limita a disponer que dicho conocimiento se adquirirá *por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo*, sin decir a qué otros modos se refiere, lo que en la práctica forense propicia que en más ocasiones de las que sería deseable en los anuncios de las subastas tan sólo se haga constar que «se desconoce la situación posesoria del inmueble», lo que obliga a los postores a realizar costosas averiguaciones o a formular sus ofertas en unas condiciones de auténtica incertidumbre, por lo que su situación resulta parangonable con la existente bajo la vigencia de la LEC de 1881 y que nuestro legislador mostró especial empeño en desterrar, como manifiesta en la Exposición de Motivos de la vigente LEC.

Bien es cierto que el artículo 589 de la LEC prevé la posibilidad de que, de oficio o a instancia de parte, se requiera al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución con expresión de las cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, *si están ocupados y con qué título*. De todos modos, dicho requerimiento no resulta preceptivo sino que la ley lo supedita a que se desconozcan bienes suficientes objeto de embargo. Además, resulta habitual en la práctica forense que el ejecutado desatienda dicho requerimiento, pues aunque se le apercibe con multas coercitivas, éstas no están teniendo el resultado deseado, ya que la ley no regula esta cuestión debidamente, pues ni determina el trámite que debe seguirse para su exacción, ni su destinatario (1) y tampoco establece su prelación en relación al crédito del ejecutante. No obstante, lo más coherente es considerar que el beneficiario de dichas multas es el Tesoro Público y que su exacción no tiene carácter preferente en relación al crédito del ejecutante, sino que la multa queda supeditada a la previa y completa satisfacción del principal, así como al pago de los intereses y las costas de la ejecución (2). Por lo demás, aunque el artículo 589 de la LEC también

---

(1) Sería deseable que el artículo 589 de la LEC, al igual que en el artículo 711, dispusiera expresamente que la multa coercitiva debe ser ingresada en el Tesoro Público.

(2) A favor de que el crédito del ejecutante tenga preferencia sobre la multa: Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Presupuestos, actos procesales, recursos y ejecución en la LEC 1/2000. Ejecución forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Ejecución provisional en la LEC 1/2000*. T. III. Madrid, 2001, pág. 340.

ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «La localización de bienes embargables del ejecutado», en *Diario La Ley*, martes, 17 de diciembre de 2002, pág. 4: «En el caso de que el patrimonio del ejecutado resulte insuficiente para hacer frente a la cantidad reclamada por el ejecutante y a la multa impuesta por el órgano judicial, resulta preferible que previamente se proceda al pago de lo debido al ejecutante, pues si en primer lugar se destinaran los bienes del ejecutado al pago de la multa, el ejecutante resultaría perjudicado por partida doble: por un lado, por no haber obtenido una información fidedigna del deudor en relación a los bienes de su propiedad y, en segundo lugar, por tener que supeditar el cobro de su crédito al pago de otra obligación que no sólo ha surgido con posterioridad a dicho crédito sino que, paradójicamente, ha nacido como consecuencia del mismo. Si la *voluntas legislatoris* al prever el requerimiento de manifestación de bienes ha sido coadyuvar al ejecutante en la localización de bienes embargables, no se puede entender que la multa impuesta al ejecutado por desobedecer dicho requerimiento goce de preferencia sobre el crédito del actor, pues se estaría consiguiendo justamente el efecto contrario, es decir, lejos de ayudar al ejecutante, perjudicarlo. Asimismo, consideramos que la multa impuesta al deudor debe pagarse en último lugar por analogía con lo que dispone el artículo 126 del CP para la imputación de los pagos del penado o responsable civil subsidiario».

En contra: ALMENAR BELENGUER, M., «La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes. Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Judicial*, 31. Ed. CGPJ, Madrid, 2000, págs. 237 y 238. Este autor, con base en los artículos 31 y 32 de la Ley General

prevé la posibilidad de proceder contra el ejecutado por un delito de desobediencia grave, la imposición de la pena correspondiente tampoco conlleva el cumplimiento por el ejecutado del requerimiento de manifestación de bienes.

En consecuencia, procede preguntarse cómo se podrá cumplir la previsión normativa de hacer constar en los anuncios de la subasta si el inmueble se encuentra ocupado en los casos en que el ejecutante lo desconozca y tampoco se haya efectuado requerimiento de manifestación de bienes al ejecutado o, habiéndose realizado, lo haya desatendido.

La verdad es que no se alcanza a comprender a qué se refiere el legislador cuando establece que el conocimiento de la existencia de terceros ocupantes del inmueble se obtendrá no sólo por la manifestación de bienes del ejecutado o por indicación del ejecutante sino también «de cualquier otro modo», ya que ningún precepto de nuestra ley procesal civil contempla la manera de tener conocimiento «de otro modo» de la situación posesoria del inmueble, aunque todo nos conduce a pensar que el legislador está concediendo al órgano judicial ciertas facultades para realizar, incluso de oficio, las investigaciones pertinentes.

A estos efectos podría resultar oportuno que, cuando el requerimiento de manifestación de bienes no se hubiera realizado por resultar suficientes los bienes objeto de embargo, se requiriera, de oficio o a instancia de parte, al ejecutado con el único fin de averiguar si el inmueble que le ha sido embargado se encuentra desocupado u ocupado, acreditando, en este último caso, si lo ocupan terceras personas y el título que ostentan. El plazo para cumplir dicho requerimiento podría ser de diez días por analogía con el previsto en el artículo 663 de la LEC, e incluso estimamos que podría hacerse al mismo tiempo que el requerimiento que prevé dicho precepto, pudiendo interesarse a la vez la presentación de los títulos de propiedad del inmueble.

No obstante, en tanto que el requerimiento para la presentación de los títulos de propiedad no resulta preceptivo, estimamos que también podría resultar oportuno que la propia Comisión Judicial o, en su caso, el correspondiente Servicio Común se personara en el inmueble objeto de subasta para cerciorarse de su situación posesoria.

Asimismo, en el seno de la ejecución hipotecaria se ha defendido (3) la posibilidad de efectuar dicha diligencia en el propio requerimiento de pago si

---

Presupuestaria en concordancia con el artículo 71 de la Ley General Tributaria, mantiene que la Hacienda Pública goza de prelación para el cobro del importe de la multa impuesta.

(3) Cfr. ROYO GARCÍA, J. G., «La subasta de bienes inmuebles: especialidades en la ejecución de bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Presupuestos, actos procesales, recursos y ejecución en la LEC 1/2000. Ejecución Forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Recursos y ejecución provisional en la LEC 1/2000*, T. III, 2001, pág. 526.

éste se practica por no haberse efectuado por acta notarial con al menos diez días de antelación a la interposición de la demanda.

De todos modos, aunque los antedichos mecanismos podrían servir para conocer la situación posesoria del inmueble con objeto de hacer constar dicha información en el anuncio de la subasta, no por ello quedan salvaguardados por completo los intereses de los postores, ya que puede ocurrir que el ejecutado arriende el inmueble con posterioridad a la publicación de los edictos y que la información contenida en los mismos sea engañosa, lo que podría defraudar las justas expectativas de los postores, máxime teniendo en cuenta que de acuerdo con nuestra legislación arrendaticia el hecho de que el arrendamiento se haya concertado con posterioridad al embargo o a la hipoteca, y aun ulteriormente a la publicación de los edictos de la subasta, no supone *per se* que el mismo haya de extinguirse a consecuencia de la enajenación forzosa.

En suma, estimamos que dada la importancia que reviste el conocimiento de la situación posesoria del inmueble y en vista de que no va a resultar baladí para los postores que el bien se encuentre ocupado por terceras personas, este dato debería figurar inexcusablemente en el anuncio de la subasta, por lo que sería oportuno desterrar la práctica existente en muchos Juzgados de hacer constar en los edictos el desconocimiento de la situación posesoria del inmueble o de omitir toda referencia sobre el particular.

Por consiguiente, al igual que la Ley prevé en la subasta de inmuebles la preceptiva petición de la certificación de cargas al Registro de la Propiedad, también debería establecer la necesidad inexorable de practicar las diligencias oportunas para que en todo caso se conociera con carácter previo a la enajenación forzosa quién ocupa el inmueble.

Además, *de lege ferenda* sería oportuno que en la LEC se previera la necesidad de que el ejecutado informara al órgano judicial de los contratos de arrendamiento concertados tras el anuncio de la subasta con objeto de dar a conocer este dato al inicio de la misma y de enmendar el contenido inexacto de los edictos, debiendo presumirse en caso contrario que dicho arrendamiento ha sido concertado en fraude de acreedores.

A estos efectos se ha propuesto por la doctrina (4) el establecimiento de algún tipo de medida —como el precinto— para evitar la ocupación del inmueble sin conocimiento del Tribunal en el ínterin existente entre el anuncio de la subasta y su celebración.

---

(4) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3323.

## II. INMUEBLE DESOCUPADO U OCUPADO POR EL PROPIO EJECUTADO

Si por indicación del ejecutante, manifestación del ejecutado o por alguno de los mecanismos a que hemos hecho mención, consta en las actuaciones que el bien se encuentra desocupado o que lo ocupa el propio ejecutado y las personas que con él conviven, se hará constar dicha circunstancia en los anuncios de la subasta para el conocimiento de los postores.

Los edictos se fijarán en el sitio destacado, público y visible de la sede del tribunal y en los lugares públicos de costumbre (art. 645 de la LEC); si bien, como la LEC no concreta a qué se refiere con la expresión «lugares públicos de costumbre», en la práctica forense lo habitual es que se fijen exclusivamente en el tablón de anuncios del Juzgado, a menos que se solicite una mayor publicidad por el ejecutante o el ejecutado y el tribunal lo estime conveniente.

Procede preguntarse qué ocurrirá si el deudor en el requerimiento de manifestación de bienes ha dado una información engañosa respecto a la situación posesoria del inmueble, ya que esto puede propiciar que los edictos tengan un contenido erróneo. En estos casos, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse al ejecutado *ex* artículo 589 de la LEC, la ley no contiene previsión alguna al respecto, por lo que para evitar este problema se debe exigir la máxima diligencia a los Juzgados, siendo conveniente que legalmente se previera la posibilidad de que con anterioridad al anuncio de la subasta se pudieran realizar las diligencias oportunas —como la personación de la Comisión Judicial o del Servicio Común en el inmueble objeto de subasta— con objeto de cerciorarse de su situación posesoria siempre que la misma, aun constando en autos, no se conozca con plena certeza, pues lo que en modo alguno puede permitirse es que los edictos resulten inexactos y tampoco resultaría procedente que en los mismos se hiciera constar que *según manifestaciones del ejecutado el piso se encuentra libre* u otras expresiones parecidas, ya que ello propiciaría incertidumbre e inseguridad entre los postores, haciendo todavía más inaccesibles las subastas a los ciudadanos que no se dedican a dicho «negocio».

Por lo demás, si realizadas las investigaciones oportunas, resulta que el bien inmueble se encuentra *desocupado*, la ley es de una claridad meridiana, ya que el artículo 675.1 establece que una vez celebrada la subasta se deberá entregar la posesión al rematante o al adjudicatario de forma inmediata.

En el caso de que el inmueble se encuentre *ocupado por el ejecutado y por quienes con él convivan*, la ley no resulta tan precisa, ya que no especifica si deberán ser desalojados inmediatamente o si se les concederá un plazo de humanidad para que procedan al desalojo. La verdad es que aunque la doctrina no es unánime al respecto, compartimos la opinión de quienes esti-

man (5) que si se trata de la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependen debe concederse el plazo de un mes para el desalojo, prorrogable por otro mes de existir motivo fundado, por analogía con el plazo que prevé el artículo 704 para el caso de que el ejecutado haya sido condenado a entregar un inmueble (6). A nuestro juicio, esta es la postura más acertada en aras de evitar la indefensión, máxime teniendo en cuenta que toda analogía favorable está permitida y si bien es cierto que podría alegarse que el ejecutado que ocupa un inmueble que va a ser objeto de enajenación forzosa ya conoce con al menos veinte días de antelación la fecha de la subasta (art. 667.2 de la LEC) y que tras ella deberá desalojar el inmueble, también el condenado en una sentencia a entregar un inmueble conoce dicha condena desde que se le notifica la sentencia y, asimismo, posee un plazo de al menos veinte días desde su notificación hasta el momento en que el ejecutante puede instar su ejecución forzosa para el cumplimiento voluntario (art. 548 de la LEC) y, sin perjuicio de ello, el artículo 704 le concede el plazo de un mes para el desalojo.

### III. INMUEBLE OCUPADO POR TERCERAS PERSONAS

En el caso de que el inmueble objeto de enajenación forzosa se encuentre ocupado por personas distintas del ejecutado y su familia, en tanto que dichos terceros no están pasivamente legitimados en el título ejecutivo para sufrir las actividades ejecutivas, se les debe dotar de mecanismos de defensa para hacer valer sus intereses.

La vigente LEC ha supuesto un importante avance en este sentido al permitir resolver esta cuestión en el propio proceso de ejecución, sin necesidad de remitir a los interesados a un juicio declarativo, con lo que se ha logrado conciliar el principio de celeridad, que debe protagonizar todo pro-

---

(5) Cfr. ROYO GARCÍA, J. G., «La subasta de bienes inmuebles: especialidades en la ejecución de bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», *op. cit.*, pág. 551.

En contra: Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 675», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3359.

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

CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002, pág. 375.

(6) En el caso de que el inmueble no constituya la vivienda habitual del ejecutado, resulta criticable que la vigente LEC no establezca un plazo para el desalojo, pues dicha laguna legal origina inseguridad jurídica, ya que en situaciones muy similares pueden arbitrarse soluciones muy dispares dependiendo del Juzgado que conozca de la ejecución con el agravante de que los justiciables tampoco podrán recurrir con garantías de éxito dichas decisiones dada la discrecionalidad judicial que el silencio de la ley ha propiciado en esta cuestión.

ceso de ejecución, con el de audiencia y el de tutela judicial efectiva de aquéllos que resultan afectados por un proceso de ejecución ajeno.

Este importante avance legal no sólo se debe agradecer a nuestros legisladores, ya que huelga decir que éstos no hicieron sino acatar las sugerencias que les realizó el propio Tribunal Constitucional, el cual tuvo ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre este problema que dio lugar a diversos recursos de amparo.

De todos modos, no resulta ocioso poner de relieve que la postura del Tribunal Constitucional sobre este particular no siempre resultó acertada, pues al intentar salvaguardar la situación de indefensión del arrendatario en más de una ocasión colocó en una posición análoga al rematante.

A estos efectos resulta paradigmática la sentencia de 16 de enero de 1992 (7) en que resolvió el recurso de amparo 1317/88, que fue interpuesto por una arrendataria, alegando la vulneración del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva en un proceso de ejecución hipotecaria en que se acordó el desalojo de la vivienda que ocupaba tras ser enajenada en pública subasta. En este caso, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo a la citada arrendataria imponiendo al rematante la carga de instar un juicio declarativo ordinario con objeto de conseguir el desalojo del ocupante y ello con independencia de que el contrato de arrendamiento se hubiera concertado con posterioridad a la hipoteca, pues según dicha sentencia no implicaba una pérdida o disminución del derecho de propiedad la subsistencia del arrendamiento, lo que a nuestro juicio resulta más que discutible, ya que resulta obvio que no es ni mucho menos lo mismo adquirir un bien libre que arrendado, pues la posesión mediata no permite al dueño ejecutar plenamente sus facultades dominicales.

No obstante, nuestro Alto Tribunal, consciente del conflicto suscitado, hizo un llamamiento al legislador en la citada sentencia para que introdujera un párrafo en el entonces artículo 132 de LH que permitiera la comparecencia, con igualdad de armas procesales, del arrendatario de la finca hipotecada. Desafortunadamente, tuvieron que transcurrir ocho años para que dicha suge-

---

(7) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», en *Justicia*, núm. IV, 1992, págs. 911 a 968.

LEDESMA IBÁÑEZ, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992 (BOE de 13 de febrero de 1992). Ejecución del procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria: problema de su compatibilidad con los arrendamientos existentes sobre la finca ejecutada y tutela judicial efectiva», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, págs. 683 a 692.

SEGUÍ PUNTAS, J., «Efectos reflejos de la ejecución hipotecaria. Comentario a la STC 6/1992, de 16 de enero», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, págs. 693 a 701.

rencia se consagrara en un texto legal —que no fue la Ley Hipotecaria, sino la vigente LEC— sin perjuicio de que para salvar el vacío legal existente hasta dicho momento, parte de la doctrina (8) estimara que al no existir en el procedimiento de apremio ordinario ningún precepto similar al entonces artículo 132 de la LH (que no permitía la suspensión del procedimiento hipotecario más que en casos tasados) dicho criterio no podía hacerse extensivo al procedimiento de apremio ordinario, en donde no existía impedimento alguno para declarar extinguido el arrendamiento de la finca subastada en el marco de la ejecución. No obstante, dichas opiniones no pasaron de ser propuestas *de lege ferenda* sin apenas proyección en la práctica forense.

Ulteriormente, el Tribunal Constitucional perfiló su doctrina y en el Auto 309/1994, de 14 de noviembre, denegó el amparo en un supuesto en que el arrendamiento posterior a la hipoteca fue estimado fraudulento por su excesiva duración —quince años— y por el importe antieconómico del alquiler. De todos modos, poco tiempo después, en la STC 21/1995 de 24 de enero, reprodujo casi literalmente lo establecido en la sentencia de 16 de enero de 1992.

Afortunadamente, en la sentencia 69/1995, de 9 de mayo (9), matizó su postura, afirmando que la doctrina de la STC 6/1992 de remitir en todo caso al rematante a un juicio declarativo para desalojar al tercer ocupante del inmueble, no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocu-

---

(8) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», *op. cit.*, pág. 851. «Del procedimiento de apremio», en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*. Coordinador: J. MONTERO AROCA, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Civitas, S. A., 1993, Madrid, pág. 157 y sigs., nota 2, y en «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, Ed. CGPJ, Madrid, 1997, pág. 115.

(9) En la STC 69/1995, de 9 de mayo, se denegó el amparo al entender que al tener la recurrente su derecho de usufructo inscrito en el Registro de la Propiedad, aunque con posterioridad a la hipoteca, le fueron notificadas las Resoluciones dimanantes del procedimiento hipotecario que afectaban a su derecho, posibilitando su intervención en la ejecución, por lo que no se vio afectado su derecho de defensa (cfr. SOLE, J., «Finca subastada en procedimiento hipotecario (art. 131 de la Ley Hipotecaria): desalojo y lanzamiento de la usufructuaria sin necesidad de acudir a ulterior proceso declarativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1995, de 9 de mayo», en *Justicia*, núm. III-IV, 1995, págs. 309 a 320).

Resulta curioso reseñar cómo la doctrina al comentar la STC 6/1992, de 16 de enero, ya se había aventurado a predecir que el TC no apreciaría vulneración del artículo 24 de la CE si en vez de tratarse del desalojo de un arrendatario fuera un usufructuario el que tuviera su derecho inscrito con posterioridad a la hipoteca (cfr. MONSERRAT VALERO, A., «La ejecución de la hipoteca y la extinción de los arrendamientos urbanos posteriores a su constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», en *RJC*, núm. 3, 1992, pág. 720).

pante afectado por la ejecución, por lo que denegó el amparo a una usufructuaria cuyo derecho estaba inscrito con posterioridad a la hipoteca, estimando que la decisión del Juzgado de no remitir a otro procedimiento para obtener el lanzamiento de dicha usufructuaria no entrañaba limitación o privación del derecho de defensa de la recurrente, la cual tenía a su disposición la posibilidad de instar un juicio declarativo para hacer valer su derecho.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional tampoco otorgó el amparo requerido en las SSTC 158/1997, de 2 de octubre; 174/1997, de 27 de octubre (10); 223/1997, de 4 de diciembre; 227/1997, de 15 de diciembre, y 42/1998, de 14 de febrero, estimando que el proceso declarativo posterior al procedimiento hipotecario proporcionaba un instrumento de defensa a las partes y demás interesados sin exclusión alguna, cualquiera que fuera su posición y los títulos de su situación posesoria. No obstante, en estas sentencias nuestro Alto Tribunal —sin duda insatisfecho de que se resolviera el problema del desalojo de los terceros ocupantes de los inmuebles subastados en un juicio declarativo— apuntó la posibilidad de que fuera en el propio proceso de ejecución donde los ocupantes pudieran exhibir su título posesorio con objeto de que el Juez lo valorara a los solos efectos de su desalojo a consecuencia de la ejecución.

Dicha sugerencia tuvo eco en nuestro legislador que la matizó y desarrolló en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por aquel entonces se encontraba en fase de elaboración, consagrándose finalmente en los artículos 661 y 675, en donde se prevé la comunicación de la ejecución a los terceros ocupantes del inmueble objeto de enajenación forzosa para que en el plazo de diez días presenten los títulos que justifiquen su situación posesoria, pudiendo el ejecutante, antes de anunciarse la subasta, promover un incidente en que el Juez se pronuncie sobre el derecho de dichos ocupantes a continuar poseyendo el inmueble tras la venta forzosa (art. 661), sin perjuicio de que si no se insta dicho incidente por el ejecutante, pueda ser promovido por el adquirente del inmueble en el plazo de un año desde la adquisición (art. 675).

No obstante, ciertas voces doctrinales (11) han puesto de relieve el carácter restringido del mecanismo de defensa previsto en los citados artículos, el cual se presenta como el único posible para la intervención de los ocupantes del inmueble.

Por lo demás, conviene reseñar que aunque los artículos 661 y 675 se encuentran insertos dentro de la sección sexta del Título IV del Libro III

---

(10) Las SSTC 158/1997, de 2 de octubre, y 174/1997, de 27 de octubre, tuvieron un voto particular en el que se entendía que el TC debía haber otorgado el amparo solicitado en consonancia con la doctrina esgrimida en las SSTC 6/1992, de 16 de enero, y 21/1995, de 9 de mayo.

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

titulada «De la subasta de bienes inmuebles», su ámbito de aplicación no puede circunscribirse a los supuestos en que el inmueble sea enajenado en pública subasta sino que también debe hacerse extensivo a los casos en que se procede a la enajenación forzosa del inmueble por los medios alternativos a la subasta previstos en la sección tercera y cuarta del mismo Título (12), así como al proceso de ejecución hipotecaria, pues precisamente en este último es donde se han suscitado los mayores problemas en relación al desalojo de terceros ocupantes de los inmuebles subastados.

A continuación vamos a analizar pormenorizadamente el contenido de los artículos 661 y 675 de la LEC:

#### 1. NOTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN A LOS TERCEROS OCUPANTES

Una vez que el órgano judicial conozca que el inmueble se encuentra ocupado por terceras personas distintas del ejecutado, el artículo 661 de la LEC establece la necesidad de notificar a dichos ocupantes la existencia de la ejecución para que en el plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.

Aunque la Ley prevé la necesidad de practicar una diligencia de notificación, en puridad se trata de un requerimiento, no empleando adecuadamente el legislador los términos que él mismo define en el artículo 149 de la LEC donde establece que la *notificación* en un acto de comunicación que tiene por objeto dar noticia de una resolución, diligencia y actuación; en contraposición con el *requerimiento*, el cual sirve para ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad. En este caso resulta obvio que se está ordenando al ejecutado que en un determinado plazo lleve a cabo la conducta consistente en presentar los títulos que acrediten su posesión, por lo que, a pesar de la impropiedad del término legal utilizado, se trata de un requerimiento.

La doctrina (13) encuentra cierta similitud entre esta notificación y la del auto despachando ejecución, tras la cual el ejecutado puede comparecer y

---

(12) Cfr. UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 675», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II. Coordinadores: Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pág. 3072. Este autor acertadamente considera que nos encontramos ante una mera omisión del legislador y no ante una voluntaria exclusión de lo dispuesto en los artículos 661 y 675 a los casos en que la enajenación del bien embargado se realice por los medios alternativos a la subasta previstos en la LEC.

(13) Cfr. MORENO CATENA, V., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T. IV. La ejecución forzosa*. Coordinadores: Cortes Domínguez y Moreno Catena. Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 137. Este autor realiza esta apreciación al comentar el artículo 704 de la LEC, pero puede hacerse extensiva al artículo 661, ya que ambos preceptos se refieren a la necesidad de notificar a los terceros ocupantes de un inmueble, que sale del patrimo-

oponerse en el plazo de diez días, ya que en este caso también se da a los ocupantes la posibilidad de oponerse al desalojo en idéntico plazo de diez días presentando los títulos que amparan su situación posesoria.

Por lo demás, el artículo 661 también resulta impreciso cuando establece que se notificará la existencia de la ejecución a las «personas distintas del ejecutado que ocupen el inmueble embargado», pues resulta obvio que a pesar de la impropiedad terminológica de dicho precepto si la vivienda la habita el ejecutado con su cónyuge e hijos no se les deberá notificar a estos últimos la existencia del procedimiento aunque tengan el carácter de terceros en la ejecución, dejando a salvo la notificación que se haya podido realizar al consorte del ejecutado en el caso de que la vivienda tuviera carácter ganancial (arts. 541 de la LEC, 1.373 del CC y 144 del RH) (14).

La notificación deberá realizarse a aquellas terceras personas que ocupen el inmueble distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización de aquél. Esta interpretación no sólo resulta la más coherente sino que guarda armonía con lo que el legislador dispone con mucha más propiedad en el artículo 704 de la LEC que, en sede de ejecución por deberes de entregar bienes inmuebles, establece la necesidad de notificar la existencia de la ejecución *a las terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan la utilización del inmueble* para que en el plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación, en aras de que el ejecutante pueda pedir su lanzamiento si son ocupantes de mero hecho o sin título suficiente.

De todos modos, si los ocupantes tuvieran su título inscrito en el Registro de la Propiedad previamente al embargo, y aunque la ley no lo dice expresamente, debe entenderse que no será necesario efectuarles dicho requerimiento, ya que al constar en la certificación de cargas inscrito su derecho con anterioridad a la traba que origina la enajenación forzosa, su derecho será preferente y deberá ser aceptado por los postores.

Para algún autor (15) esta notificación no será necesaria ni siquiera en el caso de que el ocupante tenga su título inscrito en el Registro con posterioridad al embargo, pues si su derecho es anterior a la expedición de la certificación de cargas habrá tenido conocimiento de la ejecución por notificación del Registrador (art. 659 de la LEC) y en el caso de que la inscripción sea

---

nio del ejecutado, la existencia de la ejecución con objeto de que presenten los títulos que justifiquen su situación posesoria.

(14) Sobre los medios de defensa del cónyuge no deudor en caso de embargo de bienes gananciales y la doctrina y jurisprudencia existente sobre este tema, véase: ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 261 y sigs.

(15) Cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 357.

posterior a la expedición de la certificación del dominio y cargas ese conocimiento lo habrá adquirido en el mismo Registro.

La verdad es que no compartimos estas opiniones doctrinales, ya que si dichos terceros tienen su título inscrito con posterioridad al embargo aunque el Registrador les notifique *ex* artículo 659 la existencia de la ejecución, ello no supone requerimiento alguno para la presentación de sus títulos, pues aunque pudiera pensarse que por ser la inscripción de su derecho posterior a la traba se extingue con la enajenación forzosa, ello no es así en todo caso, pues conforme a lo previsto en el artículo 13 de la LAU los arrendamientos posteriores a un embargo subsisten hasta que se cumpla el plazo de cinco años desde que se concertaron.

## 2. DESATENCIÓN DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES

La LEC ha dado carta de naturaleza a las multas coercitivas en muchos de sus preceptos (589.3, 591.2, 699.2, 709, 710, 711, etc.); sin embargo, no ha contemplado expresamente la posibilidad de imponer dichas multas al ocupante de un inmueble que se niegue a presentar los títulos que justifiquen su situación posesoria y aunque estas multas podrían imponerse con base en el artículo 591.2 de la LEC —que prevé su posible imposición a todos aquellos terceros que no presten su colaboración en las actuaciones de ejecución negándose a entregar al tribunal los documentos y datos que tengan en su poder— tampoco va a resultar necesario la utilización de estos mecanismos de constricción teniendo en cuenta que la no presentación de los títulos redundará en su contra, ya que el ejecutante podrá pedir la celebración de una comparecencia con objeto de determinar el derecho de los terceros ocupantes a seguir poseyendo la finca tras la venta forzosa y, a falta de títulos que acrediten la legitimidad de su situación posesoria, el Juez deberá dictar auto declarando su falta de derecho a permanecer en el inmueble, sin perjuicio de que los perjudicados puedan ejercitar el derecho que crea corresponderles en el juicio que corresponda.

En el caso de que los ocupantes no presenten en el plazo de diez días concedido al efecto los títulos que legitimen su situación posesoria y que el ejecutante tampoco solicite la celebración de vista para dilucidar esta cuestión, consideramos que la ausencia de presentación de títulos no podrá entenderse como una falta de derecho de los ocupantes a permanecer en el inmueble, por lo que no se podrá hacer constar dicha circunstancia en los edictos que anuncian la subasta, sin perjuicio del derecho del adquirente del bien para solicitar su lanzamiento previa celebración de la comparecencia que prevé el artículo 675 de la LEC.

### 3. PRESENTACIÓN DEL TÍTULO ACREDITATIVO DE SU SITUACIÓN POSESORIA POR PARTE DE LOS TERCEROS OCUPANTES

En el plazo de diez días concedido al efecto, los terceros ocupantes del inmueble deben presentar los títulos que justifiquen su posesión. Para la mera presentación de dichos títulos estimamos no es necesario que se valgan de abogado y de procurador aunque en el proceso resulte preceptiva su intervención, sin que ello suponga vulneración alguna del artículo 539 de la LEC que tan sólo exige abogado y procurador al ejecutante y al ejecutado cuando en el proceso declarativo previo hubiera sido preceptivo.

Por consiguiente, y sin perjuicio de que necesiten valerse de estos profesionales en la comparecencia que con posterioridad pueda celebrarse *ex* artículo 661.2 ó 675.3, podrán cumplir el requerimiento de presentación de títulos adjuntándolos con un escrito dirigido al Juzgado o aportándolos en una mera comparecencia ante el mismo. Esta es la solución que resulta más acertada a nuestro modo de ver y ello aun cuando, como pone de manifiesto la doctrina (16), la presentación de los títulos que legitimen la posesión del ocupante del inmueble no constituye ninguna de las excepciones a los requisitos de postulación ordinarios enunciados en los artículos 23 y 31 de la LEC, ya que, por un lado, el artículo 23.2 exceptúa de la comparecencia mediante procurador la presentación de títulos de créditos, pero únicamente en los juicios universales, y, por otro lado, tampoco resulta fácil subsumirlo en el artículo 31.2.2.<sup>a</sup> como una excepción a la intervención de abogado, ya que no se puede considerar propiamente un mero escrito de personación sino que se postula directa o mediatamente el reconocimiento de un derecho. Sin embargo, consideramos que la exigencia de que el tercer ocupante se sirva de abogado y de procurador para la presentación de los títulos que justifiquen su derecho posesorio constituiría para éste una carga procesal innecesaria, máxime en los supuestos en que, por considerarse el título de posesión presentado suficiente, no se celebre comparecencia alguna para decidir sobre esta cuestión.

Cuando el tercer ocupante presente los títulos requeridos —y aunque la ley no lo dice expresamente— debe darse traslado al ejecutante para que manifieste si los considera suficientes, por analogía con lo previsto en el artículo 663.2 de la LEC para cuando el ejecutado presenta los títulos de propiedad de la finca embargada. El ejecutante puede evacuar el traslado conferido en un doble sentido:

---

(16) Cfr. ILLESCAS RUS, A., «Comentario al artículo 704», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinadores: Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombau. T. III, Iurgium Editores, Barcelona, 2000, pág. 3173.

- Manifestando que considera los títulos suficientes, en cuyo caso de momento no se celebrará una vista para que el Juez resuelva sobre el particular. No obstante, la conformidad del ejecutante no vincula al rematante, ya que éste, una vez celebrada la subasta, podrá pedir la celebración de una comparecencia para decidir sobre el desalojo, pues el artículo 675 tan sólo excluye dicha posibilidad cuando con anterioridad se hubiere resuelto sobre esta cuestión a petición del ejecutante.
- Considerando que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble tras la subasta, en cuyo caso podrá solicitar, antes del anuncio de ésta, que se convoque a una vista en la que el Juez decidirá sobre el derecho del tercero a permanecer en el inmueble tras la venta forzosa.

#### 4. INCIDENTE PREVIO A LA SUBASTA PARA DECLARAR LA FALTA DE DERECHO DEL TERCER OCUPANTE A POSEER EL INMUEBLE

##### a) *Legitimación*

Si el ejecutante considera que el tercero que ocupa el inmueble no tiene derecho a permanecer en el mismo tras su venta forzosa, deberá solicitar la celebración de una comparecencia para resolver esta cuestión, sin que dicha convocatoria se pueda señalar de oficio por el mero hecho de alegar el ejecutante que el título presentado por el ocupante resulta insuficiente.

Algún autor (17) estima que también ostenta legitimación activa a estos efectos el ejecutado o cualquier otro sujeto que sea parte del proceso; si bien, a nuestro juicio, y aunque de *lege ferenda* podría ser conveniente que tanto el ejecutante como el ejecutado estuvieren legitimados puesto que a ambos interesa la obtención de un buen precio en la subasta, somos conscientes de que dicha interpretación es difícil de conciliar con la literalidad del apartado segundo del artículo 661 de la LEC que tan sólo concede al ejecutante legitimación activa para instar este incidente antes de celebrarse la subasta.

Ni siquiera el tercer ocupante puede interesar el señalamiento de la comparecencia que previene dicho precepto en aras de probar la validez de su título posesorio, no quedándole más remedio que permanecer pasivo a la espera de que el ejecutante, o en su defecto el rematante *ex* artículo 675, pretendan su lanzamiento, sin perjuicio de su derecho a instar el juicio declarativo correspondiente para hacer valer sus intereses en caso de ser desalojado.

---

(17) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 3324.

b) *Carácter no preceptivo de la comparecencia del artículo 661 de la LEC*

La ley no preceptúa la necesidad de que en los edictos en que se anuncie la subasta se haga constar si el tercer ocupante tiene o no derecho a seguir poseyendo el inmueble tras la enajenación forzosa, por lo que la convocatoria de una comparecencia para decidir sobre este particular no constituye un requisito *sine qua non* previo a la subasta.

El apartado segundo del artículo 661 fue producto de la enmienda número 286 al Proyecto de Ley presentada en el Senado (18), que fue admitida con indudable acierto, pues aunque en principio puede dilatar la ejecución, en contrapartida permite al acreedor obtener en la venta forzosa un precio superior por el inmueble en el caso de que el auto que resuelva el incidente declare que el ocupante es de mero hecho o sin título suficiente.

Por consiguiente, el ejecutante deberá ponderar sus intereses, eligiendo entre no demorar la ejecución o dilatar la misma pero obtener una mayor seguridad de ver satisfecho su crédito.

En el caso de que considere que el ocupante no tiene título suficiente y que la existencia de un tercer ocupante va a ocasionar una depreciación notable del bien en la venta forzosa que le va a impedir ver satisfecho su crédito, le convendrá instar el incidente.

Sin embargo, si el ejecutante prevé que aunque el inmueble esté ocupado por un tercero esto no va a impedir que en la subasta se obtenga una cantidad suficiente para cubrir la cantidad reclamada, no le traerá cuenta instar dicho incidente, lo que ocurrirá, v.gr., cuando el inmueble sea de valor muy superior al importe por el que se ha despachado ejecución por no existir más que este bien en el patrimonio del deudor y haber sido necesario su embargo a los fines de la ejecución (art. 584 de la LEC).

La decisión del ejecutante no siempre será de fácil apreciación, pues nunca se puede prever *a priori* el resultado de una subasta al igual que tampoco se pueden predecir las posibilidades de éxito del incidente sumario previsto en el artículo 661, pues la prueba no siempre va a resultar sencilla.

Así, es posible que el deudor haya concertado un contrato de arrendamiento en connivencia con un tercero —amigo o familiar— fingiendo los elementos esenciales del contrato como, por ejemplo, el precio; sin embargo, la simulación en los contratos de tracto sucesivo resulta difícil de probar (19), pues raramente se poseen pruebas directas, por lo que han de usarse las presunciones a fin de alcanzar la certeza de la inexistencia del arrendamiento. De todos modos, si el ejecutante consigue probar la total ausencia de precio,

---

(18) BOCG, VI Legislatura, Senado. Serie II, núm. 154 (d), pág. 332.

(19) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 165.

esto ocasionará la nulidad absoluta del negocio, como ha reiterado el TS en su jurisprudencia (20), por lo que si se trata de precio sólo documentado y no de precio real y verdadero, es decir, que hubiera tenido materialización efectiva mediante su pago mensual, le alcanza la condición de precio aparente que despoja a los contratos de uno de sus elementos esenciales y en estos casos el TS considera inexistente por simulación la relación arrendaticia.

La verdad es que si el contrato de arrendamiento fuera simulado o se hubiera celebrado con dolo o fraude se debería extinguir, pero el *onus probandi* del fraude o simulación corresponderá al que lo alegue, pues la presunción del artículo 1297.2 del Código Civil, según la cual se presumen fraudulentas las enajenaciones hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiera expedido mandamiento de embargo, no es aplicable a los casos en que se arrienda un inmueble embargado.

### c) *Tramitación*

El artículo 661.2 de la LEC no establece el trámite por el que se ha de sustanciar este incidente, sino que se remite a lo previsto en el apartado tercero del artículo 675, el cual tampoco detalla el contenido de dicha comparecencia, aunque la parquedad de la ley se debe interpretar en el sentido de que la vista tiene un contenido sumario.

A diferencia de lo que resulta habitual en nuestra LEC, el legislador no se remite en lo que respecta a la tramitación de esta comparecencia a lo previsto para la vista del juicio verbal, sin embargo lo más coherente es que se sustancie conforme a las reglas de ésta, por lo que los interesados deberán acudir con los medios de prueba de que intenten valerse para su práctica en el propio acto de la comparecencia. De todos modos, algún autor (21) estima que el Juez también podrá conceder un período probatorio si no resulta posible practicar todos los medios de prueba en el acto, opinión que, a nuestro modo de ver, no resulta fácil de conciliar con el carácter sumario del incidente ni con el tenor literal de la ley.

Por lo demás, el apartado tercero del artículo 675, al que se remite a su vez el artículo 661, no presenta una redacción muy acertada en lo que se refiere a la prueba en este incidente, ya que establece que en la comparecencia

---

(20) SSTS de 11 de diciembre de 1986 (RAJ 7432), 31 de enero de 1991 (RAJ 522), 10 de noviembre de 1992 (RAJ 8962), 6 de octubre de 1994 (RAJ 7459), 14 de junio de 1997 (RAJ 4658).

(21) Cfr. UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II. Coordinadores: Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández. Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pág. 3073.

cia «los ocupantes (...) podrán alegar y probar lo que estimen conveniente respecto de su situación», por lo que parece obviar que en aras de defender sus pretensiones el mismo derecho tendrá el que inste el incidente en pro de su derecho de audiencia.

La doctrina (22) se pregunta si en el acto de la vista se podrán aportar los títulos que justifiquen la ocupación en el caso de que en el plazo de diez días concedido con anterioridad no se hayan aportado, pues podría considerarse que dicho plazo era preclusivo, máxime teniendo en cuenta que el desalojo no implica un pronunciamiento definitivo al poder ventilarse posteriormente la cuestión en el juicio correspondiente. La verdad es que a nuestro juicio, y por aplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, si la LEC no establece en esta comparecencia ninguna limitación en materia de prueba, no se puede impedir al ocupante presentar en la misma los títulos que justifiquen su situación posesoria aunque antes no los presentara en el plazo de diez días concedidos al efecto, ya que ello supondría privarle de su principal medio de defensa.

El objeto de este incidente se ha de centrar en la existencia y validez del título del ocupante y en si éste le legitima para seguir poseyendo el inmueble tras la venta forzosa, resolviéndose sobre dicha cuestión a estos solos efectos, por lo que la declaración de su falta de derecho ninguna validez tendrá si no llega a celebrarse la subasta porque el deudor pague la cantidad debida o por cualquier otro motivo (23). Por consiguiente, si el ejecutado continúa siendo propietario del bien no podrá aprovecharse de dicho pronunciamiento para desalojar al tercer ocupante del inmueble.

#### d) *Intervención de abogado y de procurador*

Resulta criticable que la ley silencie si a la vista se debe comparecer con la representación de un procurador y con la asistencia de un letrado. Además, el artículo 539 de la LEC —que regula la representación y defensa en el proceso de ejecución— tampoco resuelve nada al respecto, pues dicho precepto tan sólo se refiere a las partes del proceso de ejecución, imponiéndoles la necesidad de servirse de dichos profesionales, salvo que la resolución que se ejecute haya sido dictada en un proceso en que no sea preceptiva su intervención.

La verdad es que dada la naturaleza sumaria de este incidente en el que no se van a debatir cuestiones de especial complejidad y en el que, por lo general, la prueba queda reducida a la documental, tampoco tendría que re-

---

(22) Cfr. MORENO CATENA, V., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. T. IV. La ejecución forzosa», *op. cit.*, pág. 138.

(23) Cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 376.

sultar necesaria la intervención de abogado y de procurador. De todos modos, si en el proceso de ejecución fueran preceptivos dichos profesionales, resultaría paradójico que al ejecutante se le exonerara de servirse de los mismos en un incidente dimanante del mismo proceso de ejecución y, por tanto, si se exige al actor valerse de dichos profesionales no se puede eximir al tercer ocupante de dicha obligación en pro del principio de igualdad.

e) *Auto resolutorio del incidente*

Este incidente terminará por medio de auto, sin que la ley establezca el plazo de que dispone el Juez para dictarlo, aunque estimamos que en ningún caso deberá ser superior a los diez días previstos para dictar sentencia en el juicio verbal.

Dicha resolución será irrecurrible, pero, cualquiera que sea su contenido, dejará a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda, lo que concuerda con lo previsto en el artículo 447.2 de la LEC, que prevé la ausencia de cosa juzgada para todos los procesos en los que se tutele de forma sumaria la posesión (24).

No obstante, si las pretensiones del ejecutante son desestimadas, ya no se podrá volver a instar similar incidente por quien resulte adquirente del bien en la subasta, por lo que si el mismo pretende el desalojo del ocupante se verá forzado a acudir al juicio declarativo correspondiente.

Cuando el auto considere que el ocupante es de mero hecho o sin título suficiente, deberá figurar dicha circunstancia en el anuncio de la subasta en donde también se hará constar que quedan a salvo las acciones que pudieran corresponder al ocupante para recobrar la posesión.

En el caso de dictarse auto declarando el derecho del ocupante a continuar en la posesión del inmueble tras la venta forzosa, cabría preguntarse si no sería conveniente que dicha «carga» que posee el inmueble se descontara del valor de tasación del mismo, ya que dicha circunstancia no va a resultar atractiva para los postores, sino todo lo contrario, por lo que va a disminuir el precio en la subasta. Bien es cierto que si como suele ser habitual el título que posee el ocupante es un contrato de arrendamiento, éste no puede considerarse *stricto sensu* como un gravamen —si se entiende gravamen como la situación pasiva de una relación jurídico real— aunque sí que se puede entender como un gravamen dentro de un concepto amplio del mismo (25) y la mejor prueba de que

---

(24) Cfr. NADAL GÓMEZ, I., «Comentario al artículo 704», en *Comentarios a la LEC*. Vol. II. Coordinadores: Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández. Aranzadi editorial, Navarra, 2001, pág. 596.

(25) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 248.

constituye una carga para la propiedad es que supone una disminución económica del precio de venta en la subasta; además, si el arrendamiento se encuentra sujeto a prórroga forzosa por estar sometido a la LAU de 24 de diciembre de 1964, no sólo se ha considerado por la doctrina (26) —con expresión más gráfica que exacta— como un derecho real sino como algo más, dado que es oponible a terceros aunque no conste inscrito en el Registro. De todos modos, aun en el caso de que el arrendamiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad resulta harto difícil su valoración a los efectos de tenerlo en cuenta en la liquidación de cargas. De hecho, la doctrina (27) ha criticado que el legislador no haya tenido en cuenta, en el artículo 666 de la LEC, que puede haber cargas preferentes cuyo valor no sea fácil de determinar por el Secretario Judicial, atendiendo a lo que consta en la certificación de cargas (v.gr., servidumbres y, en general, la mayor parte de los derechos inscritos que no sean una mera anotación de embargo o hipoteca).

#### 5. INCIDENTE POSTERIOR A LA SUBASTA PARA CONSEGUIR EL DESALOJO DEL TERCER OCUPANTE

En el caso de que el ejecutante no haya solicitado el desalojo del tercero que ocupa el inmueble, el artículo 675 de la LEC contempla la posibilidad de promover un incidente con objeto de lograr el desalojo del tercer ocupante.

##### a) *Legitimación*

Ostentan *legitimación activa* para la promoción de este incidente el adjudicatario o rematante de la subasta, así como el adquirente del bien enajenado por otros medios de realización forzosa alternativos a la subasta. Asimismo, y a pesar de que el artículo 675 no lo contempla, se puede considerar legi-

---

(26) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M., «Arrendamientos de local de negocio posterior a la hipoteca (Comentario a la STS de 4 de mayo de 1961)», en *ADC*, T. XIV, 1961, pág. 1022.

ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*. T. I. Octava edición revisada y puesta al día. Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 293, 293, nota 68.

SABATER BAYLE, I., «Arrendamientos y finca hipotecada», en *RCDI*, marzo-abril, núm. 615, 1993, págs. 576-577.

POVEDA BERNAL, M. I., «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», en *RCDI*, mayo-junio, núm. 652, 1999, pág. 922.

(27) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 666», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III, Ed. Lex Nova, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid, 2000, pág. 3335.

timado el cesionario de remate aunque en ningún caso tendrá legitimación un tercero que haya adquirido el bien con posterioridad (28).

La *legitimación pasiva* la ostenta el ocupante u ocupantes del inmueble siempre que éstos no sean el ejecutado ni las personas que compartan con él la utilización del mismo.

#### b) *Plazo*

La petición se deberá efectuar en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda (art. 675.2 *in fine*).

La introducción de este plazo fue producto de la enmienda número 1.337 al Proyecto de Ley, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (29), resultando acertada su incorporación al texto definitivo de la LEC, pues ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto se contemplaba plazo alguno, lo que ocasionaba inseguridad jurídica, ya que parecía dejar al arbitrio del adquirente la posibilidad de solicitar el lanzamiento aun varios años después de la adquisición del bien en la enajenación forzosa, por lo que dicha laguna legal había sido objeto de crítica por parte de la doctrina (30).

Afortunadamente, el legislador optó, finalmente, por establecer un plazo preclusivo de un año, sin duda influenciado por lo que dispone el apartado 4 del artículo 460 del Código Civil, que prevé la pérdida de la posesión de un bien por el hecho de poseerlo otra persona, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año. Por consiguiente, si el adquirente del bien en la enajenación forzosa no solicita el lanzamiento del tercer ocupante del inmueble dentro del plazo de un año desde su adquisición, aunque el ocupante carezca de título posesorio o éste sea manifiestamente insuficiente, la cuestión de su desalojo ya no podrá ser resuelta en el propio proceso de ejecución sino en un juicio declarativo.

Dadas las consecuencias negativas que el transcurso de este plazo puede ocasionar al adquirente del inmueble, procede preguntarse cuál es *el dies a quo* para el cómputo del mismo, lo que nos lleva a efectuar una cuidada exégesis del párrafo segundo *in fine* del artículo 675, que establece que la

---

(28) Cfr. UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 675», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II, *op. cit.*, pág. 3072.

(29) BOCG. VI Legislatura. Congreso. Serie A, núm. 147-9, págs. 360 y sigs.  
En parecidos términos se presentó la enmienda núm. 578 por el Grupo Socialista, pero no se mantuvo para su debate en el pleno.

(30) Cfr. IGLESIAS MEJUTO, J., «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y anteproyecto de la LEC», en *Presente y futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV. Dirigido por Pico y Junoy, Barcelona, 1998, pág. 654.

petición de lanzamiento del tercer ocupante deberá efectuarse «*en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble*». Algún autor (31) entiende que ha de estarse a la fecha del auto de adjudicación, si bien a nuestro juicio, dado que cuando se dicta dicho auto todavía no se ha consignado por el rematante el resto del precio (art. 670.1) (32), no se puede considerar que en dicho momento se haya adquirido el inmueble, por lo que entendemos que el plazo de un año debe contarse desde la expedición por el Secretario Judicial del testimonio comprensivo del auto de aprobación del remate en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

### c) *Tramitación*

Si el adquirente del inmueble solicita dentro del referido plazo el lanzamiento del ocupante, dicha petición se notificará al mismo con citación a una vista dentro del plazo de diez días. El artículo 675.3 de la LEC no hace referencia a la forma de practicar dicha citación, pero se puede entender que se llevará a cabo por correo o telégrafo con acuse de recibo o por otro medio fehaciente por analogía con lo dispuesto en el artículo 660, respecto a la forma de practicar las comunicaciones a los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta (33).

Si no comparece el ocupante sin justa causa, no sólo pierde toda posibilidad de defensa sino que además —y con independencia de lo que alegue y pruebe el que haya instado el incidente— el artículo 675 no deja ningún margen de discrecionalidad al Juez sino que le compele a dictar un auto decretando en todo caso el lanzamiento. De todos modos, dicha consecuencia legal tan sólo opera cuando la incomparecencia haya sido injustificada, ya que si no consta la oportuna recepción de la citación por correo certificado o telegrama con acuse de recibo, en tanto que la misma tiene por objeto su personación, se deberá intentar de nuevo por medio de entrega de copia de la resolución o cédula (arts. 155.4 y 158 de la LEC), sin que resulte aplicable

---

(31) Cfr. ARROYO GARCÍA, S., *Comentarios prácticos a la nueva LEC*. AA.VV. Ed. Trivium, S. A., Madrid, 2000, pág. 615.

(32) En el caso de que el adquirente del inmueble sea el propio ejecutante, tampoco adquirirá el bien en el propio auto de aprobación del remate, ya que, conforme a lo previsto en el artículo 670.2 de la LEC, aprobado el remate, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que deba por principal, intereses y costas y, realizada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere.

(33) Cfr. MARTÍN DÍZ, F., «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, págs. 5 y 7 en nota 50.

la práctica de la citación por medio de edictos, pues siempre será conocido su domicilio por tratarse del ocupante de un inmueble que ha sido objeto de enajenación forzosa, sin perjuicio de que si no es hallado en la franja horaria comprendida entre las ocho y las diez de la noche se puedan habilitar horas *ex* artículo 131 de la LEC.

En la vista el ocupante u ocupantes podrán alegar y probar lo que estimen oportuno y, a pesar de que la Ley olvida decirlo expresamente, es de suponer que la misma facultad tendrá aquél que haya instado el incidente, pudiendo proponer cualquiera de las pruebas previstas en la Ley que se admitirán si resultan pertinentes y no dilatorias (34).

#### d) *Intervención de abogado y procurador*

La LEC no establece si resulta preceptiva la intervención de abogado y de procurador en este incidente e incluso procede preguntarse si la comparecencia del tercer ocupante sin dichos profesionales puede ocasionar que el Juez lo tenga por no comparecido y deba dictar auto acordando el desalojo. La verdad es que *de lege ferenda* resultaría conveniente que el legislador colmara esta laguna normativa, pues *de lege data* caben dos interpretaciones posibles:

Por un lado, efectuar una interpretación *in extenso* del artículo 539 de la LEC (que establece la necesidad de que las partes comparezcan con dichos profesionales en el proceso de ejecución, salvo que el mismo dimanase de un juicio verbal cuya cuantía no exceda de 900 euros), aun siendo conscientes de que dicho precepto tan sólo establece normas de representación y defensa para el ejecutante y el ejecutado, pero no para los terceros que intervengan en el proceso de ejecución, siendo que en este caso el incidente se sustancia precisamente entre personas ajenas a la ejecución (el rematante y los terceros ocupantes), salvo que lo promueva el ejecutante *ex* artículo 661 o en virtud del artículo 675 por ser el adjudicatario.

Por otro lado, en tanto que el artículo 539 no se refiere expresamente a la representación y defensa de los terceros que intervengan en el proceso de ejecución, cabría acudir a las reglas generales sobre la necesidad de procurador y abogado, entendiendo preceptivos dichos profesionales al no ser subsumible este supuesto en ninguna de las excepciones contempladas en los artículos 23 y 31 de la LEC.

La verdad es que, a nuestro juicio, la primera interpretación resulta más oportuna, por lo que estimamos que serán preceptivos dichos profesionales,

---

(34) Cfr. IGLESIAS MEJUTO, J., «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y anteproyecto de LEC», *op. cit.*, pág. 657.

salvo que este incidente se promueva en un proceso de ejecución de sentencia dictada en un juicio verbal cuya cuantía no exceda de 900 euros. De todos modos, en procesos de esta cuantía raramente se embargará y enajenará forzosamente un inmueble, ya que ello podría contravenir el artículo 584 de la LEC que prohíbe el embargo de bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo exista dicho bien y su afección sea estrictamente necesaria.

Esta interpretación se encuentra avalada por el hecho de que si el incidente lo promueve el ejecutante, no resulta coherente que se le exima de valerse de dichos profesionales cuando los mismos resulten preceptivos en el proceso de ejecución del que dimana precisamente dicho incidente. Asimismo, si lo insta un tercero que ha adquirido el inmueble en la enajenación forzosa, también se deberá seguir el mismo criterio, pues la necesidad de abogado y de procurador no puede depender de que el incidente lo promueva el ejecutante o un rematante, por lo que estimamos que en todo caso la intervención de abogado y de procurador dependerá de que éstos sean resultado necesarios en el proceso de ejecución.

e) *Auto resolutorio del incidente*

Finalmente, el órgano judicial dictará auto, acordando que el ocupante continúe en la posesión del inmueble si cuenta con título suficiente o decretando su lanzamiento si es de mero hecho, carece de título posesorio o si no comparece sin justa causa a la vista, así como cuando, aun teniendo título suficiente, éste sea fraudulento o simulado.

Contra el auto que dicte el Juez no cabrá recurso alguno, lo que parece explicarse por el carácter sumario del incidente y por el hecho de que dicha resolución carece de efectos de cosa juzgada. Sin embargo la doctrina (35) ha entendido que no se ajusta al principio de economía procesal ni es lo más acorde con el derecho de defensa la inadmisión de recurso, pues ningún perjuicio produciría la interposición de un recurso de reposición o de uno de apelación sin efecto suspensivo, pues, lejos de producir dilaciones indebidas, evitaría en muchos casos la necesidad de acudir a un juicio declarativo posterior.

La verdad es que compartimos en parte estas opiniones doctrinales, pues aunque no consideramos muy oportuno que la ley estableciera la posibilidad de interponer en este caso un recurso de reposición, sí que resultaría deseable que la ley previera la interposición de un recurso de apelación contra el auto

---

(35) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario a los artículos 661 y 675», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, págs. 3324 y 3360.

que pusiera fin a un incidente promovido *ex* artículo 661 ó 675, pues tampoco tienen efectos de cosa juzgada las sentencias dictadas en los juicios verbales que pretenden la tutela sumaria de la posesión y no por ello se les priva de la posibilidad de recurso.

No obstante, cualquiera que fuere el contenido del auto, siempre quedan a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda aunque no hay que olvidar que dicho proceso no conllevará la suspensión de la ejecución del auto.

#### IV. DESALOJO DE ARRENDATARIOS OCUPANTES DE INMUEBLES URBANOS ENAJENADOS FORZOSAMENTE

El órgano judicial debe resolver sobre el derecho del tercer ocupante a permanecer en el inmueble que haya sido enajenado en la ejecución forzosa teniendo en cuenta el derecho sustantivo.

En este apartado nos vamos a centrar en la normativa aplicable cuando el tercer ocupante es un arrendatario de una finca urbana cuyo contrato de arrendamiento se encuentra regulado por la vigente *Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos*, ya que éste es el supuesto que con más frecuencia se presenta en la práctica forense.

El artículo 13 (36) de dicha ley, bajo el epígrafe «Resolución del derecho del arrendador», prevé una respuesta específica para el problema que nos ocupa, siguiendo la tónica general de la LAU de proteger a ultranza los contratos de arrendamiento durante un plazo mínimo de cinco años.

En el apartado primero de este artículo se contemplan una serie de supuestos —entre los que se encuentra la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de una sentencia judicial— que producen la resolución del derecho del arrendador.

---

(36) Artículo 13.1 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994:

«Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.

En contratos de duración determinada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendador por la duración pactada».

Cuando dicha resolución tiene lugar *durante los cinco primeros años de duración del contrato de arrendamiento*, éste subsistirá hasta que se cumpla el plazo de cinco años. Sin embargo, si el derecho del arrendador quedare resuelto por estas mismas causas *una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato*, éste se extinguirá, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuará por la duración pactada.

*Ab initio*, procede reseñar que resulta loable que el referido artículo 13 haya puesto fin a la polémica existente respecto a la subsistencia o extinción de los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo a consecuencia de la realización forzosa del inmueble.

El propio Tribunal Supremo había mantenido a este respecto una postura vacilante. Así, dicho Tribunal se había pronunciado a favor de la extinción del arrendamiento en sus sentencias de 5 de febrero de 1945 (RAJ 502) (37), 22 de diciembre de 1945 (RAJ 1305), 22 de mayo de 1963 (RAJ 3587), 31 de octubre de 1986 (RAJ 6022), 23 de diciembre de 1988 (RAJ 9814) y 17 de noviembre de 1989 (RAJ 7890). Por el contrario, se decantó por declarar subsistente el arrendamiento posterior a la hipoteca en las sentencias de 19 de febrero de 1968 (RAJ 1153) (38), 9 de junio de 1990 (RAJ 4749), 23 de febrero de 1991 (RAJ 1591), 6 de mayo de 1991 (RAJ 3566), 23 de junio de 1992 (RAJ ), 20 de abril de 1995 (RAJ 3485), 9 de mayo de 1996 (RAJ 3784) y 14 de junio de 1997 (RAJ 4658).

De todos modos, el artículo 13.1 de la LAU de 1994 tan sólo ha dado respuesta a esta cuestión en lo que respecta a los arrendamientos de vivienda sometidos a su ámbito de aplicación, sin que sus previsiones normativas puedan hacerse extensivas a los arrendamientos de locales de negocio ni a los que, de conformidad con las Disposiciones Transitorias 2.<sup>a</sup> y 1.<sup>a</sup> de la LAU de 1994, todavía se rigen por la LAU de 24 de diciembre de 1964 o por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica.

---

(37) Cfr. FLÓREZ DE QUIÑONES, V., «Comentario de la STS de 5 de febrero de 1945», en *RDP*, 1945, pág. 531 y sigs.

(38) En la STS de 6 de mayo de 1968 (RAJ 1153), se declara la subsistencia de un arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca, con el argumento de que tal decisión no se oponía a lo resuelto en las sentencias de 5 de febrero de 1945 (RAJ 502), 22 de diciembre de 1945 (RAJ 1305), 4 de mayo de 1961 (RAJ 2304) y 22 de mayo de 1963 (RAJ 3587), «porque la primera, pronunciada por la Sala de lo Social, se refiere a un arrendamiento de finca rústica regulado por la legislación especial sobre la materia; la segunda se dictó en el caso de un arrendamiento sometido a Derecho común, la tercera no resolvió el fondo de la cuestión planteada, pues se limitó a declarar la inadecuación del procedimiento, y, en cuanto a la cuarta y última, porque, en todo caso, una sola sentencia no constituye doctrina legal».

A este respecto, y en tanto que dichos textos normativos contienen una laguna legal en esta materia, quizá hubiera sido deseable que la actual LAU, en aras de unificar criterios, hubiese incorporado en sus Disposiciones Transitorias alguna cláusula haciendo extensiva la solución esgrimida en el artículo 13 a los arrendamientos urbanos sometidos a la anterior legislación arrendaticia (39) y ello no porque la solución que aporta dicho precepto sea idónea, pues la verdad es que resulta acreedora de numerosas críticas, sino porque la anterior regulación todavía resulta más caótica.

Así, la LAU de 24 de diciembre de 1964 silencia toda referencia sobre el particular, sin embargo con base en el artículo 57 (que establece la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones) y en el artículo 114 (que prevé unas causas limitadas de extinción del arrendamiento entre las que no se encuentra la enajenación forzosa del inmueble) se ha venido propugnando la subsistencia del arrendamiento tras la subasta del inmueble aun cuando dicho contrato hubiere sido estipulado con posterioridad a la hipoteca o al embargo.

De todos modos, esta tesis resulta más que discutible (40), ya que la *ratio legis* del artículo 57 es evitar que el derecho de prórroga forzosa pueda ser burlado por el arrendador mediante la transmisión de la finca a un tercero, por lo que a nuestro juicio difícilmente se puede dar esta conducta fraudulenta cuando el arrendamiento es posterior a la hipoteca o al embargo y, por tanto, su futura enajenación forzosa es un riesgo ya latente en el momento de concertarse el contrato.

Asimismo, también quiebra el argumento que se sustenta en que el artículo 114 enumera unos motivos tasados de resolución del contrato de arrendamiento, entre los que no se encuentra la enajenación forzosa del inmueble a consecuencia de un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador,

---

(39) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», *op. cit.*, pág. 112. Este autor considera que como la normativa de la anterior LAU era confusa, la solución más conveniente, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, hubiera sido la de considerar que en la anterior regulación existía una laguna legal en cuanto al régimen de los arrendamientos urbanos en caso de apremio y, por consiguiente, aplicar el artículo 13 de la LAU de 1994 a dichos casos por analogía.

(40) El artículo 57 de la LAU de 1964 establece el derecho de prórroga forzosa frente a todo tercero que *sucedá* al arrendador, ahora bien, mientras que en la venta voluntaria el adquirente es un sucesor pleno del vendedor, en la venta forzosa el adjudicatario tan sólo sucede al ejecutado en cuanto a la situación jurídica que éste tuviera en la finca en el momento de constituirse la hipoteca (cfr. GINOT LLOBATERAS, F., «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, T. VIII, fasc. IV, 1955, pág. 1218. GIMENO-BAYÓN COBOS, R., «Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 637).

porque tampoco se enumeran en dicho precepto las causas generales de extinción de los contratos (nulidad, anulabilidad, rescisión) u otros motivos que han sido puestos de manifiesto en la doctrina (41), como son los casos de arrendamientos que fueron concertados por los padres de un menor sobre una finca propiedad de éste cuando llega a la mayoría de edad, o los supuestos de donación de finca urbana con prohibición de arrendar por tiempo determinado cuya infracción por parte del arrendador da lugar a la ineficacia del contrato. Asimismo, el artículo 7.2 de la LPH (art. 19.2 antes de la reforma acaecida por Ley 8/1999, de 6 de abril) también contempla la posibilidad de declarar la extinción de todos los derechos relativos a la vivienda que tenga el ocupante no propietario, así como su inmediato lanzamiento en el caso de que así se disponga por sentencia cuando éste desarrolle en el piso o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (42).

En cuanto a los arrendamientos que se rigen por el *Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica* (D.T. 1.<sup>a</sup> de la LAU de 1994) aunque no les resulta aplicable el régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 de la LAU de 1964, tampoco contienen previsión alguna respecto a la posible extinción del arrendamiento a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble, por lo que se plantea el problema de si es posible que subsista dicho arrendamiento (43), pues aunque su extinción sería lo más oportuno (44), la cuestión no resulta pacífica. De todos modos, si el

(41) Cfr. 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 *RCDI*, núm. 607, pág. 2234.

SANZ HEREDERO, J. D., «Subsistencia o extinción del contrato de arrendamiento tras la ejecución hipotecaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 711.

(42) Cfr. LA MONEDA DÍAZ, F., «Una causa de resolución de los contratos de arrendamientos urbanos en la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, año LVI, núm. 666, marzo de 2000, págs. 1857 a 1886.

(43) Sobre el particular, cfr.: FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», *op. cit.*, pág. 955, nota 48, y en «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles II. La vía de apremio*, *op. cit.*, pág. 110, nota 23.

(44) Cfr. 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)», *op. cit.*, pág. 2255. PAVEDA BERNAL, M. I., «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», *op. cit.*, pág. 917.

RDGRN de 19 de noviembre 1987 (RAJ 8737): «Parece hoy prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de los arrendamientos —cfr. sentencia de 31 de octubre de 1986 (RAJ 6022)—. Ésta es, sin duda, la

contrato de arrendamiento se concierta por el ejecutado con carácter indefinido o por un plazo previsiblemente superior al que ha de permanecer el bien en su poder, se ha entendido por la doctrina que debería extinguirse por manifiesto abuso de derecho (45).

En esta tesitura, se entiende que la solución que dio el artículo 13 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994, resulte, en cierto modo, halagüeña, pues al menos contempla expresamente los efectos que la resolución del derecho del arrendador produce sobre el arrendamiento.

No obstante, la existencia de una solución legal no supone que la misma sea justa, pues dicho precepto contiene, a nuestro modo de ver, numerosas lagunas e imperfecciones que diez años después de la promulgación de dicha ley sería necesario subsanar, ya que de poco sirve que el legislador haya previsto en la LEC normas procesales para resolver el problema de los terceros ocupantes de inmuebles que son objeto de enajenación forzosa si la normativa sustantiva existente al respecto no contempla una solución adecuada.

1. INSUFICIENCIAS Y DEFECTOS DE LA SOLUCIÓN CONTEMPLADA  
EN EL ARTÍCULO 13 DE LA LAU

a) *Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no traen causa de una hipoteca o de una sentencia de condena*

Estimamos criticable que el artículo 13 tan sólo establezca como un supuesto de resolución del derecho del arrendador «la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial», ya que olvida que un proceso de ejecución también puede tener su origen en otros títulos ejecutivos.

Además, el arrendador no sólo puede perder su propiedad sobre el bien por la venta forzosa del mismo en un proceso de ejecución, sino también a consecuencia de una sentencia que le condene a la entrega de la propiedad de un inmueble al demandante, pensemos, por ejemplo, en una acción reivindicatoria en la que se haya practicado la oportuna anotación preventiva de demanda. Bien es cierto que en estos casos se puede considerar injusto que subsistan, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años, los arrendamientos estipulados con posterioridad a la anotación preventiva de demanda,

---

solución más adecuada, al menos, para los arrendamientos que se concierten después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, puesto que ya no se impone a los contratantes que el arrendamiento haya de gozar de prórroga forzosa». En el mismo sentido la Resolución de 20 de noviembre de 1987 (RAJ 8738).

(45) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 248.

pero si esto se reputa injusto con el mismo calificativo debería tildarse el mantenimiento de un arrendamiento concertado con posterioridad a una hipoteca o a un embargo y en este caso la ley es de una claridad meridiana: «el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años».

A estos efectos, el artículo 704.2 de la LEC, en sede de ejecución de sentencias de entregar inmuebles, contempla la posibilidad de que el inmueble se encuentre ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan su utilización, estableciendo que se notificará a dichos ocupantes la ejecución o la pendencia de ésta para que en el plazo de diez días presenten los títulos que justifiquen su situación, pudiendo pedir el ejecutante el lanzamiento de los mismos, lo que se sustanciará conforme a lo que establecen los apartados 3 y 4 del artículo 675 para los casos en que el inmueble es vendido en pública subasta y el rematante interesa el desalojo de los ocupantes.

Huelga decir que entre estos supuestos y los contemplados en el artículo 13.1 de la LAU hay una evidente *eadem ratio* y donde existe la misma razón deben regir los mismos principios, sin que el silencio legal suponga que la *voluntas legislatoris* sea la de querer dar un tratamiento distinto a esta cuestión cuando el proceso de ejecución tenga su origen en otros títulos ejecutivos o cuando la resolución del derecho del arrendador se deba a una sentencia condenatoria de dar y no a la enajenación forzosa del bien. Por ello, compartimos las opiniones doctrinales (46) que, efectuando una interpretación extensiva del apartado primero del artículo 13, estiman que el evento determinante de la resolución del derecho del arrendador no sólo puede ser la enajenación forzosa de la finca, sino en general la privación del derecho de propiedad a consecuencia de un proceso judicial.

Esta opinión se encuentra avalada por el hecho de que la doctrina se cuestione el carácter de *numerus clausus* de los supuestos de resolución del derecho del arrendador contemplados en el artículo 13.1 de la LAU (47). A nuestro modo de ver, dichos supuestos constituyen un *numerus apertus*, es decir, una lista meramente ejemplificativa, ya que el legislador ha olvidado bastantes causas de resolución del derecho del arrendador (nulidad, anulación

---

(46) Cfr. LOZANO ROMERAL, D. y DE FUENTES BARDAJÍ, J., *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Praxis, S. A., Barcelona, 1994, pág. 169.

(47) Respecto a las distintas opiniones esgrimidas por la doctrina acerca de si el artículo 13.1 enumera un *numerus clausus* de supuestos de resolución del derecho del arrendador o tan sólo una lista ejemplificativa: cfr. GIRÁLDEZ BLANCO, J., «Oponibilidad del arrendamiento: los artículos 13, 14 y 29 de la LAU», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, págs. 224 y sigs.

o rescisión contractual, incumplimiento de una condición resolutoria, anulación o rescisión de una partición hereditaria, rescisión de la división de la sociedad de gananciales, revocación de una donación o reducción por inoficiosa, etc.) y lo cierto es que no existe ninguna razón para tratar estos casos de modo distinto a los que enumera el artículo 13.1 de la LAU (48).

A nuestro juicio, resultaría contrario al espíritu de la LAU que por el mero hecho de subastarse un inmueble arrendado en una ejecución que no tuviera su origen en una hipoteca ni en una sentencia judicial —como puede ser la de un título no judicial, un laudo arbitral, un auto de cuantía máxima, etc.— se haya de excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.1, pues ello supondría una grave vulneración del principio de igualdad, y lo mismo puede predicarse en el caso de que la pérdida del derecho del arrendador no sea consecuencia de una enajenación forzosa sino que se deba a una sentencia que le condene a entregar el inmueble a quien se lo haya reivindicado.

b) *Laguna legal: los arrendamientos para uso distinto a vivienda*

En segundo lugar, también resulta criticable que la LAU de 1994 haya obviado una solución específica para este problema en los casos de arrendamientos para usos distintos de vivienda, por lo que se plantea el problema de su subsistencia o extinción a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble en un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador.

Dicha laguna legal origina inseguridad jurídica, ya que, como ha puesto de manifiesto la doctrina (49), con la normativa actual existen varias interpretaciones posibles: una primera es considerar aplicable lo que se establece para las ventas no judiciales en el artículo 29 de la LAU («El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria»), lo que plantea el problema de que en algunos casos estarán mejor protegidos los arrendamientos para uso distinto de vivienda que los arrendamientos de vivienda, ya que en aquéllos el adquirente de la finca arrendada se subrogará en los derechos y obligaciones del arrendador por el plazo pactado, a menos que dicho adquirente sea de buena fe y haya adquirido a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades

---

(48) Cfr. MARTÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la LAU*. Coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Aranzadi editorial, Navarra, 1995, pág. 286.

(49) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», *op. cit.*, pág. 106 y sigs. «Problemática derivada de la posesión en la subasta judicial», en *Justicia*, núm. 1-2, 1998, pág. 27.

para transmitirlo, lo que en una enajenación forzosa no tendrá lugar cuando el rematante conozca por el anuncio de la subasta la situación posesoria del inmueble. Por consiguiente, siguiendo esta interpretación se puede dar la paradoja de que un contrato de arrendamiento de un local de negocio que date de fecha anterior a cinco años subsista tras la venta forzosa aunque no conste inscrito en el Registro, mientras que un arrendamiento de vivienda en estas mismas circunstancias se extinga.

Una segunda opción para cubrir esta laguna legal es considerar aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 13 de la LAU, con lo que se daría el mismo tratamiento a los arrendamientos de vivienda que a los que tuvieran distinto uso (50).

Asimismo, también cabría aplicar analógicamente el artículo 1.571 del Código Civil (51), el cual establece como norma general la extinción del arrendamiento a consecuencia de la resolución del derecho del arrendador, salvo pacto en contrario o lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 1.571 del CC) (52). El pacto a que se refiere dicho precepto no es el que pudiere existir entre arrendador y arrendatario, sino el pactado entre vendedor y comprador, el cual podrá configurarse como una cesión de contrato o como una estipulación en favor de tercero, por lo que dicho pacto resulta impensable en la adjudicación hipotecaria (53); sin embargo, sí que afectan al rema-

(50) En contra: cfr. SERRA I CAMÚS, M., «Finalización del arrendamiento urbano al extinguirse el derecho del usufructuario arrendador», en *RJC*, T. III, 2003, pág. 801. Este autor considera que el artículo 13 de la LAU no es aplicable a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, porque al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.3 del mismo texto legal, tales arriendos se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

(51) De esta opinión se muestra partidario UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II, *op. cit.*, pág. 3047.

(52) El artículo 1571 del Código Civil sigue el criterio del Derecho romano clásico establecido en la *Ley Emptorem*, el cual subsistió en el Derecho intermedio común, plasmandose en el aforismo *emptio tollit locatum* (venta quita renta). En los países de tradición germana se seguía la postura contraria: *Kauf bricht nich miete* (la venta no quita la renta). En España, Las Partidas continuaron la tradición romana, sentando como principio general el de «venta quita renta», así en la Ley 19, Título VIII de la Partida V se establecía: «Aviendo arrendado algun ome ó alogado á otro casa ó heredamiento á tiempo cierto, si el señor della la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprar bien puede echar della al que le fuera alogada; más el vendedor que gelo logo, tenuto es de tomarlo tanta parte del loguero, quanto tiempo fincaba que se devia della aprovechar» (cfr. ESTRADA ESTRADA, A., «Eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados», en *RCDI*, T. 1, 1989, pág. 423. LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V., «Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre», en *RCDI*, núm. 656, enero-febrero de 2000, pág. 138).

(53) Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, R., «Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 623.

tante las limitaciones que surgen de la legislación hipotecaria y así procede la subsistencia del arrendamiento que conste inscrito con anterioridad en el Registro de la Propiedad.

Por consiguiente, y dado que la diversidad de interpretaciones puede atentar contra el principio de seguridad jurídica y el derecho de igualdad de los justiciables, que dependerán de la opinión del concreto órgano judicial que resuelva el conflicto, lo más oportuno sería que el legislador se pronunciara al respecto cubriendo esta importante laguna normativa.

c) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro*

En tercer lugar, no consideramos justo que la LAU otorgue el mismo tratamiento a los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo que a los estipulados con anterioridad que no consten inscritos en el Registro de la Propiedad, pues en ambos casos si el inmueble es objeto de enajenación forzosa en un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador, el artículo 13 prevé su subsistencia por el tiempo que les falte para alcanzar el plazo de cinco años desde que se concertaron o desde que el inmueble se puso a disposición del arrendatario, sin perjuicio de la facultad de no renovación que, aunque la ley no lo especifica, tan sólo puede ejercitar el arrendatario.

A este respecto resulta paradójico que la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la LAU modificara el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria en aras de fomentar el acceso de los arrendamientos al Registro, pues con independencia de que consten o no en el mismo, se les otorga la misma protección durante los cinco primeros años, ya que subsisten tras la enajenación forzosa (54).

Por lo demás, resulta obvio que el *bonus fumus* de un arrendamiento no puede ser el mismo cuando recae sobre una finca embargada o hipotecada que cuando ha sido concertado con anterioridad a dicha afección; no obstante, la LAU les otorga el mismo tratamiento e incluso resultan más beneficiados los arrendatarios cuyos contratos hayan sido estipulados con posterioridad al embargo o a la hipoteca, pues al ser de fecha más reciente, el rematante se verá obligado a soportarlos durante un plazo mayor de tiempo. A estos efectos, resulta criticable que, a tenor de lo previsto en el artículo 13.1 de la LAU, un contrato de arrendamiento concertado un mes antes de la subasta deba

---

(54) Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V., «Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre», *op. cit.*, págs. 135, 136 y 161.

respetarse durante cuatro años y once meses, teniendo incluso el arrendatario un derecho de retracto frente al adquirente (55); y que, por el contrario, un contrato estipulado seis años antes del embargo deba extinguirse si no consta inscrito en el Registro de la Propiedad.

La subsistencia de un arrendamiento concertado con posterioridad a un asiento registral que denuncia la inestabilidad del título —como puede ser una hipoteca o una anotación preventiva de embargo— implica, incluso, una alteración de los principios registrales de buena fe y de inoponibilidad de los derechos no inscritos que se justifica en la necesidad de proteger al arrendatario durante un plazo de cinco años aunque sea a costa de sacrificar los principios registrales (56), resultando paradójico que la realización forzosa comporte la extinción de verdaderos derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y que, por el contrario, subsistan los contratos de arrendamiento posteriores por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años (57). Por consiguiente, no resulta ocioso preguntarse acerca de la justicia y la seguridad que puede haber en un ordenamiento en el que un derecho cede ante otro nacido con posterioridad cuya existencia no podía conocer el titular del primero en el momento de su constitución, ya que a pesar de que la subsistencia del arrendamiento tan sólo se predica en todo caso por cinco años, tal circunstancia, que convierte el problema real en un mal menor, no debe dejar de merecer un juicio negativo (58), pues aunque haya quien defienda que la solución esgrimida por el citado artículo 13 supone un retroceso en la protección conferida al arrendatario por la jurisprudencia (59), conceder una excesiva protección a éste puede

---

(55) STS de 6 de mayo de 1991 (RAJ 3566).

(56) Cfr. MARTÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la LAU*, *op. cit.*, pág. 286.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Ejecución de condenas de dar*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 257.

(57) A este respecto, la RDGRN de 24 de febrero de 2000 (*BOE* de 23 de marzo, RAJ 1048) establece: «No sería lógico que la ejecución hipotecaria comportara la extinción de verdaderos derechos reales de goce sobre la cosa, constituidos después de la hipoteca ejecutada, como el usufructo, la enfiteusis o la superficie (cfr. arts. 17 y 131.17 LH) y que, en cambio, debieran subsistir derechos a los que no corresponde tal carácter, y es que, en definitiva, aquel criterio de purga de las cargas posteriores no evidencia sino que el *ius distrahendi*, inherente a la hipoteca, determinará que la transmisión, en su caso, del bien o derecho gravado, se producirá con el alcance y contenido que este derecho tiene al tiempo de constitución de la hipoteca».

(58) POVEDA BERNAL, M. I., «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», *op. cit.*, págs. 940 y 948.

(59) Cfr. PRATS ALBENTOSA, L., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Coordinadores: Valpuesta Fernández, M. A., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 125.

traer consigo que las subastas queden desiertas y que las entidades de crédito endurezcan las condiciones para otorgar un préstamo hipotecario (60).

En esta tesitura procede cuestionarse si no hubiera sido más adecuado dar a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo el mismo tratamiento que a los arrendamientos otorgados por un usufructuario o un superficiario, los cuales se extinguen al término del derecho del arrendador (art. 13.2 de la LAU). Esta solución —que hace casi cincuenta años se propuso por la doctrina (61)— fue objeto de una enmienda al Proyecto de 1992; sin embargo, nuestro legislador prefirió optar por proteger al arrendatario, siguiendo la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo en aquel momento, la cual propugnaba el mantenimiento de los arrendamientos posteriores a la hipoteca aun que los mismos estuvieran sometidos a prórroga forzosa.

Lo cierto es que la subsistencia tras la subasta de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo puede propiciar el fraude, proliferando arrendamientos de bajas rentas concertados por el ejecutado con familiares o amigos en aras de defraudar las justas expectativas del ejecutante o de simular una situación posesoria que le permita no perder la posesión sobre el inmueble, lo que con razón se ha considerado por la doctrina (62) incoherente con los criterios de modernidad, competitividad y transparencia que deben impulsar la economía y con la necesidad de interpretar las normas bajo el prisma de la equidad, evitando interpretaciones que potencien el surgimiento de actuaciones fraudulentas (arts. 3.2, 6.4, y 7.2 del CC y 11 LOPJ).

Las consecuencias no deseadas que puede propiciar una interpretación literal de la ley que injustamente concede el mismo tratamiento a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro, ha llevado a la doctrina a intentar forzar la exégesis del artículo 13 en aras de conseguir una solución más adecuada. Así, se ha esgrimido (63) que la expresión del artículo 13.1: «*Si durante los cinco primeros años el derecho del arrendador quedara resuelto por...*» podría impli-

---

(60) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Ed. Forum, Oviedo, 2000, pág. 761.

(61) Cfr. MORO LEDESMA, S., «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca», en *ADC*, T. IX, 1956, pág. 1346.

(62) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, y algunas reflexiones sobre la misma», *op. cit.*, págs. 963 y 964.

FERRER GUTIÉRREZ, A., «Procedimiento de apremio (arts. 634 a 698)», en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*. Vol. II. Coordinadores: Martínez-Pardo y Loscertales Fuentes, 2.ª ed. Ed. Sepín.

(63) Cfr. ROJO AJURIA, L., «Comentario del artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Dirigida por Pantaleón Prieto, F. Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1995, pág. 186.

car que han de estar presentes dichas causas en el momento de la celebración del contrato de arrendamiento, por lo que la norma no comprendería los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo.

No obstante, y sin negar la virtualidad de dichos estos esfuerzos hermenéuticos, que no pretenden sino llegar a una solución más adecuada y equitativa, estimamos que la *ratio legislatoris*, al incluir la citada expresión en el artículo 13, no fue la de excluir de dicho precepto los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo, pues si ésta hubiera sido la intención del legislador no hubiese cambiado la redacción del texto definitivo en relación a como aparecía en los proyectos en donde se hacía mención a *arrendamientos otorgados por propietarios de finca hipotecada o que hubiera sido objeto de anotación registral de demanda o embargo*, de lo que se deducía claramente que la norma no comprendía los contratos de arrendamiento estipulados con anterioridad a la hipoteca o al embargo.

De todos modos, el Juez no puede verse compelido por el artículo 13 de la LAU a declarar la subsistencia, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años, de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo, pues aunque bien es cierto que el artículo 13 de la LAU establece que «en todo caso» ha de continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, esta expresión no puede interpretarse como una patente de curso del arrendatario, ya que es lógico pensar que el citado precepto sólo protege al arrendatario de buena fe y contra las actuaciones de mala fe es posible reaccionar con los medios generales que proporciona nuestra legislación (64).

De hecho, el propio TS ha establecido que si el contrato de arrendamiento es simulado o se ha celebrado con dolo o fraude se extingue (65) y el TC también viene denegando el amparo a los arrendatarios cuando aprecia dichas circunstancias (66), puesto que en estos casos no se está cuestionando la prevalencia de la ejecución sobre el arrendamiento sino elevando la cuestión a la teoría general sobre la eficacia y validez de los contratos (67).

---

(64) Cfr. ROJO AJURIA, L., «Comentario del artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 190 y 191.

(65) En la STS de 9 de mayo de 1996 (RAJ 3784) se declara que la doctrina defendida por dicho Tribunal de la subsistencia del arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca quiebra: «a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia [sentencia de 17 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7890)]; b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando en el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario».

(66) ATC 309/1994, de 14 de noviembre.

(67) Cfr. AYALA RODRÍGUEZ, M., «La situación del tercero arrendatario ante la ejecución hipotecaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 733.

El inconveniente en estos casos es probar dichas conductas fraudulentas, por lo que a estos efectos sería interesante para distinguir la posible confabulación o fraude entre arrendador y arrendatario tener en cuenta ciertos factores como la cuantía o la propia existencia de una renta real así como la fecha del arrendamiento, pues, aun siendo posterior a la hipoteca o al embargo, no es lo mismo que se estipule antes de su ejecución que una vez iniciado el procedimiento sumario o incluso celebrada la subasta y pendiente todavía la posesión judicial (68).

d) *Desprotección de los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo no inscritos en el Registro de la Propiedad*

El artículo 13.1 *in fine* establece que cuando el contrato de arrendamiento se ha pactado por una duración superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros el derecho del arrendador quedare resuelto por las causas que prevé dicho precepto, el arrendamiento se extinguirá, salvo que haya accedido al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador.

Si comparamos el apartado primero y el segundo del artículo 13.1 no se alcanza a comprender que, por un lado, se proteja al arrendatario —excesivamente a nuestro modo de ver— cuando el contrato de arrendamiento no haya alcanzado los cinco años de duración, declarando en todo caso su subsistencia aunque se haya concertado con posterioridad al embargo o a la hipoteca del inmueble y que, por otro lado, una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato, se le prive de toda protección (69), declarándose la extinción del arrendamiento, a menos que conste inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo (70). Ante

---

(68) Cfr. VELA TORRES, P. J., «Subsistencia de los arrendamientos urbanos tras la ejecución hipotecaria de la finca arrendada», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 721.

En parecidos términos: NUÑO DE LA ROSA AMORES, A. P., «Incidencias en ejecución de arrendamientos urbanos y otros problemas procesales», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, pág. 264.

(69) Sobre el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 de la CE: Cfr. HERRANZ CASTILLO, R., «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución», en *Diario La Ley*, núm. 5823, 14 de julio de 2003, págs. 1 a 5.

(70) Si el arrendamiento consta inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca subsistirá por la duración pactada. No dice la ley si serán posibles las prórrogas, aunque en principio se pueden considerar excluidas [cfr. SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 13», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Dirigidos por O'Callaghan. EDESA, Madrid, 1995, pág. 143].

esta previsión legal procede preguntarse si en realidad es más digno de protección un arrendatario cuyo contrato se haya concertado pocos días antes de la subasta del bien o un inquilino que lleve en el inmueble más de cinco años y cuyo arrendamiento no conste inscrito en el Registro, ya que, de seguir estrictamente el tenor de la ley, el primero subsistirá *en todo caso* tras la venta forzosa y el segundo se extinguirá por el mero hecho de no tener constancia registral.

Lo cierto es que la *ratio legis* del artículo 13 de la LAU viene a coincidir con la del artículo 1.549 del Código Civil, estableciendo implícitamente la conveniencia de inscribir los arrendamientos para poder producir efectos respecto a terceros por aplicación de los principios hipotecarios de oponibilidad, publicidad y prioridad (71). No obstante, el artículo 13 establece algunas matizaciones, pues durante los cinco primeros años del contrato protege en todo caso el arrendamiento con independencia de su constancia en el Registro y de que haya sido concertado con posterioridad a la concurrencia de ciertas circunstancias determinantes de la resolución del derecho del arrendador como una hipoteca o un embargo.

Por lo demás, y sin perjuicio de dichas previsiones legales, la tónica general es que los arrendamientos carezcan de publicidad registral e incluso se ha llegado a decir (72) que los contratos que se inscriben hay que mirarlos con cierta reticencia, ya que tal inscripción —un tanto *contra natura*— podría tener por norte una oponibilidad del arrendamiento en que el fraude estuviera presente.

Por lo tanto, cuando el contrato de arrendamiento haya superado el plazo de cinco años —bien por haberse estipulado un plazo mayor bien merced a las prórrogas— se extinguirá a consecuencia de la enajenación forzosa, sancionándose en exceso la falta de constancia registral.

La verdad es que procede preguntarse hasta qué punto resulta justo que se vea afectado un tercero —el arrendatario— a consecuencia de un proceso de ejecución dirigido contra otra persona —el arrendador— pues aunque la LEC le brinda la posibilidad de presentar el título en que fundamenta su posesión y defender sus pretensiones en el incidente previsto en los artículos 661 y 675, lo cierto es que sus alegaciones van a resultar vanas, ya que si del título posesorio que presenta resulta que su contrato de arrendamiento data de una fecha anterior a cinco años y que, además, no consta inscrito en el Registro, se extinguirá en todo caso a consecuencia de la enajenación forzosa aunque la duración pactada en el contrato sea muy superior.

---

(71) Cfr. VERGER GARAU, J., «Els arrendaments urbans en relació amb tercers. Els articles 13, 14 i 29 de la Llei 29/1994», en *RJC*, núm 3, 1997, pág. 735.

(72) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 168 y 169.

Por consiguiente, nos encontramos con que un tercero va a sufrir las consecuencias de un proceso en el que no ha sido demandado, siendo desalojado forzosamente del inmueble que posee igual que si hubiera recaído contra él una sentencia condenatoria de desahucio, pero con la diferencia de que en este caso el desalojo se habrá acordado en un simple auto dictado en un incidente sumario sustanciado en un proceso de ejecución ajeno. Bien es cierto que dicha Resolución no tiene efectos de cosa juzgada y que el arrendatario puede acudir a un juicio declarativo posterior para defender sus intereses (art. 675.4 de la LEC), pero también es verdad que de poco sirven dichas previsiones procesales, pues el derecho sustantivo es claro al respecto y si la duración del arrendamiento es superior a cinco años y no consta inscrito en el Registro se extingue en todo caso.

En esta tesitura no resulta extraño que en aras de proteger al arrendatario cuyo contrato de arrendamiento sea anterior al embargo pero no disponga de publicidad registral, la doctrina (73) haya procedido a efectuar una interpretación sistemática del artículo 13.1 *in fine* con el artículo 14.2 del mismo texto legal, el cual establece que si la duración del contrato de arrendamiento fuere superior a cinco años el adquirente de una finca arrendada se subrogará en la posición del arrendador por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la LH (74), estimándose que no hay razones para dar peor trato al arrendamiento no inscrito en el caso de que el inmueble se enajene en pública subasta que en el caso de compraventa ordinaria, por lo que se ha defendido que aunque el arrendamiento anterior al embargo no se hubiera inscrito, el adquirente de la vivien-

---

(73) Cfr. ROJO AJURIA, L., «Comentario del artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 187 y sigs.

En contra: FERNÁNDEZ MARTÍN, F., «Ejecución de sentencias y Registro de la Propiedad», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. VI. El Tribunal del Jurado: presente y futuro. Ejecución civil. Derecho de Circulación*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1997, pág. 484.

(74) Si el adquirente cumpliera los requisitos del artículo 34 de la LH, conforme a lo establecido en el artículo 14.2 *in fine*, sólo deberá soportar el arrendamiento durante el plazo que reste hasta cumplirse cinco años, teniendo el enajenante que indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo de cinco años, reste por cumplir.

Cfr. FUENTES LOJO, J. V., *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 (BOE del 25)*, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 86. Este autor considera que dicha indemnización no tendrá lugar si las partes, al constituirse el contrato, hubieran convenido expresamente que la enajenación de la vivienda produciría la extinción del arrendamiento, pues en tal caso aunque el adquirente de la vivienda vendría obligado a soportar el arrendamiento durante el tiempo que restara para el transcurso del plazo de cinco años, el primitivo arrendador no tendría que abonar cantidad alguna al arrendatario por la extinción del arrendamiento en cuanto al período de tiempo que excediera del plazo mínimo legal.

da arrendada debería subrogarse por la totalidad de la duración pactada, salvo que reuniera los requisitos del artículo 34 de la LH, los que resultan de difícil concurrencia porque el adquirente del artículo 34 es ante todo un adquirente de buena fe desconocedor de la propia existencia del arrendamiento y el rematante conocerá dicha circunstancia por el anuncio de la subasta, máxime teniendo en cuenta que el mismo data de una fecha anterior a cinco años.

A nuestro juicio, y sin perjuicio de negar la virtualidad de dichos esfuerzos hermenéuticos, estimamos que resultan demasiado forzados y que no se deducen de la *voluntas legislatoris*.

e) *Concesión del mismo tratamiento legal a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro que a los posteriores a la traba que constan inscritos antes de la anotación preventiva de embargo*

Finalmente, y sin ánimo de ensañarnos con el párrafo primero del artículo 13 de la LAU, aunque éste sea el quinto aspecto que estimamos criticable, consideramos injusto que se otorgue la misma protección a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro de la Propiedad que a los posteriores cuya constancia registral sea anterior a la anotación preventiva de embargo, ya que en ambos casos subsistirán por la duración pactada, pues el artículo 13.1 así lo establece cuando prevé que el arrendamiento continuará si ha accedido al Registro de la Propiedad *con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador*, por lo que la doctrina (75) entiende que en caso de divergencia entre la fecha del contrato y la de la inscripción registral hay que estar a esta última.

La anotación preventiva de embargo no tiene carácter constitutivo, existiendo la traba desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción del bien en el acta de la diligencia de embargo (art. 587 de la LEC). Por consiguiente, puede ocurrir que el arrendamiento sea posterior al embargo pero anterior a la anotación preventiva de embargo y en estos casos si el rematante o el ejecutante prueban en el incidente sumario previsto en la LEC que el tercero conocía la traba, estimamos que el arrendamiento deberá extinguirse transcurridos los cinco primeros años del mismo, siguiendo la norma general prevista para los arrendamientos posteriores al embargo; sin perjuicio de que dicho arrendamiento deba extinguirse tras la venta forzosa si se consigue probar que se concertó con fraude.

---

(75) Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *LAU. Comentario articulado*, 2.ª edición actualizada conforme a la nueva LEC. Comares editorial, Granada, 2001, pág. 101.

Procede reseñar que este problema difícilmente se planteará en los supuestos de fincas hipotecadas, pues la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo, ya que dicha carga tan sólo cobra existencia desde el momento en que consta registralmente. No obstante, puede ocurrir que el arrendatario conozca la escritura de la hipoteca antes de su inscripción registral y en estos casos, de evidente fraude de ley, en modo alguno puede declararse subsistente el arrendamiento por la duración pactada (76).

## V. CONCLUSIONES

En suma, procede concluir que en principio resulta loable que los artículos 661 y 675 de la LEC prevean un incidente sumario para que el ejecutante o el rematante puedan instar en el propio proceso de ejecución el rápido desalojo de los terceros ocupantes del inmueble subastado, a los que se otorga la posibilidad de defender sus intereses presentando los títulos que justifiquen su derecho a continuar en la posesión, sin perjuicio de que dicha cuestión pueda ser objeto de un juicio plenario posterior.

No obstante, estimamos que por medio de estos cauces procesales no siempre se obtienen resultados justos, ya que el derecho sustantivo adolece de múltiples lagunas e imperfecciones en esta materia. Así, si el inmueble se encuentra ocupado por un arrendatario, de poco va a servir al rematante o adjudicatario que la LEC le permita instar en el propio proceso de ejecución el desalojo del tercero ocupante, siendo que, de conformidad con el artículo 13.1 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994, ha de soportar —por el tiempo que falte para alcanzar cinco años— el contrato de arrendamiento estipulado por el ejecutado, aun cuando éste se haya concertado con posterioridad a la hipoteca o el embargo y su existencia no figure tan siquiera en los edictos de la subasta, por no ser conocido en aquel momento (pues la LEC no contempla mecanismos eficaces para su averiguación) o por haberse concertado ulteriormente.

Además, aun resulta más alarmante que a tenor de lo previsto en el artículo 13.1 *in fine* de la LAU, deban subsistir por la duración pactada, los arrendamientos posteriores al embargo que hayan accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo, ya que

---

(76) A estos efectos, el Tribunal Supremo declaró en su sentencia de 3 de octubre de 1986 (RAJ 6022), que «es cierto que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo del derecho real, pero ello no autoriza para que los otorgantes y sus causahabientes (entre los que se halla el recurrente) desconozcan esa fecha de la escritura y se constituya un arrendamiento posterior que pretenda dejar ineficaz el efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor».

dicha previsión legal parece abrir la puerta a conductas fraudulentas por parte del deudor, proliferando arrendamientos de baja renta concertados con familiares o amigos que incluso pueden tratar de simular una situación posesoria que permita al ejecutado no perder la posesión sobre el inmueble. En estos casos si el rematante o el adjudicatario pretende lograr el desalojo del arrendatario no le quedará más remedio que tratar de probar el carácter simulado o fraudulento del contrato de arrendamiento, lo cual puede resultar harto difícil.

Por el contrario, el artículo 13.1 de la LAU no ampara los intereses de los arrendatarios que habiendo concertado su contrato en fecha anterior al embargo, posean el inmueble desde hace más de cinco años. En estos supuestos poco importará a dichos ocupantes que la LEC les otorgue la posibilidad de defender sus pretensiones en el propio proceso de ejecución o en un juicio declarativo posterior, ya que legalmente se prevé la extinción del arrendamiento a consecuencia de la enajenación forzosa cuando el mismo no tenga constancia registral, resultando criticable que un tercero sufra las consecuencias de un proceso de ejecución ajeno, viéndose obligado a desalojar la vivienda que ocupa antes del plazo pactado.

M.<sup>a</sup> JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN  
Doctora en Derecho Procesal

# El seguro de títulos de propiedad (1)

*SUMARIO:* 1. NATURALEZA DEL SEGURO DE TÍTULOS: 1.1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA. 1.2. COMPONENTE DOMINANTE: PREVENCIÓN O «ASSURANCE». 1.3. COMPONENTE SECUNDARIO: «INSURANCE». 1.4. PROCEDIMIENTOS. 1.5. TIPOS Y COBERTURAS DE LAS PÓLIZAS.—2. ORGANIZACIÓN DEL SECTOR: 2.1. TIPOS DE ASEGURADORAS Y CANALES DE DISTRIBUCIÓN. 2.2. «TITLE PLANTS» Y FUNCIÓN DE COSTES. 2.3. ECONOMÍAS DE ESCALA. 2.4. ECONOMÍAS DE ALCANCE. 2.5. EL IMPORTE DE LAS PRIMAS. VOLATILIDAD DE LOS RESULTADOS Y COSTES FIJOS.—3. REGULACIÓN PÚBLICA: 3.1. IDEA GENERAL: EXCLUSIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN ESTATAL. 3.2. COMPETENCIA EN COMISIONES («REFERRALS, REVERSE COMPETITION Y CONTROLLED BUSINESS»). 3.3. PRIMAS CRECIENTES CON LA CUANTÍA. 3.4. CESIÓN DE PÓLIZAS («ASSIGNMENT OF POLICIES»). 3.5. RENOVACIÓN DE PÓLIZAS («REISSUE POLICIES»). 3.6. SUBVENCIÓN DE PEQUEÑOS CLIENTES. 3.7. SOLVENCIA.—4. EL FUTURO DEL SEGURO DE TÍTULOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: 4.1. LA ESTANDARIZACIÓN DE LAS TRANSACCIONES RESIDENCIALES. 4.2. MAYOR COMPETENCIA E INTEGRACIÓN.—5. EL SEGURO DE TÍTULOS FUERA DE LOS ESTADOS UNIDOS: 5.1. PRETENSIONES Y LOGROS DEL SEGURO DE TÍTULOS ESTADOUNIDENSE. 5.2. EVIDENCIA INTERNACIONAL. 5.3. ESPAÑA: SEGURO ACTUARIAL Y «ENFORCEMENT» DE LA RESPONSABILIDAD.—6. FUNCIÓN Y PERSPECTIVAS DEL SEGURO DE TÍTULOS EN DISTINTOS ÁMBITOS JURISDICCIONALES: 6.1. MERCADO POTENCIAL. 6.2. CARÁCTER ACTUARIAL. 6.3. EFECTOS DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MÁS EXIGENTE. 6.4. POSIBILIDADES DE INTEGRACIÓN VERTICAL.—7. CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.—8. ANEXOS: COBERTURA Y EXCLUSIONES DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE TÍTULOS COMERCIALIZADA EN ESPAÑA POR GÉNESIS-METLIFE: 8.1. RIESGOS CUBIERTOS. 8.2. RIESGOS EXCLUIDOS.

---

(1) Versiones preliminares de este trabajo fueron presentadas en el XIII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral y en el Noveno Seminario Conjunto de la European Association of Law and Economics y la Geneva Association. El autor agradece los comentarios recibidos de MIKE CALDER, GONZALO FERNÁNDEZ DE MESA, WILLIAM W. FISHER, NUNO GAROUPA, PHILIP E. KEEFER, FREDRICK M. KERR, MICHAEL JOHNSON, KEREN LAVELLE, NELSON R. LIPSHUTZ, JAMES R. MAHER, BRUCE A. MCKENNA, FERNANDO MÉNDEZ, THOMAS W. MERRILL, STEPHEN MOULTON, PAMELA O'CONNOR, JOYCE D. PALOMAR, CELESTINO PARDO, MALCOLM PARK, CHRIS PARSONS, REIMUND SCHWARZE y GÖRAN SKOGH, así como la colaboración de RAFAEL NIELL en la recogida de los datos en que se basa el análisis de la expansión internacional del seguro de títulos. Ninguna de estas personas es responsable de las opiniones y posibles defectos que pueda contener el trabajo.

## 1. NATURALEZA DEL SEGURO DE TÍTULOS

### 1.1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

El «seguro de títulos» (*title insurance*) (2) consiste en un contrato por el cual una entidad aseguradora se compromete a indemnizar al titular de un derecho real en caso de que el título asegurado se demuestre defectuoso y a asumir, en su caso, la defensa jurídica de dicho título. Como veremos, este tipo de seguro tiende a surgir en aquellas jurisdicciones en las que se dan dos condiciones. Por un lado, el sistema legal exige publicidad de las transacciones sobre derechos reales, por lo cual es posible conocer los títulos que acreditan los derechos y las cargas que gravan la propiedad, mediante el acceso a un Registro Público (3). Sin embargo, por otro lado, la calidad de los derechos, así evidenciados, es incierta. Los adquirentes de inmuebles y, sobre todo, los acreedores que prestan con garantía hipotecaria (4), suelen demandar este seguro para cubrirse de forma más efectiva contra los defectos y cargas que puedan padecer los títulos.

En su versión actual (5), el seguro de títulos aparece en los Estados Unidos en el último tercio del siglo XIX (6). Se suelen dar al respecto fechas contradictorias, lo que puede ser sintomático de que aparece de forma progresiva en el tiempo y casi simultánea en el espacio. Algunas fuentes señalan como antecedente la creación, en 1853, de la primera organización aseguradora de títulos de propiedad, la Law Property Assurance and Trust Society. Existe coincidencia, sin embargo, en que la demanda explota tras una sentencia judicial (*Watson v. Muirhead* 57 Pa 161) que limitó la responsabilidad profesional de un agente mediador en un caso de evicción juzgado en el

---

(2) Todo a lo largo del trabajo incluiremos numerosos términos foráneos, con objeto de facilitar y alcanzar una mayor precisión en el estudio comparado de las instituciones de los diversos países.

(3) Ya se trate de un mero registro de documentos, como en Francia y Estados Unidos, o de un registro de derechos, como los de Alemania, Australia, España o Inglaterra. Sobre la naturaleza de ambos tipos de registros, véase ARRUÑADA (2003).

(4) A menudo, también los arrendatarios por más de diez años (JACOBUS, 1999, pág. 117).

(5) Un antecedente del actual seguro de títulos es la antigua «fianza de saneamiento», por la cual, antes de desarrollarse los sistemas registrales modernos, un tercero solía avalar personalmente la garantía de evicción que proporcionaba el vendedor. Esta práctica se remota, a su vez, a la existente en aquellos pueblos primitivos en los cuales la garantía personal se extendía no sólo al individuo sino a su familia o clan, incluyendo tanto a las miembros contemporáneos como a sus sucesores, pues las deudas impagadas no se extinguían con el tiempo (HOEBEL, 1979, págs. 107 y 231).

(6) Se siguen aquí principalmente los capítulos iniciales de BURKE (2000) y PALOMAR (2000). Véanse también BOSTICK (1987, págs. 72-3), JACOBUS (1999, págs. 115-20), JOHNSON (1966), VARGAS (1994, págs. 89-95) y ALTA («Title Insurance-The Beginning», pág. 1).

Estado de Pennsylvania en 1868. Como este caso puso de relieve, las pérdidas que un adquirente incurría por defectos en los títulos de propiedad eran recuperables sólo si se demostraba la negligencia del abogado que había intervenido y dictaminado el título. Pocos años más tarde, tras promulgarse una ley estatal que vino a autorizar las compañías aseguradoras de títulos en dicho Estado, un grupo de intermediarios inmobiliarios o *conveyancers* creó en 1876 en Philadelphia la primera aseguradora de títulos propiamente dicha. Pronto le siguen muchas otras en las áreas urbanas, hasta que a finales del siglo XIX el sector había adquirido ya cierta importancia, justo en los años en que en la mayor parte del mundo desarrollado se generalizaban los registros de derechos que, al menos intencionalmente, hacen innecesario el seguro.

Desde sus orígenes, el seguro de títulos se caracteriza por proteger al asegurado contra siniestros en los que no haya habido negligencia por parte de quienes hayan intervenido en el proceso de transmisión (*no-fault protection*). El seguro también cubre el riesgo de que esos agentes, aun siendo responsables, no sean solventes. Las dos diferencias esenciales en la protección que en los Estados Unidos proporciona el seguro de títulos respecto al más tradicional de abogados y *abstracters* se centran así en su mayor cobertura y en su mejor ejecutividad o *enforcement*. Por un lado, el seguro cubre más riesgos, ya que el asegurador se responsabiliza de los daños aunque no exista negligencia en el dictamen del título (7). Por otro lado, el asegurador ofrece un mejor cumplimiento, ya que está obligado a pagar la indemnización sin necesidad de litigar contra él. Además, suele ser más solvente y es responsable por un período más largo de tiempo y no sólo frente al cliente, sino también frente a sus herederos (8).

En un principio, el seguro era, pues, independiente del examen de los títulos, funcionando como una garantía suplementaria a la que ya proporcionaba al cliente la responsabilidad profesional del abogado. Más tarde, sin embargo, las aseguradoras integraron verticalmente otras funciones: las desarrolladas por los *abstracters*, como el desarrollo y mantenimiento de ficheros paralelos (*title plants o title factories*); el cierre de las transacciones; y, de forma más bien implícita, el dictamen jurídico.

---

(7) Riesgos cubiertos por el seguro y que no lo estarían por la responsabilidad profesional del abogado: «mistakes in the interpretation of wills or other legal documents; impersonation of the owner; forged deeds, mortgage releases, etc.; instruments executed under fabricated or expired power of attorney; deed delivered after death of grantor or grantee with or without consent of grantor; undisclosed or missing heirs; wills not probated; deeds or mortgages by those mentally incompetent, of minor age, or supposedly single but actually married; birth or adoption of children after date of will; mistakes in the public records; lack of jurisdiction over persons in legal proceedings affecting title; falsified records; confusion from similarity of names; transfer of title through foreclosure sale where requirements of foreclosure statute have not been strictly met» (ALTA, «Title Insurance-The Benefits», pág. 2). Véase también CRIBBET (1975, págs. 296-7; 318-21).

(8) Véase PALOMAR (2000, págs. 1-33 a 1-39).

Aunque en puridad las aseguradoras no se encargan de dictaminar sobre la validez del título (*title opinion*), de hecho han venido a hacer innecesario el dictamen jurídico en las operaciones ordinarias. El motivo es que, pese a que tal vez proporcionen peor información jurídica (como se critica, sobre todo, respecto a las excepciones de la cobertura de las pólizas), esa información jurídica no es de mucho valor en transacciones sencillas. Además, el seguro ofrece mejor protección económica de los riesgos que sí están cubiertos por la póliza. En la actualidad, sólo en algunas jurisdicciones estadounidenses se adquiere el seguro a través del abogado que dictamina el título. Para la mayoría de las transacciones residenciales, ambas funciones están, en cambio, integradas en una compañía de títulos (sección 2.1), por mucho que ésta no dictamine formalmente los títulos a sus clientes, sino que su dictamen tenga sólo valor interno. Esta pérdida de funciones ha perjudicado a los abogados especializados en asuntos inmobiliarios. Su oposición dio lugar a que algunos estados adoptasen regulaciones restrictivas.

En sus primeros tiempos, las aseguradoras formaban parte generalmente de grupos financieros. En épocas posteriores, se crearon aseguradoras a iniciativa de empleados de bancos y cajas de ahorro, en los años 1920 y 1930; y, más recientemente, de agentes inmobiliarios y bancos (BURKE, 2000, págs. 1-31). La gran expansión del sector se produjo tras la Segunda Guerra Mundial. El factor decisivo parece haber sido la demanda de garantías por parte de los acreedores y, en especial, por los inversores hipotecarios, a menudo compañías de seguros de vida (9). Se cree que hacia finales del siglo XX se contrataba seguro de títulos en un 85 por 100 de las compraventas residenciales de los Estados Unidos (WEBSTER, 1999a).

En buena medida, esta demanda por parte de los acreedores se deriva de la que ejercen los adquirentes de créditos hipotecarios en el mercado secundario, quienes exigen una elevada estandarización en cuanto a la calidad de los títulos que sirven de garantía (10). Adicionalmente, han favorecido el

---

(9) Véanse CRIBBET (1975, págs. 318 y 320), ROSENBERG (1977, pág. 199) o VILLANI y SIMONSON (1982), quienes llegan a afirmar que «its essential service is to convey to national markets the quality of locally produced title searches» (pág. 266).

(10) En este sentido, cabe pensar que en la demanda de seguro de títulos en los Estados Unidos no sólo ha influido la deficiente y heterogénea calidad de los registros públicos, sino también la peculiar estructura de su sistema financiero y, en concreto, el carácter local de muchos bancos. En Europa, se desarrollan desde la segunda mitad del XIX prestamistas hipotecarios de ámbito nacional. En cambio, gran parte del sistema financiero de los Estados Unidos estuvo asentado sobre bases locales, como consecuencia de las leyes que restringían la actividad de los bancos fuera de su estado de origen o de su localidad (prohibiciones de *interstate banking* e, incluso, reglas de *one branch banking*). Debido a su mayor conocimiento de los participantes en cada mercado, estos bancos locales o regionales tenían escasas dificultades para alcanzar el grado de seguridad necesaria. Cuando, tras la segunda guerra mundial, se desarrolla el mercado secundario de

desarrollo del seguro de títulos otros factores, entre los cuales se señalan en la literatura los siguientes: la mayor eficiencia que las aseguradoras alcanzaron en el manejo de sus registros, sobre todo en las grandes ciudades (11); su activa promoción comercial (JOHNSTONE, 1957, págs. 49-93, según CRIBBET, 1975, pág. 320); y la ventaja comparativa de las aseguradoras para asumir, sobre bases puramente actuariales, los riesgos relativos a dudas de interpretación que no compensa clarificar *ex ante* (JACOBUS, 1999, págs. 119-120).

En esencia, la evolución del sector parece haber estado dirigida por la del mercado de crédito hipotecario (al igual que en Europa, por lo demás, donde los registros públicos se crean para hacerlo posible). A diferencia de los Registros europeos, sin embargo, fue el mercado secundario de hipotecas y no el primario el que favoreció el desarrollo del seguro de títulos. Las transacciones privadas de inmuebles demandan seguridad y las secundarias (en las que versan sobre hipotecas, son aquéllas en que se concede un crédito empleando como garantía una cartera de créditos hipotecarios) requieren una seguridad estandarizada para convertir los créditos hipotecarios en *commodities*. Como, en los Estados Unidos, los sistemas jurídicos públicos (que, en esta área tienen ámbito estatal y local) no proporcionan esa seguridad estándar, la iniciativa privada la produce mediante una fórmula contractual. En el mercado primario de hipotecas, los demandantes de seguridad son locales y su demanda se puede satisfacer con expertos locales. Sin embargo, más tarde, con el desarrollo del préstamo a distancia y del mercado hipotecario secundario, se requiere una seguridad de calidad más uniforme y fiable, idónea para contratar entre extraños. El seguro de títulos vino a satisfacer estas necesidades.

## 1.2. COMPONENTE DOMINANTE: PREVENCIÓN O «ASSURANCE»

Lo característico del seguro de títulos es que la mayor parte de los riesgos cubiertos ya han ocurrido cuando se emite la póliza (12). Es más, una de las

---

hipotecas, explota con él la demanda del seguro de títulos, para proporcionar un grado uniforme de seguridad a agentes contractuales que a menudo operan a distancia y casi siempre con un mayor grado de anonimato personal.

(11) JANCZYK (1979) argumenta que el seguro de títulos se vuelve una solución menos costosa que la búsqueda individual en los archivos públicos y el uso de *abstracts* a medida que aumenta la complejidad de las transacciones y, en concreto, el número de fincas y el de anteriores propietarios.

(12) «Most forms of insurance protect against events which develop after the policy was issued. Title insurance, conversely, indemnifies the insured against claims which are asserted after its effective date, but only to the extent they were caused by liens, encumbrances or other title defects which existed prior to the policy's effective date» (PALOMAR, 2000, págs. 4-10). La única excepción se refiere a la cobertura desde 1998 de ciertos riesgos posteriores en pólizas residenciales (págs. 1-25).

cláusulas estándar excluye de cobertura todos aquellos defectos derivados o creados con posterioridad a la fecha de la póliza. Este hecho lo diferencia notablemente de la mayor parte de los demás seguros. En otras ramas del sector asegurador, el tipo de seguro más habitual es el de asunción de riesgos (*risk assumption*), en el que, a cambio de una prima, el asegurado se cubre contra un riesgo futuro e incierto. Por el contrario, el seguro de títulos cubre contra riesgos asociados a hechos ya acaecidos, pero desconocidos en el presente, y que en el futuro pueden ser o no descubiertos.

Por ello, más que en asumir riesgos (*risk taking*) o en compensar pérdidas (*loss compensation*), la actividad de las aseguradoras se centra en identificar los posibles defectos, con el fin de evitarlos o instar su eliminación (estrategia que en el sector se conoce como de prevención o evitación de pérdidas, *loss avoidance*). El fundamento del seguro de títulos no es pues el diversificar riesgos, sino el proveer incentivos potentes que estimulen a los profesionales a filtrar los riesgos preexistentes y garanticen la calidad en la liquidación de operaciones, evitando así la emergencia de nuevos riesgos. El seguro de títulos viene así a reducir los costes de transacción mediante la nueva información que produce y la eficacia que añade a la responsabilidad profesional. Como veremos, esto se consigue tanto directamente, cuando los aseguradores integran estas funciones, como indirectamente, cuando su papel se limita a hacer cumplir la responsabilidad de otros proveedores (13).

El que el seguro de títulos cubra riesgos pasados implica que el peligro de riesgo moral (oportunismo mediante actos posteriores a la suscripción de la póliza) por parte de los clientes sea pequeño, a diferencia de lo que sucede en otros tipos de seguros. Por el contrario, es susceptible, en principio, de sufrir un grado notable de selección adversa o «antiselección» (los peores riesgos son los más proclives a contratarlo) (14). Por este motivo, una política

---

(13) Este análisis del seguro de títulos se sitúa así dentro de la teoría explicativa de los seguros basada en los costes de transacción (véase SKOGH, 2000, para una revisión). En los Estados Unidos, el seguro de títulos reduce los costes de transacción directamente, al asignar el papel de titular residual al especialista que produce la información y los servicios de apoyo. Veremos que, en Europa, el papel del asegurador se centra más bien en mejorar la posición negociadora de la parte asegurada (lo que entronca parcialmente con KIRSTEIN, 2000). Este análisis contrasta con el punto de vista implícito en BAKER *et al.* (2002), quienes consideran erróneamente las primas del seguro de títulos como un mero indicador del riesgo *a posteriori*.

(14) Se trata de selección adversa por tratarse de una conducta basada en una ventaja informativa anterior al contrato. A veces, se ha catalogado como riesgo moral (por ejemplo, LIPSHUTZ, 1994, pág. 74), quizá con base en la naturaleza poco ética de las prácticas a que da lugar, a menudo fraudulentas y con frecuencia consistentes en la hipoteca de una finca ya previamente hipotecada. Pese a que, en los Estados Unidos, la exigencia de seguro por el mercado hipotecario ha reducido mucho este problema en las pólizas de acreedor, sigue siendo un factor fundamental en su versión fraudulenta. Veremos que, en Europa, algunas compañías intentan contenerlo mediante contratación en grupo.

consistente en asegurar el título sin examinarlo tropezaría con graves dificultades. En especial, induciría todo tipo de fraudes. Por ejemplo, los deudores insolventes podrían vender sus fincas hipotecadas sin grandes dificultades, pues el seguro indemnizaría a los adquirentes cuando los acreedores hipotecarios ejecutasen el embargo.

Por todo ello, si bien la compañía aseguradora no es, en principio (15), responsable de la búsqueda y, por tanto, podría, en teoría, suscribir un seguro sobre bases puramente actuariales, sin examinar a fondo el título asegurado, su propio interés le llevará a evaluar —por sí misma o por tercero— los riesgos que asegura.

Esta necesidad de investigar explica que las indemnizaciones pagadas representen relativamente una cuantía reducida dentro de los gastos totales de las compañías, pues éstas tienen incentivos para desarrollar medios de todo tipo que favorezcan el descubrimiento anticipado y el consiguiente saneamiento de defectos en los títulos, con anterioridad a su aseguramiento, gastando en ello los recursos que sean necesarios (véase la Tabla 1) (16).

TABLA 1  
LA IMPORTANCIA DE LAS INDEMNIZACIONES Y LOS GASTOS  
DE EXPLOTACIÓN EN DIVERSAS RAMAS DEL SECTOR DE SEGUROS  
ESTADOUNIDENSE

Rama	Promedio del período 1968-1994 <sup>a</sup>		Promedio del período 1989-1999 <sup>b</sup>	
	Indemni- zaciones / Ingresos (%)	Gastos de explotación / Ingresos (%)	Indemni- zaciones / Ingresos (%)	Gastos de explotación / Ingresos (%)
Seguro de títulos	6,6	90,1	7,2	92,3
Incendios y maquinaria, sociedades	40,0	54,9	50,3	46,7
Fianzas, sociedades	44,3	49,6	29,4	45,9
Propiedad y accidentes, mutuas	76,2	28,7	81,5	23,1
Propiedad y accidentes, sociedades	79,2	22,7	79,0	28,4

Fuentes: <sup>a</sup> ALTA (1996, pág. 18). <sup>b</sup> A. M. BEST (2000, pág. 9).

(15) La aseguradora puede, no obstante, ser juzgada responsable por negligencia si no examina bien la calidad del título, en cuyo caso la compensación que habría de pagar excedería la cobertura contratada en la póliza (CRIBBET, 1975, pág. 296). Sin embargo, en aproximadamente la mitad de los estados el agente que hace la búsqueda y vende el seguro sólo es responsable ante el asegurador o *underwriter* del seguro, pero no ante el propietario o prestamista que lo adquiere (PALOMAR, 2000, capítulo 12). Sobre este asunto, véase también JENNINGS (1997).

(16) La importancia de los pagos por indemnizaciones es muy variable entre los distintos estados. En el período 1992-1998, una de las mayores aseguradoras (la Chicago

El reducido porcentaje de indemnizaciones que paga el seguro de títulos ha sido objeto de una crítica fácil, que olvida su función preventiva (17). Argumentos como estos llevaron a que la legislatura del estado de Iowa prohibiese la venta de seguros de títulos en 1949, animada, al parecer, por la asociación de abogados (BURKE, 2000, págs. 1-11). En una litigación subsiguiente, se pudo comprobar que la compañía encausada no había tenido que pagar una sola indemnización en el estado de Iowa, pese a haber percibido 370.000 dólares de primas asociadas a pólizas suscritas en ese estado (KURTZ y HOVENKAMP, 1988, pág. 1210). No obstante, los operadores del mercado secundario de hipotecas siguen requiriendo seguro a los títulos sobre fincas ubicadas en Iowa, y, al menos, seis aseguradoras sirven dicho mercado. También se ha creado un programa público para proporcionar seguros y reaseguros (18).

### *Evitación de riesgos e integración vertical*

El énfasis en la evitación de riesgos explica que tiendan a integrarse verticalmente la producción de información sobre el título y su aseguramiento. Al cubrir estas pólizas riesgos anteriores a su contratación, adquieren la mayor importancia las actividades de búsqueda dirigidas a producir información y evitar una eventual selección adversa de los peores riesgos. Nadie tiene mejores incentivos para evitar el riesgo que el asegurador, que es quien, llegado el caso, habrá de pagarlo. Por eso, es el asegurador quien acaba gobernando el proceso, sin perjuicio de que utilice fórmulas diversas para organizarlo, desde sucursales a agentes independientes, como se explica más adelante. Como consecuencia, sería erróneo pensar que el seguro de títulos proporciona hoy (al contrario que en sus orígenes) mera seguridad económica *ex post* pero no seguridad jurídica *ex ante*, pues no se limita a indemnizar al

---

Title Insurance) pagó indemnizaciones equivalentes al 9,2 por 100 de sus ingresos en el estado de Illinois pero sólo del 1,5 por 100 de los ingresos en el de Ohio (según datos de la compañía tomados de FUENTES LÓPEZ, 2000). Esta variabilidad, que no se explica por diferencias en el ciclo de vida del negocio, podría deberse a múltiples factores jurídicos (calidad del derecho inmobiliario, funcionamiento de los registros), económicos (ciclo de actividad, importancia de las transacciones comerciales) y geográficos (importancia relativa del medio rural).

(17) Un ejemplo: «The amount of the title insurance screwing can be calculated from the industry's figures. The average cost of the title insurance, a one-shot payment, is \$129. Title insurers pay put 2.5 per cent of their income in claims. That gives us \$3.22 as the average value of that \$129 policy. The rest, just short of \$126, minus a bit for overhead, is expert make-work. Although not a major screwing for the average man because it happens so seldom, from the industry's point of view it comes fairly close to the ideal of selling a service and providing nothing at all in return» (D. HAPGOOD, en *The Screwing of the Average Man* [1974], citado en KURTZ y HOVENKAMP [1988, pág. 1203]).

(18) Véanse, al respecto, LIPSHUTZ (1994, págs. 76-66) y PALOMAR (2000, págs. 1-11).

asegurado, sino que motiva la depuración privada *ex ante* de los defectos en los títulos y la litigación consiguiente *ex post* (19).

Proporciona un indicio empírico revelador a este respecto el hecho de que el conflicto de intereses más grave en el seguro de títulos sea el que se plantea en la fase de distribución, a causa de los fraudes que están en situación de cometer los empleados y agentes cuando entran en colusión con los clientes. Las compañías estadounidenses han padecido numerosos fraudes de este tipo, hasta el punto de que constituye una fuente importante de pérdidas, tanto que ha llegado a suponer hasta el 26 por 100 de las pérdidas totales incurridas en algunas regiones (20). En este sentido, el fraude más típico consiste en engañar al acreedor de una segunda hipoteca haciéndole creer que se trata de una refinanciación. El acreedor confía en que los fondos que ha prestado se han utilizado para devolver la deuda antigua, cuando, en realidad, se están usando para pagar ambos préstamos y, habitualmente, para financiar la continuación de una promoción inmobiliaria. Se suele producir este tipo de fraude como consecuencia de una colusión (a menudo, confusión) de intereses entre el agente de la compañía de seguros y el promotor inmobiliario. Cuando el mercado inmobiliario está en recesión, estos fraudes permiten a quienes los diseñan continuar sus operaciones por un tiempo sustancial, durante el cual esperan que venga a rescatarlos un cambio en la tendencia del mercado. Lo más grave es que este tipo de fraude es muy costoso para las compañías, pues implica una pérdida total, a diferencia de lo que suele suceder con otro tipo de indemnizaciones. Para contenerlo, se utiliza la auditoría de las oficinas y las agencias, así como el depósito de fianzas por empleados y agentes (existen mínimos legales en varias jurisdicciones, pero las compañías los sitúan a menudo por encima de esos mínimos [LIPSHUTZ, 1994, págs. 24-25]). Sin embargo, la auditoría sirve de poco porque el fraude se produce con gran rapidez y las fianzas difícilmente pueden cubrir semejantes riesgos.

### 1.3. COMPONENTE SECUNDARIO: «INSURANCE»

El seguro de títulos conserva, no obstante, un elemento actuarial, pese a su vocación preventiva y al mandato regulatorio. Este elemento actuarial, visible en las indemnizaciones que, pese a investigar los títulos, han de pagar los aseguradores, es consecuencia de que es imposible prevenir una parte de los riesgos, máxime dada la situación de los Registros estadounidenses. En esa medida, el seguro sigue respondiendo a su razón de ser original. Cuando

---

(19) Como interpreta, por ejemplo, TORRES SIMÓ (1995, pág. 258).

(20) Fue el caso de Florida en 1989, según un estudio citado por LIPSHUTZ (1994, págs. 24-25).

apareció, cubría aquellos riesgos que, con los medios entonces disponibles, no eran detectables por un examen diligente del título. Hoy, el seguro sigue cubriendo esos riesgos, pero en el ínterin, las aseguradoras han asumido una mayor parte del proceso de prevención que entonces desempeñaban *lay conveyancers* y abogados.

Adicionalmente, las compañías suelen asumir, a cambio de un recargo en la prima, algunos riesgos conocidos, pero aleatorios. Asimismo, la póliza residencial preparada por la asociación de aseguradoras (la American Land Title Association, ALTA) en 1998 cubre algunos riesgos sobre bases necesariamente actuariales, por ser posteriores a su suscripción, como son «post-policy forgeries, encroachments, clouds on title, adverse possessions, and easements by prescription» (PALOMAR, 2000, págs. 1-25). Con todo, el elemento actuarial es, no obstante, pequeño en los Estados Unidos, como revela el bajo porcentaje de indemnizaciones en los ingresos totales de las aseguradoras.

El marco regulatorio contribuye a este énfasis preventivo, pues las regulaciones estatales suelen prohibir o poner dificultades para que las compañías aseguradoras emitan las pólizas sin una búsqueda y examen previos del título. Por un lado, la mayoría de los estados requiere dicho examen (21). Por añadidura, 35 de ellos obligan a las aseguradoras a que utilicen una *title plant* o archivo privado de títulos, un insumo esencial para efectuar una búsqueda fiable, dada la deficiente organización de los registros públicos estadounidenses.

Merecen un comentario aparte los intentos de proporcionar seguros de títulos sobre bases parcialmente actuariales. En la literatura se menciona el caso de algunas aseguradoras estadounidenses que empezaron a vender pólizas sobre bases actuariales en los años sesenta (DUKEMINIER y KRIER, 1998, pág. 730). Parece claro que sus productos contenían un mayor elemento actuarial, pero sólo en parte. Si bien no mantenían, solían examinar las inscripciones en el Registro Público posteriores a la última póliza (JOHNSON, 1966, págs. 404-405). Del mismo modo, desde los años noventa, buena parte de la competencia proviene de nuevos entrantes que, al dictaminar el título para una nueva transacción, también examinan los registros sólo hasta el momento en que terminó la última búsqueda, dando por buenos sus resultados, sobre todo si han sido realizados por compañías solventes (BRITT, 1995) (22). El mayor contenido actuarial proviene de que no se revisan las búsquedas pre-

---

(21) Sobre estas prohibiciones, véase, por ejemplo, LIPSHUTZ (1994, pág. 73). La mayoría de las leyes que autorizan la constitución de aseguradoras de títulos requieren que el seguro sólo pueda emitirse tras un examen completo del título y que la cobertura excluya los defectos conocidos. En el caso de Florida, se prohíbe expresamente la emisión «on a casualty basis» (pág. 77).

(22) Véase el caso de *Title Option Plus* (TOP) en la sección 4.2, sobre todo la nota 77.

vias, sino que se asume actuarialmente el riesgo de un posible error. Esta práctica es significativa, sobre todo si se tiene en cuenta la resistencia de las compañías instaladas a permitir la cesión de pólizas y los pequeños descuentos que han ofrecido tradicionalmente por la renovación del seguro al producirse una compraventa (se analizan estos dos asuntos en los apartados 3.1 y 3.5, respectivamente).

Por otro lado, algunas de las aseguradoras presentes en Europa también operan sobre bases actuariales, como se explica más adelante, aunque en este caso sin añadir ninguna búsqueda o examen adicional (excepto en el caso del *Defective Title Insurance* común en Inglaterra, que asegura contra un defecto conocido, puesto de relieve en una búsqueda previa). La situación a este respecto es, a la vez, similar y diferente a la que existía originalmente en los Estados Unidos. Por un lado, la aseguradora complementa la responsabilidad profesional de los profesionales que intervienen en la transacción (notarios, excepto en Gran Bretaña). Por otro lado, ya funcionan registros públicos (equivalentes a las *title plants* estadounidenses en su función informativa, pero dotadas, además, de efectos jurídicos), los cuales hacen innecesario construir *title plants*, archivos privados de títulos. Con la intervención de los profesionales y del Registro, el título se encuentra ya dictaminado con rigor, lo cual hace innecesario una investigación adicional, tanto en la actualidad como en el futuro previsible. Con todo, está por ver que la cobertura de los riesgos adicionales pueda efectuarse sobre bases actuariales, como discutiremos más adelante.

#### 1.4. PROCEDIMIENTOS

El procedimiento típico de las aseguradoras se inicia hoy en día con la recopilación y resumen de los documentos registrados por un *abstracter* y su revisión por otro empleado de la compañía. El producto de este examen es un informe provisional sobre el título (*preliminary commitment to insure, preliminary title report, title report* o, simplemente, *title insurance binder*) en el que se dice quién es el propietario y se relacionan y describen los defectos y las cargas vivas que la gravan (23).

Este informe suele usarse como base para o bien depurar la propiedad (levantar una hipoteca, por ejemplo) y ponerla así en las condiciones pactadas en el contrato de compraventa, o bien para excluir los defectos descubiertos de la cobertura del seguro, mediante su inclusión en el listado de excepciones

---

(23) De modo similar a lo que en jurisdicciones como la española sería una «certificación de dominio y cargas» registral, aunque, al contrario que ésta, el *binder* es sólo un documento informativo que no sólo carece de valor jurídico sino que ni siquiera tiene el valor de un dictamen de abogado. Pese a ello, es el documento esencial sobre el que se basa la eventual depuración del título y se accede al cierre de la transacción.

o *Schedule B* de las pólizas (24). Como se ha explicado con anterioridad, el objetivo de las aseguradoras es cubrir sólo aquellos riesgos que no sea posible descubrir mediante una búsqueda estándar, como son los de fraude, falsificaciones, etc. Sólo cuando la interpretación jurídica de la validez del título es discutible y no compensa clarificar *ex ante*, las aseguradoras suelen estar dispuestas a asumir, a cambio de un recargo en la prima y sobre bases puramente actuariales, algunos riesgos insignificantes o *fly specks* que darían lugar a dictámenes jurídicos defensivos (25).

En cualquier caso, una vez liquidada la operación (*closing o settlement*), la aseguradora emite una póliza en la que, respecto al informe preliminar, sustituye al antiguo propietario por el nuevo y, en su caso, la vieja hipoteca por la nueva (26). La póliza asegura el título tal y como éste existe en la fecha de la póliza (BURKE, 2000, págs. 3-48 a 3-49), y lo hace principalmente contra posibles errores en el examen de los Registros, que suelen ser la causa principal de las indemnizaciones, así como contra riesgos *off-record*, que no podrían ser descubiertos por una búsqueda del título, como son los fraudes, falsificaciones, herederos desconocidos o incapacidades de las partes (ROSENBERG, 1977, pág. 198).

Desde 1929, el sector ha ido adoptando una serie de formatos estandarizados para las pólizas y su cobertura, atendiendo así la demanda de los acreedores hipotecarios y otros intermediarios financieros de segundo nivel, que necesitaban pólizas uniformes en todo el país. Adicionalmente, la asociación de aseguradoras de títulos, la American Land Title Association ha redactado también cláusulas estándar de ampliación de cobertura (*endorsements*), idóneas para asegurar riesgos asociados a cambios en los planes urbanísticos, promociones de viviendas en régimen de propiedad horizontal, hipotecas a tipo variable, cargas por razones ambientales y servidumbres (27). El que en

---

(24) Se desconoce en qué proporción se depuran y eliminan los defectos detectados o, por el contrario, se emiten pólizas con excepciones. En este último caso, el acreedor hipotecario suele exigir que el deudor realice un depósito o *escrow* para cubrir el eventual riesgo asociado al defecto. Según comunicación personal de Nelson R. Lipshutz, la mayoría de las pólizas incorporan excepciones, pero relativas a derechos reales secundarios, como los asociados a líneas eléctricas y derechos de paso. Según el mismo experto, la ALTA ha estimado que un 25 por 100 de todos los títulos estadounidenses requiere algún tipo de acción depuradora.

(25) Según señala, por ejemplo, JACOBUS (1999, págs. 119-20).

(26) Existe aún alguna posibilidad de que se produzca un *gap* de cobertura entre la fecha de cierre y la de emisión de la póliza (GOSDIN, 1999), pero se ha reducido notablemente para transacciones residenciales (PALOMAR, 2000, págs. 4-10 a 4-13).

(27) Véase un exhaustivo análisis en PALOMAR (2000, capítulo 9) y BURKE (2000, capítulo 10). Existen dudas, sin embargo, sobre si algunas de estas extensiones no vinieron realmente sino a proporcionar cobertura específica y costosa a riesgos que, previamente, habían sido cubiertos por la obligación del asegurador de defender el título del asegurado.

los Estados Unidos sea observable esta demanda de uniformidad es un aspecto destacable para el lector no estadounidense quien, acostumbrado desde hace más de un siglo a servicios de contenido y calidad uniformes, aunque con frecuencia incompletos en algunas dimensiones de reciente demanda, corre el riesgo de perder de vista la importancia de una estandarización en ambas dimensiones y *actualizada* (esto es, que incluya los riesgos relevantes hoy en día, aunque no existiesen en el siglo XIX).

### 1.5. TIPOS Y COBERTURAS DE LAS PÓLIZAS

Los dos tipos básicos de póliza son el seguro de propietario y el de acreedor (*Owners Policy* y *Lenders Policy*) (28).

El seguro de propietario suele contratarse, a cuenta generalmente del vendedor, por una cobertura igual al precio de la compra y por una prima adicional al de acreedor. Consiguientemente, la compensación que recibe el comprador si pierde el título está limitada en su cuantía y no suele cubrir las plusvalías que experimente el inmueble (29). La prima se paga una sola vez y las pólizas rigen para el comprador y sus herederos, a quienes protegen sin necesidad de evicción (DUKEMINIER y KRIER, 1998, pág. 730) y a perpetuidad, mientras conserven algún derecho u obligación en el inmueble, incluso después de haberlo vendido. En especial, si el asegurado vende, la póliza le cubre contra una posible responsabilidad por evicción (30).

El seguro de acreedor cubre el importe del préstamo hipotecario y, por tanto, al ir amortizándose dicho préstamo, su cobertura va reduciéndose hasta extinguirse. Además, es endosable a otros posibles acreedores que se subrogan en la hipoteca. Sin embargo, es preciso adquirir un nuevo seguro cuando se refinancia un préstamo hipotecario, si el nuevo acreedor no adquiere la posición del primero y pueden perjudicarle los actos que medien entre ambos préstamos (CTIC, 1999b).

Con cada transacción, ha de adquirirse una nueva póliza, que aparentemente va dirigida, sobre todo, contra los actos del último propietario y que

---

(28) Se contratan otros cuatro tipos de pólizas más especializadas: *lenders leasehold*, *owners leaseholds*, *residential (plain language)* y *Construction Loan* (ALTA, «Title Insurance-The Beginning», pág. 3).

(29) Se puede negociar una cobertura mayor, práctica común cuando se adquiere a precio inferior al valor de mercado. Asimismo, las pólizas residenciales incluyen actualmente un ajuste por inflación. En las pólizas residenciales, este último ajuste ha de negociarse por separado.

(30) En concreto, «An owner's title insurance policy remains in effect as long as the insured, or the insured heirs, retain an interest in the property, or have any obligations under a warranty in any conveyance of it» (publicidad de la Chicago Title and Trust Co., en CTIC [1999a]).

ubre además el aumento de valor del inmueble. El precio (*reissue rate*) de este nuevo seguro suele beneficiarse, sin embargo, de un descuento cuando el asegurador también se encarga de examinar el título, cerrar la operación y comercializar la póliza. (Véase una discusión de su importe y naturaleza en la sección 3.5.) En un supuesto de transacciones sucesivas aseguradas por compañías y pólizas diferentes, se establece una cadena de responsabilidades, en la que cada asegurador protege a su asegurado y sus sucesores hereditarios, aun después de haber vendido. Para ello, tras pagar la pérdida en que incurra su asegurado, el asegurador se subroga en su posición para reclamar de quien le haya transmitido la propiedad con garantía de evicción y de la aseguradora de este último (31).

Las pólizas suelen incluir exclusiones y excepciones, y la interpretación de éstas exige a menudo la intervención de un abogado por parte del cliente. Se ha señalado ya, por un lado, que en cada póliza concreta se introducen excepciones expresas respecto a los riesgos que hayan sido descubiertos en la investigación sobre el título y no hayan sido depurados, riesgos que están motivados por una gran diversidad de derechos, cargas y defectos de toda índole. La aseguradora suele comunicar estas excepciones al cliente antes del cierre de la transacción, lo que permite a las partes negociar si procede curar los defectos observados, asumir el adquirente, a cambio de una rebaja en el precio de venta, los riesgos que dichos defectos conlleven o, incluso, no cerrar la transacción (PALOMAR, 2000, págs. 7-2).

---

(31) No obstante, en una serie de transacciones aseguradas realizadas tras generarse un defecto en el título, quien reclama una indemnización puede actuar contra el eslabón más solvente de la cadena. Los tribunales también pueden reunir varias acciones en una sola. Por ejemplo, en una cadena formada por tres transacciones con garantía de evicción entre los titulares *A*, *B*, *C* y *D*, aseguradas por las compañías *W*, *X* e *Y*, respectivamente, en la que finalmente el juez sentencia que *A* no era propietario, *Y* indemniza a *D* y reclama de *C*, *X* indemniza a *C* y reclama de *B*, *W* indemniza a *B* y reclama de *A*. No obstante, *Y* podría optar por reclamar de *A*, *B* o de sus aseguradores. Se dice, por ello, que cada compañía asegura «en exceso» de lo asegurado por la anterior, tanto en sentido económico como jurídico. En sentido económico porque el seguro del vendedor cubre sólo hasta el precio que éste haya pagado en su día, generalmente inferior al de la nueva venta. En sentido jurídico, porque cada sucesivo comprador se asegura contra los actos que haya hecho el vendedor durante su tenencia, pues el seguro del vendedor cubre los riesgos anteriores. Sin embargo, el seguro del vendedor puede no ser perfecto, ya sea por haber sido o devenir incompleto, porque la aseguradora haya desaparecido o porque la solvencia de ésta sea dudosa. Por este motivo, las aseguradoras últimas también asumen parte del riesgo asegurado por las aseguradoras precedentes. Por otra parte, si un asegurado, en lugar de otorgar garantías («warranty coverage») respecto a la evicción, vende «using a quit claim» o «as is», su asegurador queda libre de futuras obligaciones en caso de que eventualmente dicho riesgo de evicción se concrete (BURKE, 1986, págs. 102-114).

Por otro lado, la cobertura de las pólizas estándar, redactadas por la asociación de aseguradoras (ALTA) (32), excluye con carácter general, entre otros, los siguientes riesgos: regulaciones gubernamentales que afecten las posibilidades de uso, en especial regulaciones ambientales y urbanísticas (33); las expropiaciones que no figuren anotadas en el Registro cuando se emite la póliza; los problemas creados, sufridos, asumidos o acordados por el asegurado, así como los conocidos por él antes de que la compañía emita la póliza; los defectos que no causen daño; los defectos posteriores a la póliza; y los derechos transferidos a título gratuito (34).

Adicionalmente, las pólizas suelen incluir excepciones generales preimpresas, relativas a ciertos derechos y defectos. Los más habituales entre estos últimos son: derechos y reclamaciones de personas en posesión no registrada; los derechos de paso y similares no registrados; todos los defectos que hubieran podido ser descubiertos por inspección o medición; créditos refaccionarios no registrados; e impuestos debidos que aún no figuren en los registros públicos. La póliza estándar puede ser complementada, sin embargo, incorporando coberturas adicionales para riesgos asociados a restricciones de uso, derechos posesorios, derechos de vuelo y subsuelo, regu-

---

(32) La ALTA redactó en 1929 su primera póliza estándar, dirigida al seguro de acreedor. Desde entonces, ha redactado muchas otras, principalmente en 1959, 1970, 1987, 1990 y 1998. Muchas de estas revisiones han tenido como objeto clarificar la cobertura, evitando su extensión ineficiente. Por ello, las revisiones se han querido utilizar a menudo como prueba por parte de quienes litigaban a favor de una interpretación extensiva de la cobertura de las pólizas antiguas. Para la historia de estas revisiones, véase BURKE (2000, págs. 2-33 a 2-42). Para un exhaustivo análisis de las exclusiones y excepciones de las pólizas, véanse PALOMAR (2000, capítulos 6 y 7; así como su reproducción en apéndices) y BURKE (2000, capítulo 4). Para una descripción más extensa en español, véase VARGAS (1994). Cabe interpretar la utilización de cláusulas homogéneas como posible indicio de restricción en la competencia en calidad, aunque bien es cierto que existe una clara demanda de estandarización, sobre todo derivada del mercado secundario de hipotecas, como revela incluso el origen histórico de la redacción de ese tipo de cláusulas: La primera póliza estándar se redacta en 1929 ante la presión en ese sentido de los adquirentes de hipotecas en el mercado secundario, las compañías de seguros de vida.

(33) Hasta 1987, ni siquiera estaban cubiertas las anotaciones cautelares en los registros relativas a infracciones de esta índole, y las aseguradoras no tenían obligación de informar sobre ellas al cliente (PALOMAR, 2000, págs. 6-6.1). La póliza residencial preparada por la ALTA en 1998 incluye, sin embargo, cobertura indemnizatoria para ciertos riesgos causados por regulaciones urbanísticas. Cubre, en concreto la eventualidad de que el inmueble no se pueda usar como vivienda o de que hayan de retirarse algunos de sus elementos estructurales. Para los demás inmuebles, se han de adquirir ampliaciones o *endorsements*, que aseguran cuáles son los usos permitidos para un solar o edificio en el momento de emitirse la póliza (PALOMAR, 2000, págs. 6-10 y 9-12 a 9-14.1).

(34) Excepción motivada porque los registros de documentos estadounidenses, al igual que los europeos, no protegen a los adquirentes a título gratuito contra futuros adquirentes de buena fe.

lación urbana, litigios, impuestos y otros (35), aunque pagando los consiguientes recargos (36).

Se ha criticado tradicionalmente que las exclusiones y excepciones pueden ser de tal calibre que anulan el valor práctico de la póliza de seguro, de modo que se ha llegado a decir que ésta «asegura tan sólo que la compañía aseguradora ha hecho un examen cuidadoso del título y ha listado todos sus defectos importantes en las excepciones de la cobertura» (BADE, citado por CRIBBET, 1975, pág. 319). Este tipo de crítica pierde de vista, sin embargo, que la labor de las aseguradoras de títulos es esencialmente informativa y depuradora. En realidad, se trata de un seguro de responsabilidad por una actuación profesional no negligente, con los incentivos que ello conlleva para innovar en la detección de posibles problemas.

## 2. ORGANIZACIÓN DEL SECTOR

### 2.1. TIPOS DE ASEGURADORAS Y CANALES DE DISTRIBUCIÓN

En la estructura del sector en los Estados Unidos hay que distinguir a las compañías aseguradoras propiamente dichas (*insurance underwriters*), de ámbito nacional o regional, y a los agentes de títulos (*local title agents*), de ámbito local (PALOMAR, 2000, págs. 2-2). Las aseguradoras acuerdan con sus agentes el que éstos, tras realizar un examen del título, vendan al cliente una póliza de seguro que será suscrito por la aseguradora. La prima que paga el cliente se reparte entre ambos, agente y aseguradora en función de las tareas que hayan desempeñado. A menudo, ambas figuras están integradas dentro de una misma empresa o grupo de empresas (37). La mayor parte de

---

(35) Véase ALTA (1997a) para los requisitos que han de cumplir los informes emitidos por topógrafos (*surveyors*) y sobre los que se emiten las pólizas sin excepciones por materias que puedan ser descubiertas mediante inspección directa.

(36) Véase PALOMAR (2000, capítulo 9) y BURKE (2000, capítulo 10). Existe dudas sobre en qué medida estas extensiones cubren riesgos ya cubiertos por el deber general del asegurador de «defender el título» del asegurado.

(37) Durante muchos años han coexistido dos tipos básicos de aseguradores, que han seguido estrategias diferentes en cuanto al grado de integración vertical de sus actividades y a su expansión geográfica (BURKE, 2000, págs. 1-29 a 1-30). Por un lado, los aseguradores nacionales, como Chicago Title vendían pólizas en muchas jurisdicciones sin disponer en ellas de *title plants*, ficheros informativos propios sobre los títulos, sino empleando agentes locales de todo tipo, desde abogados a compañías de títulos. Por otro lado, los aseguradores puramente locales, como First American, mantenían *title plants* locales allí donde operaban. Esta distinción se ha hecho, sin embargo, crecientemente difusa, tras las fusiones de la las últimas décadas. En la actualidad, se cree que el uso de una fórmula mixta de distribución es la más adecuada.

los *title agents* independientes son compañías dedicadas a cerrar transacciones inmobiliarias (*escrow companies*). En menor medida, abogados, aunque su intervención puede generar conflictos.

Adicionalmente, como respuesta a la progresiva entrada de las aseguradoras de títulos en el ámbito de actuación de los abogados especializados en transacciones inmobiliarias, éstos reaccionaron defensivamente en muchos estados. Por un lado, dificultando e incluso bloqueando (Iowa) la entrada de las aseguradoras. Por otro lado, compitiendo con ellas en la provisión de un seguro que complementara el de responsabilidad profesional por negligencia. Para ello, crearon en varios estados mutuas y sociedades aseguradoras (*Lawyer's Title Guaranty Funds*) que, sobre todo desde los años 1970 y 1980, han venido funcionando como compañías de seguros de títulos, si bien, excepto la de Florida, que es la séptima aseguradora del país, no suelen disponer de *title plants* propias (38).

Pese a que existe una clara tendencia hacia la integración vertical en una misma empresa, como consecuencia de la diversidad de situaciones geográficas y de la existencia de normas restrictivas, se dan aún soluciones muy diferentes (39). Existen así grados muy distintos de integración de las tres funciones típicas, consistentes en el archivo de información, el examen de documentos o *abstracts* y el seguro propiamente dicho.

Las principales formas organizativas son las siguientes:

- a) *Agentes no afiliados (nonaffiliated agents)*. Muchas aseguradoras disponen de una red de agentes locales, en los que delegan funciones de representación en grado muy variable. En el caso de los abogados independientes autorizados (*approved attorneys*), los empleados de las aseguradoras revisan el certificado del abogado para

---

(38) Véase, a este respecto BURKE (2000, págs. 1-34 a 1-39). El funcionamiento de los *Lawyer's Title Guaranty Funds* presenta notable interés para analizar el régimen de responsabilidad en este tipo de actividades. Sólo pueden emitir pólizas los abogados asociados, los cuales han de reunir ciertos requisitos (pagar una pequeña tasa y estar cualificados por educación y experiencia). Si se configura como una sociedad por acciones, éstas son propiedad de los asociados. Muchas de ellas pagan pocos dividendos, pero remuneran a los asociados mediante comisiones o, más a menudo, mediante reservas individuales (fórmula conocida como *fund principle*). En esta fórmula se mantiene un fondo de reserva a nombre de cada asociado. Una parte de las primas generadas por cada asociado se acumula en su fondo de reserva. Periódicamente, si el asociado no ha generado pérdidas en un cierto período, se le entrega una parte del fondo de reserva.

(39) «Title insurance is usually required by the lender to protect the lender against loss resulting from claims by others against your new home. In some states, attorneys offer title insurance as part of their services in examining title and providing a title opinion. The attorney's fee may include the title insurance premium. In other states, a title insurance company or title agent directly provides the title insurance» (HUD, 2000, pág. 8).

determinar si se emite o no la póliza. Además, el abogado local no suele tener poder para comprometer a la compañía aseguradora por créditos refaccionarios, títulos de ferrocarriles, derechos de subsuelo, cargas fiscales y otros (40). Es común que los clientes paguen directamente al abogado sus honorarios por servicios jurídicos y a la compañía la prima de seguro. A menudo, el abogado retiene y percibe entre el 50 y el 60 por 100 de la prima cobrada por el seguro (FORD, 1982, pág. 300).

- b) *Agentes afiliados (affiliated agents)*. Las compañías aseguradoras sí suelen delegar en sus agentes afiliados plenos poderes para emitir pólizas en nombre de la compañía. No se trata, por ello, de meros agentes comerciales, pues se suelen encargar, además, de gran número de funciones, entre las que se incluyen la búsqueda del título y el cierre de la transacción, y son ellos los que pagan a la compañía, reteniendo como comisión una parte de la prima pagada por el cliente. El agente retiene en estos casos hasta el 90 por 100 de la prima total cobrada por el seguro (FORD, 1982, pág. 300) y en muchos casos el 89 por 100 (TODD y McENALLY, 1974, pág. 416).
- c) *Sucursales y filiales*. La fórmula mayoritaria es aquella en la que la propia aseguradora vende sus pólizas a través de sus propios empleados y oficinas. La estructura organizativa de muchas compañías es geográfica, con filiales de ámbito regional, a menudo fruto de absorciones previas. En todo caso, suelen disponer de archivos privados de títulos (*title plants*) de ámbito local y funciones informativas (por su carácter privado, carecen de efectos jurídicos), que utilizan índices de fincas para localizar extractos o copias de los documentos oficiales. También suelen integrar verticalmente las demás funciones asociadas a las transacciones inmobiliarias. Además de mantener los archivos privados, examinar los títulos con su propio personal y asegurarlos mediante la emisión de pólizas, se suelen encargar del cierre de las operaciones.

---

(40) Según ALTA («Title Insurance: Common Misconceptions», pág. 3). Sobre los procedimientos de control recomendados en esos casos, véase ALTA (1997b).

TABLA 2  
VOLUMEN DE PRIMAS POR CANAL DE DISTRIBUCIÓN EN 1996

	Importe (\$)	Porcentajes
Pólizas vendidas directamente ( <i>Direct Policies</i> )	800.170.011	15,97%
Pólizas vendidas mediante agentes afiliados ( <i>Affiliated Agents</i> )	3.129.387.249	62,44%
Pólizas vendidas mediante agentes no afiliados ( <i>Nonaffiliated Agents</i> )	1.081.896.694	21,59%
Total	5.011.453.954	100,00%

*Fuente:* NYCE y BOYER (1998), quienes usan cifras de 1996, extraídas de la base de datos sobre aseguradores de títulos compilada por la National Association of Insurance Commissioners, NAIC.

## 2.2. «TITLE PLANTS» Y FUNCIÓN DE COSTES

Para investigar la calidad de los títulos más eficientemente, la mayoría de las compañías han creado y mantenido, ya desde el siglo XIX, ficheros informativos paralelos (*title plants*), que están mejor organizados que los registros oficiales en dos dimensiones fundamentales. Por un lado, mediante la utilización de índices de fincas (*tract system*) que permiten acceder de forma rápida y segura a toda la información relevante sobre cada inmueble. Por otro lado, a través del vaciado continuo a este registro del contenido no sólo del registro de documentos sino de todos los demás registros públicos que contienen información de interés para dictaminar los derechos de propiedad (*daily take-off from sovereignty*) (41).

### 2.2.1. Carencia de efectos jurídicos

Pese a su superior organización, las *title plants* propiedad de las aseguradoras son archivos privados meramente informativos, pues carecen de eficacia jurídica y desempeñan tan sólo funciones administrativas internas a las compañías. No podría ser de otro modo, pues resultarían muy deficientes sus incentivos si también esa función estuviera en manos del asegurador: podría, llegado el caso, modificar las prioridades a su favor.

(41) El 70 por 100 de las compañías de títulos (entendidas como *abstracters and title agents*) que respondieron a una encuesta realizada por la ALTA entre mayo y junio de 1998 declararon que usaban una *title plant* actualizada diariamente con datos de los registros públicos (ALTA, 2000a).

Como suele suceder, también en este punto, la excepción confirma la regla. Tanto en jurisdicciones de registros de documentos como de derechos, las *title plants* han desarrollado funciones públicas transitorias tras producirse una destrucción accidental de los registros públicos (42). La regla se confirma al apreciar que, en esos casos, el riesgo de actuaciones impropias quedaba muy atenuado por utilizarse documentos (*abstracts* y protocolos) que ya estaban elaborados cuando se les viene a otorgar valor probatorio y cuya elaboración se había efectuado bajo un régimen dentro del cual carecían de los efectos jurídicos propios del correspondiente Registro Público y no se podía prever que los tuviera, por lo que apenas existían incentivos para su utilización oportunista (43).

### 2.2.2. *Ubicación urbana*

Ya en 1975 se sugería que en el futuro tendría lugar una especialización del seguro de títulos en las grandes áreas metropolitanas, mientras que el simple dictamen de abogado seguiría siendo dominante en las zonas rurales, menos pobladas (CRIBBET, 1975, págs. 315-16, 321). Las aseguradoras se estaban concentrando entonces en las ciudades, aprovechando las ventajas que proporciona su saturación. Asimismo, las compañías empezaron creando *title plants* en las áreas urbanas más pobladas y cuyos registros públicos presentaban mayores problemas (ROSENBERG, 1977, pág. 198). Poco más tarde, se critica que los costes de seguridad jurídica sean más altos en las áreas dotadas con *title plants* que en las áreas rurales donde basta con examinar los registros públicos (FORD, 1982, págs. 303 y 310).

De ser cierta esta relación de los costes, la explicación más atendible es la que toma los costes como causa, que no como consecuencia, de que se construyan *title plants*. Éstas se construyen y mantienen para reducir costes y, por tanto, es lógico que existan donde los costes son elevados. El dato observado es compatible con que la creación de *title plants* haya reducido el coste de proporcionar los servicios respecto al que se incurriría, de no haber

---

(42) Sucedió así en la ciudad Chicago, tras destruirse el Registro Público de todo el condado de Cook en el gran incendio padecido por la ciudad en octubre de 1871 (KURTZ y HOVENKAMP, 1988, págs. 1178, n. 4). En virtud de la ley conocida como *Burnt Records Act*, promulgada al efecto en febrero de 1872, se reconoció valor probatorio a los documentos de los ficheros privados, una vez consolidados los de las tres compañías de *abstracts*, que habían sido salvados del fuego (CTIC, 2001). De modo similar, la reconstrucción de los registros públicos tras la guerra civil española echó mano de escrituras y protocolos notariales.

(43) Este argumento refuerza las propuestas reformistas de crear el registro de derechos con base en los archivos propios de las compañías de seguros (véase, por ejemplo, JANCZYK, 1977, págs. 226-27).

sido creadas, en la misma jurisdicción. La comparación con las áreas rurales, de bajo coste, sería, entonces, irrelevante.

Por otro lado, esta selección de áreas urbanas encuentra un paralelo en la práctica habitual en el desarrollo de Registros de derechos, consistente en retrasar su aplicación en áreas rurales, quizá por tratarse de fincas de menor valor y ser menos necesaria la publicidad de derechos reales en las zonas rurales, en las que los vecinos se conocen personalmente y las transacciones se realizan entre ellos.

### 2.2.3. Regulación

La mayoría de los estados (35 de 50) requiere que las aseguradoras posean o tengan acceso a un Registro Privado que duplica las inscripciones en el registro de documentos (NYCE y BOYER, 1998; LIPSHUTZ, 1994, pág. 28). Este requisito contrasta con la situación en Europa, en donde las compañías que comercializan seguros de títulos incurrir en menores costes de explotación que en los Estados Unidos, gracias a que no necesitan crear sus propias *title plants* (44).

Esta restricción regulatoria, al igual que la prohibición de vender seguros de títulos sobre bases actuariales, probablemente desvía hacia la prevención *ex ante*, anterior a la transmisión, recursos que, en otro caso, se dedicarían a resolver disputas *ex post*. En esa medida, puede ser eficiente si la disputa *ex post* tiene un carácter más distributivo que la prevención *ex ante* o genera externalidades negativas. No obstante, siembra dudas a este respecto el que las pérdidas privadas derivadas de una evicción puedan ser superiores a las sociales (debido a que la transferencia de riqueza causada por la evicción no origina por sí misma un coste social). Como consecuencia, no es obvio si contribuye al interés social o tan sólo eleva las barreras de entrada (45). El asunto puede alcanzar mayor importancia a medida que, al automatizarse los registros públicos, sea más viable investigar los títulos directamente, sin necesidad de utilizar una *title plant* o archivo privado.

## 2.3. ECONOMÍAS DE ESCALA

Sean cuales sean las reglas que rigen la actividad registral, existen en ella economías de escala para un cierto ámbito geográfico o personal. Para un determinado espacio jurisdiccional, el desarrollo y mantenimiento de los sistemas de recogida, depuración y archivo de la información actualizada sobre

---

(44) Se comentan estos asuntos más adelante en la sección 5.

(45) Véase ARRUÑADA y GAROUPA (2002).

la situación patrimonial de las fincas incurre en costes fijos, que no varían con el nivel de actividad. Como consecuencia, los costes unitarios, tanto medios como marginales, son decrecientes con la escala, la situación tecnológica es la propia del «monopolio natural». Resulta así óptimo que opere un único proveedor, quien podrá explotar al máximo las economías de escala.

En la mayor parte de los países, el carácter público del registro asegura que se alcancen muchas de estas economías de escala dentro de los registros, en el ámbito de lo público (46). Sucede así incluso en Francia, gracias a que el Registro de Documentos francés utiliza, desde 1955, un fichero de fincas que viene a constituir un índice real. Por el contrario, en los Estados Unidos, la intervención pública se reduce, en la mayor parte de los casos, a un Registro de Documentos organizado sobre la base de índices personales (47). Por este motivo, las economías de escala afectan a los proveedores de servicios privados de aseguramiento o *title assurance*, en la medida en que éstos se ven obligados a construir registros informativos privados. Las economías de escala operativas (que no actuariales) son así mucho más importantes en el seguro de títulos que las que puedan presentarse en otras ramas del sector asegurador, debido a la necesidad de utilizar las *title plants*, a que generalmente es necesario construirlas (48), y a que los costes en que es preciso incurrir para construirlas y mantenerlas son sustanciales (49), costes que por lo demás apenas varían con el volumen de operaciones (50).

---

(46) Aunque con sus propias dificultades. Por ejemplo, algunos de los registros creados en el siglo XIX, como el Registro de la Propiedad español, exhiben aún una distribución geográfica «capilar», pensada para una sociedad rural carente de medios de transporte y comunicaciones. Por el contrario, los registros más modernos, como el inglés, tienen menos oficinas de mucho mayor tamaño.

(47) La situación a este respecto está cambiando porque la informatización de los títulos permite acceder con rapidez a todos los relativos a cada finca. Se consideraba que en 2001 ya estaban informatizados los títulos de los últimos treinta años en la práctica totalidad de las áreas urbanas (según JOYCE D. PALOMAR, en comunicación personal al autor).

(48) En algunas jurisdicciones, varias compañías comparten la misma *title plant* (FORD, 1982, pág. 304; FRANTZ, 1999), pero la fórmula es minoritaria. Según la encuesta realizada por la ALTA en 1998, sólo el 3 por 100 de las compañías de títulos (*title agents and/or abstracters*) compartía un archivo de títulos con otras compañías (ALTA, 2000a).

(49) Un estudio elaborado por I. H. PLOTKIN (1978, pág. 31) concluía que las compañías dedican a la construcción y mantenimiento de las *title plants* la mitad o más de sus costes totales (VILLANI y SIMONSON, 1982, pág. 274, n. 6). Proporciona una idea adicional del elevado coste de las *title plants* el que los *title agents* europeos, al no necesitar dichas *title plants*, les baste con una comisión del 40 por 100 en vez del 75 al 85 por 100 que perciben los estadounidenses (L&E, 2000, pág. 33). La diferencia entre ambas comisiones encaja con la cifra de PLOTKIN. Para más información sobre la función de costes de los aseguradores de títulos, véase A. M. BEST (2000, págs. 11-12).

(50) El coste de mantenimiento de las *title plants* es fijo (LIPSHUTZ, 1994, pág. 28). Su construcción viene a sustituir capital por trabajo (VILLANI y SIMONSON, 1982, pág. 267),

Este hecho refuerza sin duda la tendencia a la concentración de las empresas proveedoras (51). En un caso famoso, las dos compañías propietarias de *title plants* en el Distrito de Columbia fueron acusadas por la Federal Trade Commission de incrementar los precios y reducir los servicios disponibles tras haber consolidado sus dos *plants* o archivos de títulos en uno solo. El caso se resolvió en agosto de 1998 cuando las compañías aceptaron segregar de nuevo sus archivos y devolver el exceso de precio percibido respecto a los contratos antiguos (FDC, 1999). Igualmente, para permitir la fusión de dos aseguradoras (LandAmerica y Reliance), la FDC exigió que una de ellas vendiera sus *title plants* en doce condados con el argumento de que «because of the county-specific way in which title information is generated and the local character of the real estate markets in which the title plant services are used, geographic markets for title plant services are highly localized» (FDC, 1999, en referencia al caso LandAmerica Financial Group, Inc.). A principios de los años noventa, Chicago Title también hubo de vender diversas *title plants* cuando compró Ticor (SCLAFANE, 1999). No obstante, es cierto que las *title plants* no constituyen una barrera de entrada infranqueable, como revela la construcción en fechas no muy lejanas de nuevas *title plants* en Chicago y Los Ángeles, con un coste unitario de unos tres millones de dólares (BURKE, 2000, págs. 1-30).

#### 2.4. ECONOMÍAS DE ALCANCE

Existen también notables economías de alcance, tanto de origen productivo como contractual, asociadas, respectivamente, a la mejor coordinación y a los mejores incentivos de los protagonistas. Por este motivo, las compañías de títulos y las aseguradoras proporcionan servicios muy diversos, limitados

---

de forma similar a lo que sucede con la creación de un registro de derechos. En ambos casos, se invierten recursos en un activo de capital con el fin de facilitar posteriores exámenes de la calidad de los títulos. Los resultados del análisis estadístico de la evolución del sector, abordado en la sección 2.6, son coherentes con la existencia de costes fijos sustanciales. Los promotores de *title plants* virtuales consideran que éstas convierten costes fijos en variables (HARTLE, 1998a) y que reducen el tiempo de búsqueda en un 80 por 100 (HARTLE, 1997). Sin embargo, en la medida en que estas nuevas tecnologías más bien desplacen o desintegren verticalmente dichos costes fijos hacia proveedores externos, no modificarán realmente la estructura de costes del sector, sino que tan sólo distribuirán dichos costes de forma diferente entre los diversos agentes que integran la cadena vertical de producción.

(51) La absorción en 1999 de Chicago Title Corp. por Fidelity National Financial, para crear la empresa líder se justificó en su día por la necesidad de ganar economías de escala y cubrir todos los mercados, tanto en sentido territorial como comercial (SCLAFANE, 1999). Da una idea del volumen de las sinergias que se pretendían alcanzar el que Fidelity pagara una prima de absorción del 42 por 100.

sólo por la escasa permisividad de algunos Estados. Las compañías de títulos (los *title agents*, no los *underwriters* o aseguradoras propiamente dichas, aunque en muchos casos ambas figuras están integradas dentro de una misma empresa o grupo de empresas) se encargan a menudo de cerrar la transacción y son entonces responsables de registrar los documentos; así como de redactarlos o al, menos, reunir la información necesaria para redactarlos; mantener la cuenta desde la que se liquidará a todos los contratantes (*escrow account*); ejecutar la liquidación de todos ellos; liberar las hipotecas de los acreedores antiguos al serles pagada la deuda; y registrar las nuevas hipotecas (52). Al menos las empresas líderes intentan proporcionar un abanico aún más amplio de servicios, que incluye también los de tasación, información crediticia, reconocimiento, verificación regulatoria, y la gestión de embargos y reventas (53). Aparentemente, las restricciones principales que han existido para una mayor integración de funciones han sido y son aún de índole regulatoria.

La racionalidad de esta prestación conjunta de servicios reside en que se alcanzan economías notables cuando la misma entidad que decide el aseguramiento también presta los servicios complementarios. En el terreno productivo, surgen estas economías, principalmente, en la preparación de los documentos, el dictamen sobre la validez del título y la mediación contractual e inmobiliaria. La fuente de tales ahorros reside en que la prestación de todos esos servicios emplea en buena medida la misma información. En el terreno contractual, la ventaja reside en poder utilizar un mismo conjunto de salvaguardias, sobre todo reputacionales y siempre costosas de producir, para asegurar la prestación de un mayor número de servicios (54). Ciertamente, pueden surgir conflictos de intereses como consecuencia de esa actuación conjunta (55). No obstante, es posible controlar a bajo coste las consecuencias de esos conflictos mediante las oportunas inversiones de salvaguardia, de modo similar a lo que sucede en la preparación de acuerdos y documentos por una sola parte.

---

(52) La documentación en estas áreas se ha vuelto más compleja por las necesidades del mercado hipotecario secundario (LIPSHUTZ, 1994, págs. 5 y 7).

(53) Por ejemplo, el grupo líder, formado tras la adquisición de Chicago Title por Fidelity, proporciona todo tipo de servicios relacionados con bienes raíces, tanto residenciales como comerciales, entre los que se incluyen: seguro de títulos, servicios de depósito de fondos (*escrow*) y cierre de transacciones, valoración, información crediticia, servicios de reconocimiento sobre el terreno, verificación de cumplimiento regulatorio en relación con inundaciones, embargos y reventas. Todo ello a través de una red de 1.000 oficinas y 7.000 agentes (CTIC, 2001).

(54) Véase ARRUÑADA (1995 ó 1996; 1999) para sendos análisis de fenómenos similares en los casos de los notarios latinos y los auditores de cuentas.

(55) La regulación de muchas jurisdicciones estadounidenses incluso obliga y, sobre todo, obligaba en el pasado a una mayor separación. La restricción podría obedecer tanto al deseo de proteger el poder de mercado de los operadores locales como a los usuarios de los servicios.

La integración de las fases sucesivas del proceso productivo (confección del *abstract*, opinión jurídica, formalización, aseguramiento) disfruta así de importantes ventajas, pues facilita la coordinación y alinea los incentivos de los participantes. La integración posibilita la aplicación de estándares y rutinas que mejoran la coordinación entre los encargados de confeccionar los *abstracts*, elaborar sobre ellos la opinión jurídica y, a partir de ésta, introducir condiciones, ofertar y suscribir una determinada póliza de seguro. Si bien fórmulas similares de coordinación podrían ser y son contratadas entre empresas y profesionales más o menos independientes, difícilmente adquirirían el mismo grado de eficacia. Asimismo, la integración permite alinear y quizá, sobre todo, reducir la potencia de los incentivos de los participantes, logrando así un mejor control de la calidad de los insumos intermedios, el *abstract*, el dictamen y la propuesta de póliza, para conseguir un producto final más ajustado.

## 2.5. EL IMPORTE DE LAS PRIMAS

La Tabla 3 proporciona un resumen de los precios del seguro de títulos en cada estado, calculado a partir de los datos proporcionados por BOACKLE (1997), obtenidos mediante una encuesta dirigida fundamentalmente a empleados de las compañías aseguradoras. La prima a pagar crece menos que proporcionalmente con la cuantía asegurada. Para una finca de 50.000 dólares, el seguro de propietario cuesta un 3,55 por 1000, pero este porcentaje decrece hasta el 2,44 por 1000 para fincas de un millón de dólares. Estas primas son ligeramente inferiores para las pólizas de acreedor y se sitúan a unos niveles similares a las estimaciones de diversos autores, que proporcionan una prima media del 3,5 por mil para el seguro de propietario (JOHNSON, 1966, pág. 393; FORD, 1982, pág. 304; BOSTICK, 1987, pág. 63; VARGAS, 1994, pág. 95) y del 2,5 por 1000 para el seguro de acreedor. La prima aumentó en la última década del pasado siglo (BURKE, 2000, págs. 1-12).

Estas estimaciones han de tomarse con cautela, no obstante. La información sobre precios es confusa debido a los diversos grados de integración de funciones por parte del asegurador y la correlativa presencia de agentes independientes. En los precios anteriores suele entremezclarse el coste de la búsqueda y otros servicios. JOHNSON cifraba el componente fijo para retribuir la actividad de búsqueda en sólo 70 dólares (1966, pág. 404). VARGAS (1994, pág. 95) estima en un 1 por 100 adicional los gastos de búsqueda y cierre. Un tercer autor, estimaba en 1999 en un 1 por 100 del valor asegurado el coste total de la búsqueda y del seguro para una casa de precio medio (JACOBUS, 1999, pág. 117). Las medias de la Tabla 3 incluyen la búsqueda en 21 estados. Al analizar los precios mediante regresión estadística, empleando los datos de BOACKLE (1997), encontramos que el efecto adicional de la búsqueda sobre el

precio del seguro de propietario se sitúa entre 192,72 y 519,03 dólares para fincas de 50.000 y un millón de dólares (ARRUÑADA, 2002, pág. 587). En cuanto a los costes de cierre, MS HomeAdvisor proporciona una media de 700 dólares, que encaja con un 1 por 100 para una casa de 70.000 dólares.

TABLA 3  
PRECIO DEL SEGURO DE TÍTULOS EN ESTADOS UNIDOS HACIA 1997

		Valor de las fincas aseguradas (\$)				
		50.000	100.000	200.000	500.000	1.000.000
Póliza de propietario	Cuantía de la prima (\$)	177,43	348,57	593,98	1.342,93	2.444,48
	Prima correspondiente a \$1.000 de cobertura	3,55	3,48	2,96	2,68	2,44
Póliza de acreedor	Cuantía de la prima (\$)	147,40	283,11	504,04	1.149,21	2.099,30
	Prima correspondiente a \$1.000 de cobertura	2,95	2,83	2,52	2,30	2,10
Coste de la búsqueda o investigación (\$)		192,72	230,11	248,74	372,37	519,03

*Fuente:* Elaboración propia mediante regresión estadística con los datos sobre precios estatales medios proporcionados por BOACKLE (1997). Las estimaciones fueron obtenidas mediante un modelo de mínimos cuadrados ordinarios que utiliza 14 variables artificiales para representar las cuantías, tipos de póliza y realización o no de una búsqueda. Todos los coeficientes son significativos a un nivel de confianza superior al 97,2 por 100;  $R^2_{adj} = 0,8751$ ;  $N = 484$ .

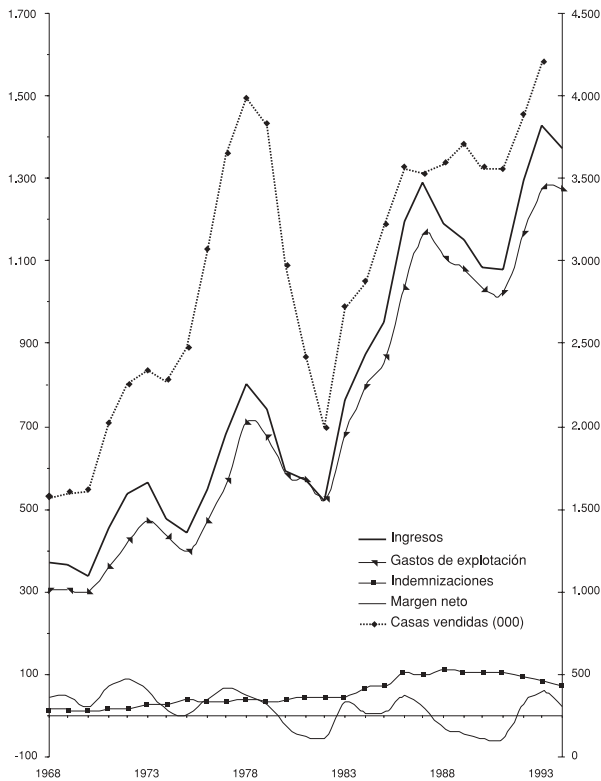
## 2.6. VOLATILIDAD DE LOS RESULTADOS Y COSTES FIJOS

Como refleja la Figura 1, tanto los ingresos como los gastos de explotación de las compañías aseguradoras fluctúan notablemente y lo hacen en función de los ciclos de la actividad inmobiliaria (56). Un simple indicador

(56) TODD y McENALLY (1974) analizan un período anterior en el que se observa una variabilidad similar.

de actividad inmobiliaria, el número de casas no nuevas vendidas durante el año, explica la mayor parte de la variación en los ingresos y los gastos de las aseguradoras (57). Además, la tasa de variación en los ingresos está muy relacionada con el incremento en el número de casas vendidas, con un coeficiente de determinación del 76,42 por 100.

*Figura 1.* Evolución en el período 1968-1994 del sector de seguro de títulos en los Estados Unidos: ingresos, gastos de explotación, indemnizaciones y margen neto (millones de dólares de 1968) y número de casas vendidas (miles de unidades, escala derecha).



*Fuente:* elaboración propia con datos de ALTA (1996).

(57) Los respectivos coeficientes de determinación son, entre los años 1968 y 1994, del 49,53 por 100 y del 47,72 por 100, en unidades monetarias nominales, pero ascienden hasta el 65,55 y 62,22 por 100 cuando se emplean cifras de ingresos y gastos reales.

Aparentemente, los gastos de explotación varían en una medida similar a los ingresos. Sin embargo, un análisis más cuidadoso revela que existen importantes diferencias en la evolución de ambas magnitudes. En concreto, si bien los gastos de explotación aumentan con el volumen de actividad, exhiben un importante elemento fijo, como pone de relieve la siguiente regresión estadística (58):

$$\Delta GE = 3,8047 + 0,6921 \Delta I,$$

donde  $\Delta GE$  representa la tasa de incremento anual de los gastos de explotación y  $\Delta I$  es la tasa de incremento anual de los ingresos durante el período entre 1968 y 1994 (59). La estimación anterior significa que en ese período era de esperar que los gastos aumentasen un 3,8 por 100 incluso en los años en que la facturación permanecía constante; que en los años malos los gastos aumentarían en mayor medida que los ingresos; y, viceversa, que cuando las ventas se disparaban los gastos no se elevarían en igual medida. Por ejemplo, a un descenso del 20 por 100 en la facturación, se asociaba un descenso del 10,04 por 100 en los gastos, mientras que a un incremento del 20 por 100 en las ventas correspondía un aumento medio del 17,65 por 100 en los gastos.

Por otro lado, la variación en el volumen de las indemnizaciones apenas guarda relación con los cambios en el volumen de facturación anual. La regresión estadística entre sus tasas porcentuales de variación interanual, da como resultado

$$\Delta ID = 10,8869 + 0,2536 \Delta I,$$

donde  $\Delta ID$  representa la tasa de incremento anual de las indemnizaciones y  $\Delta I$  la del incremento anual de los ingresos entre 1968 y 1994, pero ni el coeficiente de  $\Delta I$  ni la propia regresión resultan estadísticamente significativos ( $t = 1,052$ ;  $R^2 = 0,0441$ ).

Como consecuencia lógica de las relaciones anteriores, los beneficios fluctúan más que proporcionalmente con los ingresos, de modo que se obtiene la relación

$$\Delta RE = -62,569 + 6,200 \Delta I$$

donde  $\Delta RE$  representa la tasa de incremento anual de los resultados de explotación y  $\Delta I$  la del incremento anual de los ingresos (60).

(58) Los *tests* estadísticos son satisfactorios:  $t = 3,761$  y  $13,439$ , respectivamente; con  $R^2 = 0,8827$ .

(59) Para ROUSSEL y ROSENBERG (1981, pág. 642, n. 3), los costes fijos llegan a representar un 85 por 100 del total.

(60) El coeficiente de  $\Delta I$  es significativo ( $t = 2,351$ ), pero no la constante ( $t = -1,208$ );  $R^2 = 0,1872$ .

En la evolución de la estructura de resultados del sector destaca en las últimas décadas el aumento de las indemnizaciones entre 1980 y 1990; así como el crecimiento de los gastos de explotación por encima de los ingresos; las fuertes oscilaciones de los márgenes, como consecuencia del carácter cíclico de la actividad y del aumento de las indemnizaciones; y el carácter negativo del margen bruto en buen número de años. Además, los datos disponibles sobre rentabilidad indican que durante años ésta ha sido inferior a la de otros sectores regulados (VILLANI y SIMONSON, 1982, pág. 267).

Es también notable la escasa proporción de los ingresos dedicada a pagar indemnizaciones, entre el 3,6 y el 10 por 100, que es consecuencia de la naturaleza del seguro de títulos, que, como ya se ha comentado más arriba, no va dirigida a asumir riesgos futuros sino a prevenirlos, detectando y sanando errores pasados. No obstante, las indemnizaciones también experimentaron un crecimiento notable, pasando de representar el 3,97 por 100 de la facturación en 1968 al 10,03 por 100 en 1991. Esta tendencia creciente sólo se detuvo en los años finales de los que se dispone de datos (cayó hasta el 5,38 por 100 en 1994), como consecuencia, según la American Land Title Association (ALTA, 1996, pág. 23), del aumento de los ingresos y del mayor número de operaciones de bajo riesgo (refinanciaciones).

### 3. REGULACIÓN PÚBLICA

#### 3.1. IDEA GENERAL: EXCLUSIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN ESTATAL

La regulación del sector asegurador en los Estados Unidos ha sido tradicionalmente un asunto estatal. Hasta una famosa sentencia del Tribunal Supremo, en 1944, se consideraba un comercio local y, por tanto, estaba excluida de la política de defensa de la competencia. Desde la McCarran-Ferguson Act, promulgada al año siguiente, el Congreso delegó los poderes regulatorios en los estados. En su mayor parte, los estados han limitado la competencia en el negocio asegurador, lo que, en el caso del seguro de títulos va dejando fuera un número cada vez mayor de servicios complementarios, como los servicios de *escrow*. Además, la protección legal ha sido insuficiente para algunas formas de regulación, como la fijación oligopolística de los precios, que ha sido eliminada (BURKE, 2000, págs. 14-3 a 14-25).

Las regulaciones estatales suelen incluir: la definición del negocio regulado, la supervisión de las compañías de títulos; la exigencia de forma societaria y autorización; limitaciones en cuanto a los servicios que pueden prestarse, como son la obligación de utilizar una *title plant* y realizar una búsqueda, y la prohibición de vender otros seguros diferentes; normas sobre

el contenido de la póliza; administración de precios (61); regulación de la solvencia de las aseguradoras; y reglas para la protección de los consumidores (PALOMAR, 2000, capítulo 18).

En los años setenta, las organizaciones de defensa del consumidor empezaron a protestar contra la supuesta subordinación del seguro de títulos a las necesidades de los acreedores en detrimento del interés de los clientes finales, lo que conduciría a ampliar la cobertura y mejorar la solvencia de las aseguradoras a costa de que los clientes, por lo demás escasamente informados en estas transacciones no repetitivas, pagasen precios más elevados (ROSENBERG, 1977, págs. 199-200). Como consecuencia, se adoptó en 1974 la Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA) que obliga a entregar presupuestos del costes de los servicios y prohíbe diversas prácticas tradicionales, como las comisiones.

Adicionalmente, se intensificó la regulación del sector en muchos estados, que instauraron diversos sistemas de autorización de precios que incluyen: prohibición de comisiones a abogados y agentes inmobiliarios por el envío de clientes; reducción de precios en cuando ha sido emitida una póliza sobre la misma finca en los años previos; subvención de las pólizas de cuantía pequeña por las de cuantía elevada, agravando la volatilidad del sector; precios inferiores a los necesarios para proporcionar una rentabilidad acorde con la volatilidad del sector (ROSENBERG, 1977, págs. 202-205).

Se comentan a continuación, con más detalle, diversas prácticas sectoriales que han sido objeto de considerable polémica y, eventualmente, de regulación restrictiva.

### 3.2. COMPETENCIA EN COMISIONES («REFERRALS, REVERSE COMPETITION» Y «CONTROLLED BUSINESS»)

En los años setenta y ochenta tuvo lugar una notable polémica en torno a diversas formas indirectas de competencia entre aseguradoras. En esos años, no existía competencia en precio y las compañías competían mediante las comisiones y descuentos (*kickbacks, rebates*) que pagan a los intermediarios cuando éstos les refieren clientes.

La razón última reside, a juicio de los observadores del sector, en la situación informativa del cliente final. Por un lado, éste suele adquirir el seguro a través de un intermediario, ya se trate de un banco, un agente inmo-

---

(61) En 27 estados, las primas de las pólizas o bien son fijadas directamente por el órgano regulador o están sujetas a su aprobación previa o éste puede suspenderlas tras haberle serle comunicadas, comunicación a la que están obligadas las aseguradoras (A. M. BEST, 2000, pág. 16).

biliario, un abogado, un constructor, etc. Además, la transacción tiene carácter ocasional para el cliente y recurrente para el intermediario. Por último, el cliente responde en escasa medida a variaciones en el precio del seguro. Es lógico considerar relativamente inelástica respecto al precio la demanda de aquellos servicios, como es el seguro de títulos y, en general, todos los de garantía jurídica, que facilitan las transacciones pero presentan un coste muy reducido respecto a la cuantía de éstas y al coste de otros servicios (sobre todo, la intermediación inmobiliaria y los intereses) (62). En consecuencia, el intermediario recomienda como aseguradora a aquélla que le paga una comisión más alta y no la que ofrece un producto más económico.

Se afirmaba incluso la existencia de competencia inversa (*reverse competition*), que consistiría en que las compañías compitiesen entre sí en elevar las comisiones, para retribuir mejor a los intermediarios, elevando simultáneamente los precios al cliente final (HOFFLANDER y SHULMAN, 1977, págs. 444-445; ROUSSEL y ROSENBERG, 1981, pág. 644). Tras ser prohibido este tipo de comisiones por la sección 8 de la RESPA, los intermediarios que colocan los seguros (en especial, los agentes inmobiliarios) han tendido a integrarse verticalmente hacia arriba, estableciendo agencias de seguros e, incluso compañías aseguradoras, para seguir percibiendo esos beneficios, práctica que se ha conocido como negocio controlado o *controlled business* (HOFFLANDER y SHULMAN, 1977). Ambas prácticas podrían explicar el que, simultáneamente, los precios fueran excesivos y, a la vez, las compañías no ganaran más que beneficios normales (63).

Estas prácticas pueden interpretarse, sin embargo, como un mero síntoma inofensivo de la falta de competencia en precio entre las aseguradoras (WHITE, 1984), en aplicación directa de los modelos de competencia en variables distintas del precio (64), lo que es coherente con que los precios del seguro no caigan tras ser prohibidas las comisiones. Según este argumento, la causa de que las aseguradoras pagasen elevadas comisiones residía en que sus precios eran muy elevados, y no al revés. La naturaleza del seguro de títulos, su

---

(62) Véase, por ejemplo, VILLANI y SIMONSON (1982, pág. 265) o HOFFLANDER y SHULMAN (1977, págs. 437-38). Las modernas teorías sobre la cuasi-racionalidad del sujeto económico apoyan esta consideración, en especial las relativas a las dificultades para apreciar pequeñas diferencias relativas. Por un lado, un incremento sustancial en el precio de un servicio como el seguro de títulos tiende a pasar inadvertido al ir asociado a pagos muy superiores, tanto por gastos de mediación e impuestos, como por el importe de la propia compraventa, como consecuencia de fenómenos perceptivos similares a los descritos por la ley general de la psicofísica, de WEBER-FECHNER, según la cual la capacidad para notar la diferencia en un estímulo está relacionada con la intensidad original del estímulo, más que con la magnitud de la diferencia (FRANK, 1991, pág. 244).

(63) Son de esta opinión, entre otros, KURTZ y HOVENKAMP (1988, pág. 1209), VILLANI y SIMONSON (1982, pág. 267) y FORD (1982, pág. 300).

(64) Véanse STIGLER (1968) y WHITE (1972).

distribución y la elasticidad de la demanda llevan a que esa competencia en variables distintas del precio se vuelque en los intermediarios que refieren a los clientes y no en los clientes, como sucede en otros sectores, en los que se observa típicamente competencia en la calidad de servicio (banca, líneas aéreas y otros sectores antes de ser liberalizados). Con todo, el cliente final puede beneficiarse de esta competencia indirecta que viene a romper el supuesto oligopolio del que resultan los precios oficiales.

No obstante, el que los beneficios alcancen o no al cliente final depende de que los intermediarios estén o no, a su vez, en competencia. Si existe competencia entre intermediarios, estarán dispuestos a bajar sus precios en sus otros servicios con tal de ganar al cliente, pues compensan la pérdida con la ganancia que obtienen en la intermediación del seguro. (Obviamente, por simplicidad, las dificultades que pueden existir para controlar a los directivos y empleados de los intermediarios, las cuales constituyen una fuente adicional de distorsiones.) Por el contrario, los intermediarios y no los clientes finales podrían resultar beneficiados por estas prácticas en la medida en que, a su vez, no se encontrasen en competencia y pudieran por tanto extraer una mayor renta de monopolio (65). En esa situación, una prohibición eficaz de todo tipo de comisiones (incluidas las que se obtienen vía integración vertical) no conllevaría una reducción del precio final pagado por el cliente, pero sí un reparto diferente de la renta de monopolio entre el intermediario y la aseguradora, más favorable para esta última (WHITE, 1984, pág. 313).

Es de interés señalar que se produce un fenómeno parecido en un entorno institucional tan diferente como el español. En España, la fijación de precios notariales da lugar a que algunos notarios tiendan a competir entre sí elevando la calidad de servicio (lugar y horario de la firma de escrituras, por ejemplo) e incluso reduciendo el precio en la intermediación de hipotecas para obtener de los intermediarios (en este caso, bancos y empresas inmobiliarias) la referencia de clientes a los que aplican los precios oficiales por intervenir en la compra-venta que está generalmente asociada a la hipoteca. Asimismo, no está claro hasta qué punto las gestorías, que se encargan de realizar trámites de escaso valor añadido, cobran por ellos, sin embargo, precios comparativamente elevados.

La presencia de indicios similares en entornos institucionales tan diferentes podría sugerir que las circunstancias informativas generan oportunidades de extracción de rentas para aquellos participantes que disfrutan de una posición menos competitiva en la cadena de valor. En concreto, el escaso interés

---

(65) Se ha afirmado que ha sido éste el caso de los agentes inmobiliarios (HOFFLANDER y SHULMAN, 1977, pág. 443). Sin embargo, incluso si existían restricciones a la competencia en precio, es concebible que se produjera en este sector una competencia intensa en variables de calidad, lo que favorecería a los consumidores.

del cliente por informarse en una adquisición tan ocasional y en la que, además, su preocupación central reside en las condiciones fundamentales de la transacción (precio de la vivienda y, como mucho, el tipo de interés del préstamo hipotecario) es fuente de asimetrías informativas notables, sea cual sea el entorno institucional (66).

### 3.3. PRIMAS CRECIENTES CON LA CUANTÍA

Se ha dudado de si la estructura de precios del seguro está ligada a su coste. Por ejemplo, FORD argumenta que el coste no está relacionado *de ninguna manera* con la cuantía asegurada (1982, pág. 305, énfasis añadido). Sin embargo, hay razones para pensar que tanto el coste del seguro como el de la búsqueda crecen con la cuantía.

Por un lado, para la prima de riesgo (que no considera los costes fijos ni los variables incurridos en búsquedas, exámenes, documentación ni cierres), es razonable esperar que exista una relación creciente (como la propia autora parece reconocer en cuanto a las indemnizaciones por créditos refaccionarios), y aun lineal, entre coste y cuantía. Tampoco parece sólido el argumento de que parte de la prima de riesgo es retenida por los abogados y agentes que venden muchos de los seguros, pues parece lógico que sirva para retribuirles por el riesgo creciente que también asumen cuando certifican títulos de mayor cuantía. Este riesgo guardaría relación con la posibilidad de incurrir en responsabilidad profesional, sufrir un aumento en la prima de su seguro de responsabilidad civil o perder la autorización de la aseguradora.

Por otro lado, también parece razonable que los costes de la búsqueda crezcan con la cuantía. Al aumentar el valor de un inmueble, es probable que aumente el número y complejidad de los derechos reales asociados al inmueble. Por tanto, será más costoso dictaminar cómo se ven afectados por el negocio que se pretende asegurar. En nuestra estimación con los datos de BOACKLE (1997), los precios de la búsqueda resultan crecientes con la cuantía. FORD (1982, pág. 305) manifiesta, en esta línea, que los precios de los demás servicios también están ligados a la cuantía; pero no aporta datos y su afirmación se contradice con las de otros autores, que hablan de precios fijos: por ejemplo, 70 dólares por la actividad de búsqueda (JOHNSON, 1966, pág. 404).

---

(66) Véase cómo insisten en este aspecto muchos de los contenidos del servicio de Internet «Home Advisor», creado por una filial de Microsoft (homeadvisor.msn.com).

### 3.4. CESIÓN DE PÓLIZAS («ASSIGNMENT OF POLICIES»)

Se ha discutido por qué la garantía que proporciona una póliza no suele cederse, sino que el contrato estándar establece que la póliza «no continuará en vigor a favor de algún comprador que la adquiera del asegurado en relación con dicho interés o propiedad» (VARGAS, 1994, pág. 160). Se argumenta que, con la cesión, disminuiría la demanda de las aseguradoras, al quedar restringidas las tareas de búsqueda a los cambios contemporáneos (VARGAS, 1994, pág. 160). Sin embargo, esta restricción de la búsqueda es práctica habitual, sobre todo cuando es la misma aseguradora la que emite la nueva póliza (McCORMACK, 1992, pág. 117, n. 231).

Se ha argumentado que la cesión generaría confusión en el comprador y eventual cesionario, quien tendería a creer que el seguro cubre riesgos posteriores a la firma de la póliza por el vendedor y eventual cesionista (JOHNSON, 1966, pág. 401). Sin embargo, esta confusión, además de improbable, sería subsanable condicionando la cesión a que el asegurador hubiera de informar al comprador, como viene a conseguir de hecho la práctica de condicionar las pocas cesiones que se realizan a la aprobación del asegurador (JOHNSON, 1966, pág. 401).

### 3.5. RENOVACIÓN DE PÓLIZAS («REISSUE POLICIES»)

También han sido objeto de controversia los precios aplicados cuando el título del inmueble ya había sido asegurado previamente. Las compañías suelen conceder una prima reducida o *reissue rate* cuando aseguran por segunda vez el título sobre un inmueble, si bien sólo en aquellos estados que permiten a las aseguradoras investigar por sí mismas la calidad del título (67). La cuantía de este descuento parecen haber ido en aumento (68).

A este respecto, en la literatura se han aducido argumentaciones basadas en que es preciso revisar tanto los derechos creados desde que se firmó la póliza original como los cambios en los derechos anteriores a dicha firma, motivados sobre todo por nuevas decisiones judiciales (por ejemplo, JOHNSON,

---

(67) Según JOYCE D. PALOMAR, en comunicación personal al autor. Según BOACKLE (1997), sólo dicen practicar este descuento informantes de 19 estados.

(68) Así, en los años sesenta, se afirmaba que «in recognition of some duplication in underwriting and the lower cost of a limited search and examination, some carriers have begun to provide of a discount when insurance on realty is applied for by a new owner within a specified period of time», descuento que se cifraba entre sólo el 20 y el 30 por 100. Su importe se calculaba sobre el valor asegurado en la primera póliza y solía decrecer con el tiempo transcurrido desde el seguro anterior (JOHNSON, 1966, pág. 401). En la actualidad, el descuento es más bien del 50 por 100.

1966, pág. 401). En ambos casos, es dudoso, sin embargo, que el coste de la nueva póliza sea equivalente al de la antigua.

Al intentar justificar esta práctica de precios, la American Land Title Association efectúa afirmaciones aparentemente contradictorias en un mismo documento («Title Insurance-Common Misconceptions»). Por un lado, señala que, al asegurar un título con ocasión de una segunda venta que se produzca al poco tiempo de contratar un seguro con ocasión de una primera venta, virtualmente todos los títulos anteriores tienen que ser reexaminados (pág. 3). Sin embargo, reconoce que, si la misma compañía investiga una propiedad dos veces, la segunda vez no necesita examinar los títulos ya examinados la primera vez, excepto si algún asunto no quedó bien resuelto (pág. 4). Adicionalmente, reconoce que en muchos lugares las compañías pueden adquirir «back titles» de otras compañías y a menudo la adquirente se fía de la búsqueda efectuada por la otra compañía (pág. 4). No está claro qué significa esta adquisición ni cuál es el grado de repetición del examen. Ciertamente que los títulos anteriores pueden evaluarse de forma distinta con el paso del tiempo, debido a cambios en las leyes o la jurisprudencia, pero no parece razonable que el nuevo examen sea tan costoso como el examen original.

Cabe formular cuatro posibles explicaciones: (a) El descuento es pequeño porque el sistema de registro de documentos es abierto: siempre pueden entrar otros títulos en el Registro los cuales demuestren la nulidad de los títulos anteriores. (b) Como los precios están regulados, se intenta esconder información relevante. (c) Se fijan los precios de las pólizas con independencia del coste de la búsqueda y de la calidad de los registros en el que están registrados los títulos para facilitar la supervisión de un oligopolio. Dentro de esta hipótesis, la oscuridad sobre si revisan o no más atrás del aseguramiento precedente podría sugerir que, si bien rara vez revisan más atrás, sí han de decir que revisan a menudo; para así convencer a los reguladores de que la actividad es más costosa de lo que realmente es. Asimismo, (d) tal vez la estructura general de los precios no puede interpretarse por separado. Por ejemplo, la fijación de precios relativamente elevados para (i) la renovación (respecto a una primera póliza) y para (ii) la contratación simultánea de pólizas de propietario y acreedor (respecto a la contratación de sólo una de ellas) podría atribuirse a la necesidad de acercar los precios efectivos a los costes marginales, en un contexto en el que la regulación parece haber impuesto la subvención de las operaciones pequeñas por las grandes. Esta tercera hipótesis predice que ambas distorsiones en los precios (i e ii) se reducen al aumentar la cuantía de las operaciones.

### 3.6. SUBVENCIÓN DE PEQUEÑOS CLIENTES

Por otro lado, se ha discutido la existencia o no de una subvención implícita entre tipos de clientes, de modo que los grandes clientes empresariales subvencionan a los clientes particulares, como consecuencia de que los costes fundamentales son los de prevención y no los de indemnización; que los de prevención no varían en gran medida con la cuantía; y que, en cambio, los precios —que, a menudo, al menos hasta los años ochenta, se establecían en comisiones sectoriales— se han basado tradicionalmente en el volumen asegurado (69).

Estimaciones preliminares realizadas por el autor con base en los datos de BOACKLE (1997) y NYCE y BOYER (1998), son consistentes con que, respecto a una situación de precios libres, su establecimiento por el regulador parece *eleva*r los precios. Además, parece hacerlo en mayor proporción para los inmuebles de mayor cuantía. Surgen dudas notables, sin embargo, sobre la confianza de estos resultados, al tener en cuenta que los grandes operadores deberían ser capaces (y más en la actualidad, dada la mayor presión competitiva) de conseguir rebajas de precios. Es más, las compañías afirman que negocian o conceden precios especiales en 46 estados (BOACKLE, 1997).

### 3.7. SOLVENCIA

Las regulaciones estatales suelen incluir regímenes de supervisión dirigidos a fomentar una gestión prudente, lo que incluye las oportunas dotaciones de reservas. Además de las quiebras de los años treinta, el sector sufrió crisis agudas en 1972-1974 y 1981-1992, como se evidencia en la evolución histórica de sus márgenes (sección 2.6). Las causas de estas crisis fueron, además de los habituales vaivenes del mercado inmobiliario, generalmente asociados a cambios en el tipo de interés, aumentos en el volumen de indemnizaciones, a menudo asociados a un aumento en la incidencia del fraude.

En la última crisis, las empresas presentaban, además, unos balances poco sólidos, pues habían aumentado notablemente su endeudamiento, según LIP-

---

(69) Esta opinión es común entre autores estadounidenses. Véanse ROSENBERG (1977, pág. 201), quien comenta que en 1973 las pólizas por encima de 31.000 dólares subvencionaban a aquéllas por debajo de esa cifra; PLOTKIN (1978, págs. 42-45); ROUSSEL y ROSENBERG, quienes citan un informe del Estado de Ohio que estimaba el volumen de esta subvención en un 20 por 100 de la facturación total (1981, pág. 645); WHITE (1984, págs. 311-12); y ALTA, «*Title Insurance: The Beginning*», pág. 4; «*Title Insurance: Common Misconceptions*», pág. 1. Constituyen una excepción VILLANI y SIMONSON, al opinar que estas subvenciones de grandes a pequeños clientes son pequeñas, si es que existen (1982, pág. 268).

SHUTZ (1994, págs. 12-15), quien atribuye esta situación a que por entonces gran parte de las empresas del sector estaban infracapitalizadas como consecuencia de la regulación. Sea cual sea la causa, la solvencia de las empresas del sector se vio en entredicho en esa época. Entre 1989 y 1991, tres de las principales fueron absorbidas cuando se encontraban en muy mala situación financiera y en 1989 quebró una de tamaño medio. Hasta entonces, desde que la Gran Depresión de los años treinta llevó a la quiebra a tres de las cuatro compañías de seguro de títulos que operaban en Nueva York (70), sólo tres aseguradores pequeños y de ámbito regional habían entrado en crisis, en 1965, 1978 y 1991.

Desde 1994, Fannie Mae, la agencia cuasi-gubernamental encargada de adquirir ciertas hipotecas residenciales en el mercado secundario, requiere que los prestamistas hipotecarios contraten con aseguradores cuya solvencia haya sido verificada por un agencia independiente cada seis meses (NYCE y BOYER, 1998; RICHARDS, 1998). «Criteria for its ratings include: current assets versus current liabilities; the quality of assets; whether there are investments in subsidiaries; distribution systems; loss experience; statutory premium reserve requirements; and the quality of reinsurance». Los operadores comerciales e inmobiliarios suelen tener en cuenta esta evaluación al elegir compañía (PAIRE, 1999).

Para valorar la solvencia general del sector, ha de tenerse en cuenta que las compañías estadounidenses no suelen reasegurar sus riesgos fuera del sector. Tradicionalmente, las aseguradoras contrataban una cobertura de pérdidas máximas fuera del sector, con Lloyds, pero el aumento de las indemnizaciones experimentado en los años setenta hizo desaparecer esta práctica hacia 1984, la cual sólo se ha recuperado de forma incipiente desde entonces (LIPSHUTZ, 1994, págs. 19-20). En la actualidad suelen coasegurar algunos riesgos entre sí. Se trata por ello, en la práctica, de un coaseguro, que no proporciona una solución efectiva ante muchos riesgos. Curiosamente, el principal operador europeo sí funciona sobre la base de reaseguros, con Lloyds, AXA y Marsh, lo cual encaja con su orientación actuarial y debe llevarnos a considerarlo más como un *title agent* que como un asegurador.

#### 4. EL FUTURO DEL SEGURO DE TÍTULOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Pese a las sustanciales diferencias del entorno jurídico, el seguro de títulos estadounidense se está viendo sujeto a transformaciones similares a las

---

(70) Véanse LIPSHUTZ (1994, págs. 11 y 20-21) y BOSTICK (1987, pág. 55, notas 1 y 2).

que tienen lugar en los sistemas de seguridad jurídica preventiva de otros países, como consecuencia de verse afectado por similares cambios en la demanda y en la tecnología productiva. Los factores causales de estos cambios guardan relación, más que con las nuevas tecnologías informáticas, con dos factores más fundamentales. Por un lado, la estandarización de los derechos en las transacciones sobre inmuebles residenciales. Por otro lado, el desarrollo de grandes operadores. Éstos, al poner en juego importantes activos reputacionales, pueden ejercer sus funciones contractuales de modo imparcial, pese a ser parte en la transacción. Además, por su mayor tamaño y diversificación, están en condiciones de auto-asegurar un mayor volumen de riesgos.

#### 4.1. LA ESTANDARIZACIÓN DE LAS TRANSACCIONES RESIDENCIALES

En todos los países, incluido Estados Unidos, la actual configuración del sistema de transmisión inmobiliaria presupone un tipo de contratación más o menos trasnochada, que cabe calificar como decimonónica. Está caracterizada, fundamentalmente, porque cada una de las transacciones es especial y porque en la mayoría de ellas las partes representan similares funciones contractuales. En la actualidad, sin embargo, muchas transacciones están estandarizadas y en la mayoría de ellas una de las partes desarrolla un papel mucho más activo en cuanto a la preparación de los contratos y la salvaguardia de la contratación (71). En consecuencia, gran parte de la adaptación a los nuevos tiempos guarda relación, precisamente, con la necesidad de aprovechar la reputación de los grandes operadores para abaratar la contratación.

En ese contexto, se dice que el sector del seguro de títulos confronta una disyuntiva estratégica complicada (LIPSHUTZ, 1999a y 1999b). Por un lado, si no reacciona al cambio en las circunstancias, perdería su independencia y tendería a desaparecer. En última instancia, el seguro de títulos sería añadido al seguro de hogar y suministrado a un coste muy bajo por las entidades que comercializan hipotecas, los *mortgage originators*. También seguirían un destino similar los abogados especializados en transmisiones inmobiliarias (*closing attorneys*), si persistiesen en cobrar honorarios propios de la asistencia jurídica por lo que es en esencia un servicio no jurídico.

Alternativamente, defendía Lipshutz que las aseguradoras de títulos liderasen el cambio, manteniendo su «*panoply of technical closing arcana*» sólo para transacciones comerciales, pero suministrando a un precio mucho más bajo servicios estandarizados idóneos para las transacciones residenciales. En este contexto, LIPSHUTZ resumía la situación empleando como símil las trans-

---

(71) Véase, sobre las consecuencias de estos fenómenos para el notariado español, ARRUÑADA (2001b).

formaciones producidas hace ya años en la industria relojera: el sector ha conseguido fabricar un «Rolex», pero los usuarios demandan un «Seiko», un producto de menor coste pero más fiable.

Como reflejo del tipo de segmentación que el mercado moderno demanda, la metáfora es elocuente. Aparece teñida, sin embargo, de un pesimismo excesivo en un punto, quizá como fruto de la simplificación que desde la economía se suele hacer del funcionamiento de estos sectores. Se olvida que, para proporcionar un seguro de títulos, para saber realmente «of every valid lien on residential real estate in real time», los intermediarios financieros habrían de desarrollar sus propias *title plants*. No les bastaría con saber, como quizá algunos ya pueden saber actualmente, de cada hipoteca destinada al mercado secundario, sino que necesitan información acerca de todo tipo de cargas, por lo que, implícita en el escenario descrito, está la creación de un único registro privado que incorpore toda la información de las actuales *title plants*.

Eso no impide que la metáfora de los relojes sea ilustrativa e, incluso, aplicable a algunos países europeos. Sucede así, sobre todo, cuando se considera la escasa fiabilidad de los relojes Rolex, de automatismo mecánico, en comparación con los relojes más modernos, que incorporan tecnología de cuarzo. Al igual que en los Estados Unidos, algunos Rolex notariales y registrales ofrecen menos calidad de la que su diseño permitiría exigir. Conviene señalar, no obstante, que la comparación de sistemas ha de tener en cuenta en este terreno la presencia de un factor muy especial que hace posible la integración de las *title plants* de las aseguradoras estadounidenses con los intermediarios financieros: su carácter privado, con ausencia total de efectos jurídicos, pues éstos (en el caso de Estados Unidos, se reducen al establecimiento de la prioridad de los derechos reales) se determinan por la fecha de inscripción de los documentos en el Registro Público, no en las *title plants*. Esta diferencia no aísla, sin embargo, a los registros públicos de los factores de estandarización y tecnología informática, que proporcionan posibilidades para reducir sus costes y sus precios en las transacciones residenciales.

#### 4.2. MAYOR COMPETENCIA E INTEGRACIÓN

Las aseguradoras de títulos están sufriendo en los últimos años una doble presión. Por un lado, de origen gubernamental. Dos de los principales organismos, Fannie Mae y Freddie Mac, han exigido sendas reducciones de un mes en el tiempo que requiere cerrar una hipoteca residencial y de \$1.000 en los costes de transacción totales. La Reserva Federal y el United States Department of Housing and Urban Development (HUD) presionan también para proporcionar al cliente residencial una estimación fija de los costes (*guaranteed closing costs*). Por otro lado, padecen la mayor concentración del mer-

cado de hipotecas y la creciente competencia en que viven las entidades financieras. Los intermediarios están estandarizando sus procesos y, en consonancia, demandan de las aseguradoras servicios más uniformes y baratos.

En cuanto al producto, piden mayor cobertura, tanto territorial como de servicio. Éste ha de ser más completo y uniforme, y suministrarse a menor precio. La clave para reducir costes es el volumen, como corresponde a una *commodity*, como es crecientemente el seguro de títulos (HARTLE, 1998c). Ciertamente, los grandes cambios se circunscriben a las transacciones sobre inmuebles residenciales, pues las que versan sobre los de uso comercial, al ser mucho menos homogéneas y requerir más documentación, apenas están sufriendo transformaciones (72).

El medio para lograr estos objetivos está siendo una mayor integración vertical y horizontal, junto con la aplicación extensiva de tecnologías informáticas.

La integración vertical se está produciendo, por un lado, como consecuencia de que las grandes aseguradoras (las seis mayores controlan ya el 90 por 100 del mercado) están adquiriendo a los agentes y a los proveedores de servicios complementarios y desarrollando servicios por sí mismos (CULP, 2000). Las compañías independientes (*independent settlement service providers*), sobre todo *title agents*, se están viendo forzados a integrarse en alguna de las redes aseguradoras de ámbito nacional, las «*underwriter networks*».

Por otro lado, se está alcanzando mayor integración entre aseguradoras e intermediarios financieros, como ya había ocurrido antes de 1939. Los bancos han intentado esta integración al menos desde 1987 y, pese a que han fracasado en su empeño de eliminar la mayor parte de las barreras legales vigentes (73), han obtenido algunos éxitos parciales y han podido aprovechar

---

(72) Como afirma un experto del sector, «while residential searches basically reflect the public record and involve mostly liens and monetary encumbrances, a commercial search involves issues such as access, rights to access, uses of other parts of a property and reciprocal easements, just to name a few. “Every document has to be examined for its effects on the balance of the commercial property”, he says, adding that commercial transactions also involve the insuring of many estates, such as the ownership estate, leaseholds and sub-leaseholds» (FRANTZ, 1999). Se expresa en la misma línea, MATTSON-TEIG (1999). No obstante, también se han creado sistemas electrónicos para organizar mejor transacciones complejas, como el National Business Group (NBG) desarrollado por Chicago Title (FRANTZ, 1999).

(73) En especial, las aseguradoras de títulos consiguieron en 1999 que el Congreso exceptuara la venta directa de seguros de títulos por los *national banks* en la Gramm-Leach-Bliley Act (GLB, la Financial Services Modernization Act), la reforma de la regulación bancaria que vino a permitir a los grandes bancos vender otros tipos de seguros. No obstante, pueden comercializar estos seguros las *financial holding companies*, de nueva creación y a las que se exigen requisitos de capital adicionales a los exigidos a las *bank holding companies*. Véase, a este respecto, PALOMAR (2001).

diversos resquicios legales (74). El grado y contenido de esta integración vertical es variable. En su versión más ambiciosa, se integran las dos funciones, jurídica y actuarial, *assurance* e *insurance*, del seguro de títulos. Es el caso de una de las iniciativas más controvertidas, puesta en marcha por Norwest Mortgage en 1994 (75). Este tipo de fórmulas se han expandido considerablemente desde su aparición (76). Pese a que despertaron considerable oposición e, incluso, algunos tribunales estatales las declararon ilegales, estas nuevas formas de competencia han generado como respuesta estratégica numerosos acuerdos y *joint ventures* entre los bancos, ya sea directamente o a través de sus compañías de títulos, y las aseguradoras convencionales. A menudo, se trata de fórmulas contractuales por las que una aseguradora sirve todas las necesidades de un intermediario financiero (*underwriter national accounts*). El caso más significativo es el acuerdo alcanzado entre First American y la propia Norwest. En una versión más parcial, muchos operadores integran tan sólo la función actuarial (*lender self-assurance*), auto-asegurando el riesgo de sus hipotecas pero adquiriendo servicios de *assurance* de

---

(74) Desde un principio, la entrada de los bancos en el sector ha despertado hostilidad (PALOMAR, 2000, capítulo 3). En el terreno judicial y regulatorio, ha sufrido la oposición frontal de la asociación de aseguradoras (ALTA). En el lado doctrinal, se teme el posible conflicto de intereses entre el banco acreedor y su cliente deudor. El acreedor puede estar interesado en que el título se examine con rapidez y prestando atención sólo a aquellos factores que pudieran afectar el valor del inmueble como garantía para el crédito en cuestión, mientras que no le preocupan aspectos relacionados con, por ejemplo, los derechos de paso (PALOMAR, 1990). Asimismo, se suele señalar la posibilidad de que una eventual crisis bancaria lleve a la quiebra a las aseguradoras, como ocurrió en la depresión de los años treinta, hecho que influyó en que se adoptaran las reglas que separaron radicalmente durante décadas gran número de actividades financieras y de seguros.

(75) Para ello, ofrece a sus clientes residenciales un servicio («Tile Option Plus», o «TOP») que, si bien formalmente no es un seguro de títulos, sirve —desde el punto de vista del cliente— todas las funciones de un seguro de acreedor y le cuesta al cliente un 10 por 100 menos que el seguro. TOP ha sido aceptado por los operadores del mercado secundario de hipotecas en virtud de un contrato marco por el cual Norwest asegura al inversor del mercado secundario la prioridad de la hipoteca (PALOMAR, 2000, págs. 1-12 a 1-13). El servicio requiere que el cliente presente una búsqueda preliminar del título, producida por un agente local o por American Land Title, ATI, una aseguradora adquirida poco antes por la matriz del banco. ATI suele emitir un «*title condition report*» en el que lista las cargas de la finca. Para confeccionarlo, investiga el título en los registros públicos, pero sólo a partir de la fecha del seguro precedente (BRITT, 1995). Véanse un comentario sobre los antecedentes de esta fórmula en la sección 1.3.

(76) Según la encuesta realizada por la ALTA en 1998, un 42 por 100 de las compañías de títulos vendía productos sustitutivos de las pólizas convencionales, más baratos pero aceptables para los acreedores, usados en especial para la refinanciación de viviendas pero también para su adquisición. Estos productos alternativos (denominados de formas diversas, sobre todo como «*certificates of title*» pero también «*title reports*», «*title and lien searches*», «*opinions of title*» y «*owners and encumbrance report*») ya entonces representaban un 19 por 100 de todas las transacciones (ALTA, 2000a).

compañías de títulos no integradas (77). Otros, en cambio, han optado por el camino opuesto, para lo cual han creado compañías de títulos que se encargan de la función de *assurance*, pero canalizan el riesgo a los principales aseguradores (78).

La integración horizontal se produce en términos de servicios combinados o *bundled services*, término que hace referencia a la prestación de todos los servicios de cierre o *closing* por una sola empresa. Por ejemplo, el principal proveedor de este tipo de servicio integral en el Noreste de los Estados Unidos, Integrated Loan Services (ILS), proporciona tasaciones, informes crediticios, búsquedas de títulos, informes sobre riesgos de inundación, procesamiento de hipotecas e inspecciones inmobiliarias (79). En la misma línea, ya en 1997 la mayoría de las agencias inmobiliarias estadounidenses prestaba servicios complementarios y 44 de las 50 mayores comercializaba seguros de títulos (80).

Asimismo, las compañías de títulos están intentando transformarse en proveedores de todo tipo de información inmobiliaria. Las grandes aseguradoras están desarrollando para ello todo tipo de servicios de comercio electrónico, los cuales proporcionan a las entidades financieras acceso instantáneo a bases de datos sobre inmuebles, evaluación de crédito e información fiscal (FRANTZ, 1999; BELL, 2000). Diversos proveedores de información, como Cronus y TRW, suministran datos sobre transacciones inmobiliarias individuales, así como servicios de explotación diaria de los registros públicos e indexación (BURKE, 2000, págs. 1-32). Por su parte, los propios registros públicos han avanzado mucho en el suministro de información por medios electrónicos, ya sea mediante sistemas propios como accesibles mediante Internet (81). Los datos de los registros públicos, tanto de títulos como fiscales están disponibles crecientemente a través de canales electrónicos (Mattson-Teig, 1999). Se pretende incluso que en el futuro toda esta información sea accesible desde una sola base de datos (HARTLE, 1997). La importancia de la homogeneidad en el acceso ha llevado al intento de adoptar estándares que permitan emplear una *interface* única desde el punto de vista del usuario (HARTLE, 1998a).

(77) Algunos operadores en el mercado secundario de hipotecas están permitiendo que algunos bancos concedan sus hipotecas sobre la base de una simple búsqueda, pero sin seguro de títulos, asegurando por sí mismos las inferiores a una cierta cuantía (\$100.000). Fannie Mae ha llegado a insinuar la posibilidad de eliminar la dimensión de riesgo del seguro para reducir su coste (HARTLE, 1998d).

(78) Sucede así con Madison Park Title Agency, LLC, una filial de Chase Manhattan que opera en el segmento no residencial («Chase Manhattan Forms Title Agency», *National Mortgage News*, vol. 23, núm. 12, 7 de diciembre de 1998, pág. 15).

(79) Véase HOWLETT (1999) para una descripción y defensa de la integración.

(80) «One stop shopping gains: RE firms increase mortgages», *Origination News*, vol. 7, núm. 2, noviembre de 1997, pág. 56.

(81) Por ejemplo, Titlewave.net, en Filadelfia (BRICKLEY, 2000), o Fountainhead Information Systems, en Atlanta (HARTLE, 1998a).

Las dudas que surgen sobre este futuro se refieren no sólo al cuándo sino, sobre todo, a qué partes del proceso son susceptibles de verse más afectadas. Por un lado, en cuanto al cuándo, la barrera principal reside en la lentitud de las autoridades locales para automatizar y hacer accesibles electrónicamente sus registros y, en última instancia, aceptar la entrada de documentos electrónicos (82). La cuestión más importante sin duda es, sin embargo, la de dilucidar si las nuevas tecnologías modifican sustancialmente el proceso productivo. En este sentido, parece claro que permitirán compilar con mayor rapidez y eficacia la información necesaria para dictaminar la validez de los títulos y las cargas que pesan sobre los inmuebles. No evitarán, sin embargo, la necesidad de un dictamen profesional sobre la base de esa información (sin que «profesional» signifique, ni ahora ni menos en el futuro, que haya de contar necesariamente con asistencia de abogado). Se confirma esta conclusión al examinar el funcionamiento del sistema desarrollado por First American, compañía considerada por algunos autores la aseguradora más avanzada en el plano tecnológico: agiliza la disponibilidad de la información pero sigue requiriendo la intervención del experto que dictamina (83).

---

(82) Según la encuesta realizada por la ALTA en 1998, la mitad de las *title plants*, archivos privados de títulos, estaban automatizadas y el 38 por 100, las de mayor tamaño, usaban tecnología de CD-ROM para almacenar y extraer información. Casi dos tercios de las compañías de títulos podían acceder a algún Registro Público informatizado pero sólo un 38 por 100 a distancia. Además, el 91 por 100 de ellas aún tenía que acceder a algún Registro no informatizado (ALTA, 2000a). Se puede leer que «title insurance searchers face a dilemma that is out of their control—they can only be as automated as the county in which they are searching for information... While county records in many major metropolitan areas have now automated in some form, there are many pockets of the country where public records may still have to be accessed manually» (FRANTZ, 1999). Véase también, en el mismo sentido, BELL (2000). La informatización está aumentando rápidamente, no obstante. En 2001, se estimaba que la mayor parte de las áreas urbanas tenían ya informatizados las transacciones de los últimos treinta años, de modo que eran accesibles mediante índices de fincas (según JOYCE PALOMAR, en comunicación personal al autor). La informatización de los registros públicos en Europa es también incompleta, pero está avanzando, igualmente, con rapidez (UN-ECE, 1998).

(83) «Through its wide-area network, First American is using an Internet based interactive ordering, routing and delivery system called FASTWeb. Through FASTWeb, a customer can access information and order title insurance, closing services, home warranty, appraisal and flood determinations. The FAST Title and Escrow System (FAST) is a fully integrated system that links to the firm's escrow trust and general accounting services. By communicating with FASTWeb, the FAST system can accept orders and supply order status information directly to customers. It creates a centralized back-office operation and automatically launches FASTSearch without any human intervention. FASTSearch is a computerized searching process that automates the collection of information used in the title examination and production of title evidence. After accepting an electronic order from a customer, it accesses information repositories, including address normalization software, tax searches, property indexes, general indexes, starters, documents, maps, legal descriptions and potentially other databases. "In a perfect FASTSearch scenario, no human intervention would be required from the time an order is electronically received

## 5. EL SEGURO DE TÍTULOS FUERA DE LOS ESTADOS UNIDOS

### 5.1. PRETENSIONES Y LOGROS DEL SEGURO DE TÍTULOS ESTADOUNIDENSE

Es notable que el seguro de títulos se haya desarrollado casi únicamente en los Estados Unidos (84), donde ha sido capaz de proporcionar seguridad económica e incentivar la seguridad jurídica que no proporcionan allí los registros públicos. Es comprensible, por ello, que desde el sector asegurador de los Estados Unidos se manifieste una gran confianza en la eficacia del sistema y en sus posibilidades de trasplantar el modelo. Se puede leer, por ejemplo, que:

«It is America's destiny to deliver some of it's best attributes to a needy world. One of these is the American method of real estate conveyance. The title industry and its associated services... In short, the American Title Insurance process is arguably the most efficient and cost-effective in the world» (HICK, 1998).

---

until the time a completed search package is printed”, says Hollenbeck. “This includes pulling land title records from an image repository based upon a prediction made by the computer of the documents to be considered by the title searcher or examiner”. In the past, a searcher would go to a number of different computer systems and run many chains of events to assemble a search package, says Hollenbeck. Now, the FASTSearch technology has the computer compile relevant records and also do the analytical work necessary to determine liens and vested ownership and actually make decisions. All of this can happen in six minutes as opposed to the old-fashioned method taking hours or even a full working day. Once the package is presented, a title examiner has the opportunity to decide if the software program made the right decisions» (extractos de FRANTZ, 1999). El sistema se ha expandido, de modo que, año y medio más tarde, «First American has designed a series of e-commerce systems that provide access to the title, mortgage, credit reports and other financial data required by its customers. FASTWeb provides instant access to mortgage solutions. FASTWin, operating from a Windows-compatible application, provides flexible desktop access to multiple products from a single source. FASTDirect provides a direct connect solution that interfaces with a customer's loan origination system (LOS). Each solution delivers appraisal and title information, credit reports and flood determinations. In addition, FASTCredit, a component of FASTWeb, delivers credit report data from three different credit bureau sources online in seconds» (BELL, 2000). Otras compañías desarrollan o disponen de sistemas con una orientación similar, aunque canalizan servicios con un grado muy diverso de integración. Por ejemplo, «RealEC», promovida por Fidelity y Stewart, conecta a los usuarios a una gran variedad de proveedores («Bundled Services Giants Team Up to Form New RE Network», *National Mortgage News*, vol. 23, núm. 5, 19 de octubre de 1998, pág. 46). La propia First American ha lanzado un consorcio sectorial, «Data Trace», con esta finalidad de proporcionar servicios que permitan al usuario conectarse con múltiples bases de datos («First American Announces Database Deals with Two Business Rivals», *National Mortgage News*, vol. 24, núm. 46, 7 de agosto de 2000, pág. 3).

(84) Es también la única forma de seguro que se inventó allí, según JOHNSTONE (1957, pág. 492, citado por PALOMAR, 2000, 1-1).

En el mismo sentido, se expresa la asociación sectorial: «America is home to the most efficient land transfer system in the world» (85). Asimismo, los pioneros del mercado en Europa son igualmente optimistas acerca del tamaño del mercado potencial: «The scope of the business is virtually unlimited and the depth of the market rivals that of the U.S. Title insurance in Europe will become a multi billion euro business within the next ten years and if present trends are accurate, probably much sooner» (L&E, 2000, pág. 22).

De ser cierta, esta superioridad del seguro de títulos tendría, además, gran trascendencia para el debate sobre el desarrollo de sistemas fiables de derechos de propiedad en los países subdesarrollados y antiguos países de economía planificada. Algunos autores de hecho defienden el uso del seguro de títulos en Rusia, alegando que la situación es muy similar a la de Estados Unidos (86).

Sin embargo, hoy por hoy no está claro que los hechos respalden las aspiraciones de los aseguradores estadounidenses. Por un lado, el seguro de títulos es sólo un elemento importante pero complementario de los sistemas registrales, y su valoración es inseparable de la que éstos merecen, asunto que hemos analizado en otros trabajos (87). Por otro lado, en el terreno empírico, su presencia internacional es escasa (88), y ello porque, como veremos, su papel está muy condicionado por el desarrollo de las instituciones jurídicas.

Repasemos la situación internacional antes de evaluar cuál puede ser el papel del seguro de títulos en los diversos sistemas.

---

(85) Según una de las páginas en Internet de la American Land Title Association («The American Land Title Association: Putting People in Homes with Confidence», <http://www.alta.org/store/catalog/index.htm>, visitada el 2 de junio de 2001).

(86) Por ejemplo, JAFFEE y KAGANOVA (1996, 2001) afirman que «the process of establishing real estate markets in present-day Russia are very similar to the history of this process in the US (such as rapid privatization over geographically vast territories, the rapid development of local markets, and the absence of a strong and effective centralized administrative system), so adopting the mechanisms that arose historically in the US seems natural and inevitable. Indeed, title insurance has already appeared in some cities, including St. Petersburg. As a result, St. Petersburg has a hybrid of the two internationally known models, which unfortunately means it is borrowing the shortcomings of the two “pure” models: the slowness of state registration and the high cost of title insurance» (JAFFEE y KAGANOVA, 1996, pág. 18).

(87) Véase, sobre todo, ARRUÑADA (2003) así, como, para una modelización más formal, ARRUÑADA y GAROUPA (2002).

(88) Baste, por ahora, con señalar que la empresa que en enero de 2001 presumía de liderar el mercado internacional, First American Title Insurance Company, operaba desde Ontario, Canadá, una red internacional de oficinas, pero su presencia se limitaba a Australia, Bahamas, Canadá, Corea, Escocia, Guam e Islas Marianas, Inglaterra, Irlanda, Islas Vírgenes y Puerto Rico (atendiendo países del Caribe y América Central). Los demás países se atendían directamente desde su oficina de operaciones internacionales (First American Title Insurance Company, 2001).

## 5.2. EVIDENCIA INTERNACIONAL

5.2.1. *Panorama general*

A falta de datos sobre el volumen de ingresos obtenido por las aseguradoras fuera de Estados Unidos, el dato más representativo de la importancia de las operaciones exteriores de las compañías lo proporciona su presencia internacional. Como resume la Tabla 4, esta presencia es reducida, tanto por su escasa cobertura geográfica como por requerir pocas inversiones. La implantación de las compañías se reduce a regiones económicamente integradas en los Estados Unidos, como Canadá, Puerto Rico y las islas del Pacífico. Fuera de esas áreas, la presencia de las aseguradoras es incipiente o se instrumenta mediante agentes y desde oficinas situadas en otros países. Según BURKE (2000, págs. 1-33 a 1-34), sólo tienen una presencia sólida en Canadá, con presencia de algunas compañías en México (Stewart), e Inglaterra y Polonia (First American).

TABLA 4  
LA PRESENCIA INTERNACIONAL DE LAS SEIS PRINCIPALES  
ASEGURADORAS DE TÍTULOS MÁS LONDON & EUROPEAN

	<i>Chicago Title and Trust Company</i>	<i>Fidelity National Title Insurance Company</i>	<i>First American Title Insurance Company</i>	<i>Land America Financial Group</i>	<i>London &amp; European</i>	<i>Old Republic Title Company</i>	<i>Stewart Title Company</i>
Australia			***				
Bahamas		*	***				*
Belice							***
Canadá	***		***	**			**
Corea			**				
Costa Rica							**
Escocia			***				
España					**		
Francia					***		
Guam y Marianas	*		***			**	
Inglaterra			***		***		**
Irlanda			**				
Islas Vírgenes	**	*	**				
Israel				*			*
México	*			*			*
Polonia							**

TABLA 4 (Continuación)  
LA PRESENCIA INTERNACIONAL DE LAS SEIS PRINCIPALES  
ASEGURADORAS DE TÍTULOS MÁS LONDON & EUROPEAN

	<i>Chicago Title and Trust Company</i>	<i>Fidelity National Title Insurance Company</i>	<i>First American Title Insurance Company</i>	<i>Land America Financial Group</i>	<i>London &amp; European</i>	<i>Old Republic Title Company</i>	<i>Stewart Title Company</i>
Puerto Rico	*	*	**			*	
República Dominicana							**

*Fuente:* Elaborado a partir de: (a) los datos que presentan las páginas de las compañías en Internet; (b) los artículos de prensa recogidos sobre el asunto por las bases de información EBSCO, en febrero de 2001; y (c) comprobación directa con fuentes de todas las compañías.

*Notas:* (1) Los asteriscos significan distintos tipos de presencia en cada país: (\*) venta mediante agentes o por acuerdo con una aseguradora local; (\*\*) venta a través de una oficina abierta en el país; (\*\*\*) venta a través de una filial creada en el propio país. (2) Se incluyen las seis principales aseguradoras, que acaparan entre sí aproximadamente el 90 por 100 del mercado estadounidense, con base en datos de la NAIC, más London and European, que es filial de la francesa April Group y se incluye por la importancia de su presencia internacional, pese a que no asegura títulos en los Estados Unidos. (3) Se proporcionan datos por separado de la implantación de Chicago Title, pese a haber sido adquirida por Fidelity en 1999, por ser dicha implantación muy diferente de la de su matriz.

Adicionalmente, los aseguradores muestran diversos grados de adaptación en cada mercado. En aquellos países donde operan directamente suelen vender pólizas adaptadas a los riesgos específicos que los inversores en ese mercado, cubriendo aquellos riesgos que los aseguradores consideran aceptables. Estas pólizas ajustadas a cada país suelen estar sujetas a las leyes y tribunales locales. Otros mercados, en cambio, se sirven desde las oficinas centrales del asegurador. Las operaciones se consideran de forma individual y, si existe una demanda apreciable, se vende el seguro según un modelo de póliza internacional, ello tras haber examinado (*due diligence*) los riesgos generales que presenta el mercado.

Estas pólizas internacionales proporcionan menos cobertura que las pólizas estándar vendidas en los Estados Unidos (89). Además, aseguran contra

(89) Por ejemplo, cuando se las compara con el modelo de 1992 de póliza de acreedor de la ALTA, ninguna de las tres principales pólizas internacionales asegura contra la «unmarketability» del título, créditos refaccionarios y algunos derechos ligados a las leyes sobre quiebras. Tampoco cubren la no validez de la subrogación de hipotecas, lo cual resulta llamativo si consideramos que la titulización se usa a menudo como un argumento

algunos riesgos que no requieren cobertura y, sin embargo, excluyen otros riesgos que sí la requieren, sobre todo aquellos asociados a derechos contradictorios que tienen eficacia real pese a no estar registrados. También cubren otros riesgos de manera demasiado vaga y a menudo están escritas para una jurisdicción diferente. Parece que, al carecer de conocimiento suficiente sobre qué riesgos son o no asegurables, cuáles son las cláusulas eficientes y cuáles los precios factibles, los aseguradores optan por excluir todos los riesgos de difícil evaluación. Ciertamente, escribir pólizas es costoso, y los incentivos para innovar en su diseño quedan reducidos por la posibilidad de imitación, como pone de relieve el que First American haya registrado derechos de autor sobre su póliza internacional, lo cual sucede por primera vez en el sector. Como consecuencia, es dudoso si estas pólizas proporcionan al asegurado una cobertura valiosa o tan sólo una ilusión de seguridad.

Además de las dudas que suscita su cobertura, estas pólizas internacionales están diseñadas para adquirentes que operan en mercados extranjeros, dado que no están regidas por las leyes ni se acogen a los tribunales del país donde se ubica la propiedad sino a los del país de origen de los adquirentes (los Estados Unidos, excepto para las pólizas vendidas en Canadá y el Reino Unido), aunque ello no obsta, obviamente, para que el asegurador haya de defender el título en el país donde se encuentre ubicada la finca.

Este negocio internacional sirve así la demanda de individuos y empresas que, por estar poco familiarizados con sistemas extranjeros, tienden a demandar el seguro de títulos para alcanzar su nivel habitual de seguridad (90). Como consecuencia, la expansión de este tipo de seguro se ve favorecida por la mundialización de la economía, que incrementa la importancia de las asimetrías informativas de quienes contratan en países extranjeros. Esta demanda ligada a operaciones internacionales ha sido tan notable que en los años noventa, algunas empresas, en especial First American, modificaron su estrategia comercial en el extranjero, enfatizando no tanto la seguridad adicional como la rapidez y sencillez que el seguro de títulos aporta a las transacciones

---

de ventas del seguro de títulos. También se excluyen riesgos específicos, relacionados con acciones de gobierno, derechos de aborígenes, reclamaciones resultantes de guerras, y derechos sobre aguas y minerales. Asimismo, algunas de estas pólizas internacionales y varias de las nacionales especifican la cobertura o exclusión de diversos riesgos adicionales como, por ejemplo, la posibilidad de que las fincas resulten afectadas por derechos ejidales que surgen con la revolución mexicana. Sin embargo, algunas de estas inclusiones explícitas pueden representar un papel ambiguo en cuanto a la cobertura pues, al contemplar posibles defectos individuales diluyen la cobertura de defectos más generales. Véase el § 21.04 del Suplemento de junio de 2002 de *Title Insurance Law* (PALOMAR, 2000) para un análisis exhaustivo de las pólizas disponibles en 2002.

(90) Su introducción fuera de los Estados Unidos parece haber seguido siempre esta lógica. Véanse, por ejemplo, los casos del Reino Unido (OETRING, 1974) y Canadá (MELNITZER, 1999).

inmobiliarias (GRIFFERTY, 1999) (91). De modo similar, el negocio original de la aseguradora líder en Europa se ha centrado en asegurar las compras de expatriados británicos en la costa mediterránea.

La naturaleza de esta demanda de aseguramiento en operaciones transnacionales encierra diversas consecuencias para la evolución del sector. Por un lado, la naturaleza del servicio que se proporciona a esos clientes tiene un carácter diferente del seguro de títulos convencional, el demandado por los operadores en sus propios países, y constituye por ello una base endeble para el desarrollo futuro del sector. El motivo es que esa demanda puede ser transitoria, no tanto por estar ligada a la evolución del comercio internacional, como porque la experiencia de algunos operadores e instituciones tiende a aumentar con el paso del tiempo, a medida que efectúan más operaciones en el extranjero, sobre todo en países dotados con sistemas registrales más fiables que los de los países de origen de los inversores. Por otro lado, el hecho de que los inversores demanden seguridad adicional cuando adquieren en mercados foráneos hace más llamativa la escasa presencia de los aseguradores de títulos estadounidenses, sobre todo si se piensa en lo fácil que hubiera sido vender seguros de títulos a las multinacionales estadounidenses durante su expansión internacional de los años 1950 y 1960. Este escaso desarrollo también sorprende cuando se considera que la «titulización» o *securitization* de créditos, incluyendo los hipotecarios, es un invento fundamentalmente estadounidense, el cual contribuyó grandemente al desarrollo del seguro de títulos en los Estados Unidos. De modo similar, la escasa implantación internacional de las aseguradoras de títulos estadounidenses contrasta con la de empresas pertenecientes a sectores relativamente próximos, como la intermediación de inmuebles comerciales, la asesoría jurídica o la auditoría de estados financieros. Es revelador también que la antigua empresa matriz de una de las aseguradoras más activas en Europa, con presencia en el Reino Unido, Francia y España, considerase el negocio europeo como otro «nicho de mercado» que añadir a su cartera de negocios, compuesta toda ella, a su vez, por empresas especializadas en nichos diversos, entre los cuales en su país de origen no figuraba, curiosamente, el seguro de títulos (92).

Por último, para terminar con este panorama de la evolución general, no parecen haber tenido éxito los intentos de vender seguros en los antiguos

---

(91) Se achaca a este cambio lo espectacular de su crecimiento: «As recently as 1990, there were fewer than 100 title policies written abroad... In 1998, First American Title Insurance Co. issued more than 110,000 title policies outside of the United States». La expansión se ha basado en asegurar las compras que efectúan los clientes estadounidenses en el extranjero, para lo cual han desarrollado una póliza estandarizada que emite desde tres sedes y que ofrece como una de sus ventajas principales la de que la eventual litigación se efectúe ante un tribunal estadounidense. Véase un ejemplo de los argumentos que se emplean para la promoción de este tipo de servicio en MURDOCK (2000).

(92) Véase la sección 5.2.6.

países de economía planificada, quizá porque las dificultades que existen para hacer funcionar bien sus registros de derechos son las mismas que padecería el aseguramiento económico de los títulos. Con base en el análisis de las secciones precedentes, es discutible la supuesta similitud de la Rusia actual con los Estados Unidos del XIX. Para funcionar correctamente y a bajo coste, tanto el registro de derechos como el seguro de títulos necesitan leyes claras y un sistema judicial competente. El seguro no nació en los Estados Unidos para suplir la ausencia de leyes ni la incompetencia de los tribunales, sino para completar la responsabilidad de los profesionales (93). Posiblemente, la venta de seguros de títulos a un precio aceptable, tal que haga posible el funcionamiento de un mercado, requiere que funcionen correctamente tanto el Registro Público de documentos, que es quien establece la prioridad de los títulos, como los tribunales, encargados de decidir las posibles contradicciones entre derechos. Estas condiciones hacen que el desarrollo del seguro de títulos sea más difícil que, por ejemplo, el de seguros de automóviles y que apenas se hayan contratado seguros de títulos en las economías en transición del Este de Europa.

### 5.2.2. *Canadá: aseguradoras y abogados*

Antes de valorar el papel del seguro de títulos en Europa, es de interés examinar la interacción entre el seguro de títulos y lo ocurrido en diversos países con Registros de la Propiedad más o menos eficaces.

El seguro de títulos, cuyas pólizas empezaron a comercializarse en Canadá en 1956, se ha usado en la región de Ontario, alrededor de Toronto, durante mucho tiempo (94). Tradicionalmente, en esta región, los abogados emitían sus dictámenes sobre la base de la evidencia que proporcionaban los registros públicos (95). Hasta los años noventa, las pólizas eran similares a las de Estados Unidos y sólo se empleaba para satisfacer las demandas de agilidad y seguridad adicional de las empresas estadounidenses. Desde entonces, sin embargo, las aseguradoras, lideradas por First American, han ido consiguiendo que la póliza de seguro sustituya el dictamen del abogado en las

---

(93) Una posible excepción es la costa Oeste, donde los títulos sufrieron incertidumbres notables como consecuencia del dudoso status de los títulos hispano-mexicanos y de la existencia de derechos posesorios contradictorios. Sin embargo, incluso allí, los aseguradores pudieron operar sobre la base de un poder judicial independiente y fiable.

(94) Sobre la situación del seguro de títulos en Canadá, véanse TROISTER y WATERS (1996), MCKENNA (1998, 1999a, 1999b) y MELNITZER (1999).

(95) La región de Ontario, que incluye la ciudad de Toronto, ha transformado su antiguo sistema de registro de documentos, curiosamente denominado sistema «Registry», en uno de registro de derechos, denominado de «Land Titles» (Troister and Waters, 1996).

transacciones residenciales corrientes. Así, ya en 1999 la mayoría de los bancos ya aceptaba el seguro, en lugar de la opinión del abogado, para transacciones rutinarias. Además, algunos bancos ofrecían seguro de títulos como parte de su oferta de servicios de refinanciación, evitando la intervención de abogados (MELNITZER, 1999a) (96). Es revelador el hecho de que la demanda del seguro de títulos aumentase sólo cuando las pólizas comenzaron a ser promocionadas como cobertura contra los riesgos que surgen en el cierre y la liquidación de las operaciones, en lugar de los títulos registrados (RUSH, 1997). En paralelo, los aseguradores empezaron a proporcionar servicios integrales para las transmisiones inmobiliarias mediante la apertura de «closing centers» a cargo de abogados patrocinados por el asegurador y especializados en operaciones inmobiliarias.

La reacción de los abogados presenta gran interés, pues desde el otoño de 1997 han ofrecido un seguro de títulos propio. Este producto, comercializado con el nombre de «TitlePLUS», es un seguro complementario promovido por la Lawyers Professional Indemnity Co. (LPIC), la compañía que asegura la responsabilidad profesional y que es propiedad de su asociación profesional la *Law Society of Upper Canada*. TitlePLUS complementa el seguro de responsabilidad proporcionando un seguro que indemniza sin necesidad de que medie culpa o negligencia, proporcionando «no-fault errors and omissions insurance for non-title mistakes made by lawyers while providing advice on the real estate transaction» (MELNITZER, 1999). Con ello consiguen que el cliente quede cubierto contra más riesgos de los que cubre el seguro importado de los Estados Unidos, como atrasos de agua, gas y electricidad, atrasos fiscales y regulación urbanística (97), si bien existe discrepancia al respecto. Además, hace posible que los abogados compitan con las aseguradoras, pues las pólizas de éstas permiten que el asegurador se subrogue contra el abogado que haya dictaminado el título de forma defectuosa, cuya responsabilidad profesional está asegurada en régimen de monopolio por LPIC (O'DONNELL, 1997).

Los colegios de abogados de las provincias occidentales del Canadá optaron por una política diferente, pero en la misma dirección, pues en febrero de 2001 extendieron la cobertura de su régimen de responsabilidad profesional introduciendo el *Western Provinces Conveyancing Protocol*. Su intención era que la responsabilidad profesional cubriese sobre bases actuariales algu-

---

(96) Las pólizas canadienses «don't insure non-title matters or lawyers' advice in a real estate transaction not related to title. Unlike lawyers' opinions, however, title insurers protect consumers against defects not on the public record and arising after closing, such as forgery, fraud, concealed marriages, survey errors, disputed boundaries, missing heirs, unregistered easements and adverse possession» (MELNITZER, 1999).

(97) Véase, para un mayor detalle y modelos de pólizas, «TitlePLUS: The Future of Residential Conveyancing» (<http://www.titleplus.ca>, visitada el 2 de junio de 2001).

nos riesgos adicionales en las hipotecas sobre transacciones residenciales contratadas por las instituciones crediticias que acordasen seguir el protocolo. Se pretendía que, en Alberta, Saskatchewan y Manitoba, donde la existencia de un notable *gap* registral hizo necesario el uso de financiación-puente, los dictámenes de los abogados permitiesen disponer de los fondos al registrar la hipoteca (The Law Society of British Columbia, 2001). No parece haber tenido el éxito esperado, sin embargo.

### 5.2.3. *Puerto Rico: seguro para el gap o brecha registral*

El sistema registral de Puerto Rico, basado en un registro de derechos similar al español, padece retrasos considerables en la calificación registral, al igual que ocurrió con el desaparecido Registro Torrens en el Condado de Cook (en el que se sitúa la ciudad de Chicago). Gran número de documentos han sido «presentados» e inscritos en el libro diario, con lo que ya han ganado prioridad, pero se encuentran en espera de ser calificados y asentados en el libro de inscripciones. Consiguientemente, la validez del asiento de presentación ha tenido que extenderse hasta cuatro años y han entrado las aseguradoras privadas para cubrir el riesgo en el período que media entre presentación y calificación, en respuesta sobre todo a la demanda de los inversores en el mercado secundario de hipotecas.

Según expertos locales, las pólizas son, en promedio, un 20 por 100 más baratas que en el continente, quizá como consecuencia de que, generalmente, sólo aseguran el período que media entre la presentación y la calificación; o bien porque no han necesitado crear *title plants* (aunque alguna de ellas lo intentó en determinado momento, pero se le impidió tener a uno de sus empleados trabajando en el propio registro con el fin de ir vaciando su información), sino que contratan investigadores que acuden al registro y examinan directamente los libros y los documentos presentados. Cobran entre 35 y 50 dólares por efectuar este examen y dictaminar acerca de si el título se va a inscribir o no. A menudo, las propias compañías de seguro dictaminan la validez de los títulos sin emitir ulteriormente una póliza. Funcionan varias compañías, pero tres de ellas, que ofrecen servicios completos, copan más del 70 por 100 del mercado. Aparentemente, algunos notarios recomiendan adquirir seguro incluso en las compraventas, quizá actuando como agentes.

### 5.2.4. *Australia, México e Israel*

La contratación de seguros privados de títulos era desconocida en Australia hasta que en los años 2001-2002 una filial de First American creada en

1998 empezó a comercializar un seguro con características similares al que la misma compañía vende en Canadá (98). La póliza está dirigida a operaciones de refinanciación, en las que elimina el *gap* entre la firma de la hipoteca por el deudor y el cierre de la operación, un *gap* que entrañaba riesgo porque algún error podía resultar en que la hipoteca no fuera registrada (99). Los abogados reaccionaron intentando contratar una póliza para hacer posible que el acreedor se resarciera de las posibles pérdidas sin necesidad de demostrar que el abogado ha incurrido en negligencia (100).

La información disponible sobre otros países es más escasa. Según los datos que proporcionan las propias aseguradoras, tres de ellas venden seguros de títulos en México mediante pólizas específicas para este país. En Israel, al menos una compañía, LandAmerica, alcanzó en 2001 un acuerdo para reasegurar seguros de títulos emitidos por una empresa local (101), mientras que otra compañía, Stewart, asegura hipotecas desde 1998 (102).

---

(98) Stewart Title Ltd., una filial de la estadounidense Stewart Title Guaranty Co. Obtuvo licencia para operar en Australia en marzo de 2003.

(99) O'CONNOR concluye su valoración de las pólizas de seguro de títulos comercializadas en Australia con las siguientes apreciaciones: «1. It provides coverage against certain title risks not covered by the Torrens State guarantee and compensation provisions, including many overriding interests, and the risk of loss of priority to another interest in the gap between settlement and registration... 2. Where an insured risk is one that also entitles the insured to compensation under the Torrens provisions, it is more advantageous to claim under the policy. The policy provides no fault cover as a «first resort» without legal technicalities and procedural hurdles, and without the need to incur costs in making a claim. Moreover, the insurer will try to fix the title problem, which is usually a preferable outcome for the insured than to sustain a loss and receive compensation. 3. An owner's policy covers a range of perils that are not title risks and have nothing to do with the Torrens system, such as the risk of having to rectify an existing contravention of zoning and building laws... 4. An owner's policy may be endorsed to insure over a known risk. Previously, a purchaser's options were limited to (i) rescission (if the remedy was available in the circumstances); and (ii) assumption of the risk. 5. If a purchaser is title insured, many risks of errors and omissions in the conveyancing transaction are transferred from the legal practitioner (or his or her PI insurer) to the title insurer... 6. In some cases, title insurance may allow a purchaser to dispense with off-title searches and surveys, relying on their insurance cover against unknown defects...» (O'CONNOR, 2003b, pág. 23).

(100) Véanse LAVELLE (2002) y O'CONNOR (2003a, 2003b).

(101) Según un comunicado de LandAmerica (*Industry News Briefs*, 9 de febrero de 2001, <http://www.alta.org/indynews/2001/articles/0209b.htm>; visitada el 3 de junio de 2001).

(102) Según «Stewart Forms Israel's First Mortgage Insurance Company» (*comunicado de prensa*, Houston, 19 de mayo de 1998, <http://www.stewart.com/stewartnews/releases/archives/1998/may-19-1998.htm>, visitada el 3 de junio de 2001).

### 5.2.5. Reino Unido: seguros de hipotecas, de defectos y de títulos

En el Reino Unido, han existido durante siglos, diversas modalidades de seguro más o menos similares al seguro de títulos propiamente dicho. La más antigua y simple consistía en que un tercero proveyese una garantía contractual por evicción. También tiene una larga historia la contratación de *Defective Title Insurance* que, al contrario que el seguro de títulos, asegura contra un defecto puesto de relieve en una búsqueda previa, como puede ser, por ejemplo, una cláusula restrictiva que pudiera causar problemas (CRIBBET, 1975, pág. 309) (103). Se ha ido convirtiendo en la solución al uso cuando se observan defectos en los títulos, defectos que suelen estar motivados por antiguos errores y pérdidas de las escrituras. La demanda de este seguro ha ido aumentando al unísono con los nuevos estándares que se exigen en las transmisiones, cuya elevación ha llevado a dudar, de forma quizá no siempre justificada, de la calidad de títulos que habían sido considerado sólidos. No obstante, se ha discutido su necesidad y eficacia (104), cuya existencia da pie a acusar al HM Land Register de no cumplir sus funciones y haberse convertido en un estorbo insignificante, preocupado por detalles triviales (105), acusación que seguramente resuena en los oídos del lector respecto a instituciones semejantes de otros países. El desarrollo del mercado parece haberse animado un tanto con la crisis inmobiliaria de mitad de los años ochenta, que llevó a algunos bancos a demandar por negligencia a los *solicitors* y tasadores que habían intervenido en transacciones que terminaron en insolvencia, aunque es escasa la información de la que disponemos al respecto. Estos pleitos causaron un déficit de cuatro millones de libras en el fondo asegurador de los

---

(103) El Defective Title Insurance se equipara, pues, a la contratación de una cobertura adicional de riesgos conocidos, pero aleatorios, en el seguro de títulos estadounidense (apartado 1.3). Sus precios en Inglaterra dependen de la naturaleza del defecto. Countrywide, una empresa asociada a la Law Society, provee como guía las primas siguientes: por títulos perdidos, 0,125 por 100; por títulos posesorios, 0,20 por 100; por usucapión, desde el 0,35 al 0,50 por 100. Obviamente, las primas finales dependen del nivel percibido de riesgo y tienen un mínimo de 120 libras, así como descuentos por franquicia ([http://www.countrywidelegal.co.uk/technical\\_briefs/DTI.html](http://www.countrywidelegal.co.uk/technical_briefs/DTI.html), visitada el 18 de septiembre 2001).

(104) Resulta de interés comparar las valoraciones a este respecto de una firma de *solicitors* (SWARBRICK, 2001a y 2001b) y de una compañía de seguros (London & European Title Insurance Services, en Webster [1999a, 1999b]), para lo cual conviene tener en cuenta que en cierto modo ambas organizaciones compiten entre sí, pues la depuración de los títulos se opone a su simple aseguramiento, sobre todo si, al contrario que en los Estados Unidos, en Inglaterra las aseguradoras parecen funcionar sobre bases más actuariales que de depuración de defectos.

(105) «In 1925, the Land Registry was established ... to make good defective titles ... The Land Registry seems entirely to have forgotten this, and is usually a pettifoggling hindrance» (SWARBRICK, 2001b), «and there are clear examples of them creating difficulties unnecessarily with heartfelt, ok bored, cries of "It's policy"» (2000a).

*solicitors* (el Solicitors Indemnity Fund). Se señala que, desde entonces, los bancos empezaron a contratar seguros (es de suponer que de hipoteca, *Mortgage Guarantee Insurance*) para no depender de la litigación, y los *solicitors* a adquirir *Defective Title Insurance* para cubrirse contra riesgos específicos (Hick, 1998). Es de interés observar, en todo caso, una vez más, cómo la quiebra de las garantías convencionales incentiva la creación de nuevos operadores que cubren la demanda de seguridad insatisfecha (como ocurrió en su día con la propia invención del seguro de títulos, o con su entrada en Puerto Rico).

Más recientemente, tres compañías, dos de ellas filiales de aseguradoras estadounidenses, empezaron a vender seguros que aseguran contra defectos desconocidos (106). Los riesgos cubiertos en Inglaterra por este seguro de títulos propiamente dicho son los siguientes:

«Confusion from similarity of names; forged or missing documents; signatures of minors or mentally incompetent persons; signatures made under duress; mistakes in recording legal documents; undisclosed or missing legal documents; undisclosed or missing heirs; fraud; invalid divorces; misrepresentation of marital status; unpaid taxes; clerical errors in public records; wills not probated; erroneous searches; inadequate rights of access; inaccurate boundary descriptions; voidable or invalid deeds. [Además, la aseguradoras] will: defend the policyholder's title in the courts; correct or clear the title when possible; [and] pay in the event of an unsuccessful defence of the title» (PRATT, 1988, pág. 24).

Los vendedores de este tipo de seguro, el *Title Insurance*, afirman que es menos costoso y que hace innecesario el *Defective Title Insurance* (WEBSTER, 1999b) (107), si bien ambas afirmaciones parecen un tanto dudosas, escon-

---

(106) Se suele contratar también la *Mortgage Guarantee Insurance*, que asegura al acreedor contra el riesgo de que el valor de la finca descienda por debajo del de la deuda; pero no se trata, por tanto, de un seguro de título propiamente dicho.

(107) Según WEBSTER (1999a), en el Reino Unido, el seguro cubre tanto riesgos desconocidos (forgery of documents, undisclosed rights of third parties, erroneous identification of borrowers), que no serían desvelados en una búsqueda; como conocidos (a deed of gift potentially challenged, defective leases, restrictive covenants that have been breached, undocumented rights of way, adverse possession), que sí serían descubiertos en una búsqueda; así como fallos de los que intervienen en la transacción (professional negligence). Además, en el Reino Unido, se subraya como una de sus grandes virtudes el que evita la necesidad de efectuar búsquedas relativas a archivos municipales y riesgos asociados a antiguas minas, lo que permite acelerar considerablemente el cierre de las transmisiones. En cambio, en Francia y en España sólo asegura defectos desconocidos, que se materializan después de la compraventa, si bien aspira a ser capaz en el futuro de cubrir también riesgos conocidos en ambos países.

diendo un posible sesgo de selección. De existir, las diferencias de precio posiblemente se basan en las limitaciones existentes en la cobertura efectiva del *Title Insurance*, sobre la cual se han manifestado dudas (108), y en su carácter actuarial.

El tipo de riesgos cubiertos y la ausencia de una investigación previa indican que en el Reino Unido el seguro de títulos propiamente dicho funciona sobre bases actuariales. Los datos de la aseguradora que lidera el mercado (Tabla 5), corroboran esta valoración, pues el porcentaje que ha pagado por indemnizaciones es superior al de las aseguradoras estadounidenses (109). Ciertamente, la serie de datos es demasiado corta para conocer esta relación con certeza, pues se ignora qué parte de las pérdidas se demostrarán recuperables. Por un lado, la experiencia estadounidense lleva a pensar que el volumen de pérdidas va a ser mayor en el Reino Unido, si atendemos a que en los Estados Unidos la mayoría de las pérdidas se producen (de acuerdo con la propia L&E) en los primeros siete años de vida de las pólizas (110), y la mayoría de las emitidas en el Reino Unido son muy jóvenes y aún pueden dar lugar, por tanto, a un notable volumen de pérdidas adicionales. Además, las estimaciones de L&E para los Estados Unidos parecen optimistas. Según N. R. Lipshutz, en comunicación personal al autor, los seguros pagan allí indemnizaciones hasta unos veinte años después de la firma de la póliza y probablemente el 20 por 100 de las pérdidas se produce una vez transcurridos diez años. En contrapartida, por otro lado, también es posible que la mayor incidencia de las pérdidas en el Reino Unido obedezca al carácter incipiente del mercado. De ser así, es de esperar que las pérdidas se reduzcan en el futuro, a medida que los aseguradores mejoran sus procesos de selección de riesgos.

---

(108) «We also all know of situations in which insurance companies, for what ever reason, reject liability. After a claim is made, insurance companies have been known to find how the insurance proposal was wrong all along, and to reject liability» (SWARBRICK, 2001b).

(109) Es notable que el pago de uno solo de estos siniestros haya comportado el 41,5 por 100 de la facturación anual en 1998.

(110) La propia L&E afirma que la aparición de siniestros en Inglaterra y Francia sigue la pauta de los Estados Unidos, con dos picos: El primero se produce en los años primero y segundo, tras la firma de la póliza, y está motivado por episodios de fraude que se llevan el 2 y 1,5 por 100 de la prima. El segundo pico tiene lugar al venderse o hipotecarse el inmueble, hacia el séptimo año. Tiene mayor importancia, que se estima en un 5 por 100 de la prima. Adicionalmente, en los años intermedios, las indemnizaciones comportan un 0,5 por 100 y están motivadas por conflictos acerca de lindes y derechos de paso (L&E, 2000, págs. 19-20). El total que resulta de estas cifras (10,5 por 100) apoya la interpretación dada en el texto, según la cual el funcionamiento más actuarial del seguro llevaría a las compañías a incurrir en un mayor volumen de pérdidas en Europa que en los Estados Unidos (donde el promedio para el período entre 1968 y 1994 es del 6,6 por 100).

TABLA 5  
EVOLUCIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES PAGADAS POR  
LONDON & EUROPEAN EN EL REINO UNIDO

	1995	1996	1997	1998	1999	2000 (Oct)	Total
Importe total de las primas (£)	809	39.732	49.762	705.784	1.441.446	1.611.538	3.849.071
Número de pólizas suscritas	14	635	800	12.835	27.270	32.745	74.299
Prima promedio (£)	58	63	62	55	53	49	52
Número de reclamaciones	0	0	0	3	4		7
Pagos por indemnizaciones (£)	0	0	0	290.550	56.478		347.028
Indemnizaciones no recuperables (£)	0	0	0	3.200	3.350		6.550
Ratio mínimo de pérdidas (basado en indemnizaciones no recuperables)	0,00%	0,00%	0,00%	0,45%	0,23%		0,29%
Ratio máximo de pérdidas (suponiendo que ninguna indemnización es recuperable)	0,00%	0,00%	0,00%	41,17%	3,92%		15,51%

Fuente: L&E (2000, pág. 18).

### 5.2.6. L&E: el líder europeo

La empresa líder en el Reino Unido (incluyendo no sólo Inglaterra y Gales, sino también Escocia e Irlanda del Norte) es London and European, L&E (que también opera con el nombre «European Title»), con una diferencia de siete a uno sobre el segundo asegurador (L&E, 2000, pág. 22). Las filiales británicas de dos aseguradoras estadounidenses, First American y Stewart Title, también venden, no obstante, seguros de títulos en el Reino Unido, dentro de sendos paquetes completos de servicios de transmisión inmobiliaria («Suremove» y «Homeowners' Factfile», respectivamente), que incorporan seguros de hogar y financiación puente (PRATT, 1988).

Por su liderazgo en Europa, donde está presente en el Reino Unido, Francia y España, merece un comentario aparte London and European.

Desde julio de 1998 a mayo de 2001, esta compañía fue filial del grupo asegurador estadounidense Frontier Insurance Group, FTR, especializado en comercializar una variedad de seguros en diversos «nichos» del mercado. Curiosamente, FTR no aseguraba títulos en los Estados Unidos, actividad para la que habría de estar constituida como sociedad de títulos y, además, tener su venta como único objeto social. FTR consideraba la venta de seguros de títulos en Europa como un nicho más, atendiendo las necesidades de los intermediarios financieros. En su página de Internet, definía así a su filial británica como «provider of title insurance to mortgage lenders in the United Kingdom» (énfasis añadido).

Desde 1998, FTR atravesó por serias dificultades financieras, al tener que aumentar las dotaciones a reservas. Como consecuencia, se vio obligada a aplazar el pago de dividendos a acciones preferentes y a cambiar de firma auditora. Sufrió también una reducción en la valoración de solvencia que merece a las agencias de *rating* (en el 2000, A.M. Best la clasifica como «C++» [«Marginal»] y Standard & Poor's como «BBB+») y, fue excluida de cotización en la Bolsa de Nueva York (NYSE), por no reunir algunos de los estándares requeridos, entre ellos el de capital mínimo (posteriormente, solicitó cotizar en un mercado extraoficial, el OTC Bulletin Board). La crisis dio lugar a cambios de consejeros y directivos y a la adopción de un plan de reestructuración radical, en el curso del cual se produjo la venta de numerosas filiales y una reducción drástica de personal, desde 1.600 a 680 empleados tan sólo en el año 2000, y la conversión de acciones preferentes en comunes. El 13 de marzo de 2001, la compañía anunciaba que su filial principal cesaba voluntariamente de emitir y renovar pólizas de seguros y que colaboraría con las autoridades reguladoras para lograr una retirada ordenada del mercado (111).

Como parte de esta liquidación de activos, en mayo de 2001, L&E fue vendida por unos cinco millones de dólares, aproximadamente la mitad de su cifra de ventas, a la empresa francesa April Group, radicada en Lyon, la cual se considera a sí misma un diseñador de servicios de seguro especializado en el «design and administration of policies and assistance with distribution» (112).

---

(111) Según fuentes de la propia compañía, a las que se puede acceder en [http://ir.stockmaster.com/wc/form/p1?template=ir/fttr/press\\_releases](http://ir.stockmaster.com/wc/form/p1?template=ir/fttr/press_releases), visitada el 4 de enero de 2001.

(112) April Group se define como un asegurador especializado: «APRIL GROUP has chosen an original positioning strategy in the marketplace by specialising in a particular part of the value chain that comprises the insurer's business. This is the design and administration of policies and assistance with distribution. Based on specialisation in the various fields concerned, this approach makes it possible to offer highly competitive solutions through improved cost management as well as an outstanding level of quality

El proyecto de London and European no tiene por qué verse afectado directamente por estos cambios. El seguro de títulos ha sido en Estados Unidos una actividad arriesgada, que dio lugar a numerosas quiebras y una regulación sustancial que pretende evitar su repetición. Sin embargo, L&E actúa como agente, asegurando y reasegurando sus riesgos con Lloyds, AXA y Marsh, empresas principales a escala mundial (113). Por otro lado, las características de L&E se ajustan a las de April, por haber seguido ambas una estrategia especializada en una de las fases del proceso productivo.

### 5.2.7. Francia: el competidor notarial

Una filial de L&E, London and European Insurance Services, empezó en abril de 1999 a comercializar seguros de títulos en Francia con la marca «Garantie Propriétaire Assur' Titre», actuando como «exclusive managing broker» para AXA Title, bajo un «five year agreement appointing London & European to underwrite title risks on its behalf in France» (L&E, 2000, pág. 22).

De acuerdo con su publicidad, el seguro es necesario en Francia para cubrir el riesgo de fraude (114), así como los siguientes:

«Une partie de votre propriété appartient en fait à un tiers qui l'avait dûment acquise. [b] La jouissance privative de votre jardin s'est transformée en jouissance commune à la suite d'une modification du règlement de copropriété antérieure à votre achat, ce dont vous n'aviez pas eu connaissance. [c] Votre jardin se voit amputé du quart de sa surface en raison d'une erreur de cadastre commise des années avant votre achat. [d] Une partie importante de votre maison a été édiflée par le précédent propriétaire sans aucun permis de construire et la municipalité vous en demande sa démolition. [e] Vos voisins réclament subitement, pièces à l'appui, un ancien droit de passage sous vos fenêtres, qui plus est en voiture. [f] A la suite

---

and service» («The Little Big Firm», <http://www.aprilgroup.com/wenapg01/accueil.asp>, visitada el 2 de junio de 2001).

(113) Al ser adquirida, L&E era «exclusive managing general agent for title insurance underwritten by participating syndicates at Lloyd's of London, led by SVB Syndicates Limited and reinsured with AXA Re» («Business & financial», *Insurance Advocate*, vol. 109, núm. 28, 18 de julio, 1998, pág. 26). AXA Re forma parte de AXA Group, el mayor grupo asegurador del mundo por volumen de activos.

(114) «Votre notaire est là pour vous conseiller et vérifier tous les documents mais il ne peut pas l'impossible. Il se retrouve démuné (et vous encore plus!) face aux fraudes ou erreurs indécélables des documents qui lui sont soumis» («Pourquoi la garantie propriétaire est-elle nécessaire?», <http://www.ftr.com/assur/Interest.htm>, visitada el 4 de enero de 2001).

de travaux décidés par l'administration antérieurement à votre achat et dont vous n'aviez pas eu connaissance à cette époque, le tracé de la route d'accès à votre propriété est modifié ne vous permettant plus de rentrer chez vous en voiture. [g] Vous découvrez au plus mauvais moment, c'est à dire lors de la revente de votre bien, que celui-ci est frappé depuis toujours d'un alignement alors que l'administration avait omis de le signaler dans les renseignements d'urbanisme, lors de votre acquisition. [h] Vous découvrez moins d'un an après votre acquisition, que la surface 'Loi Carrez' de votre appartement est inférieure de plus de 5% à la surface indiquée dans votre titre de propriété alors que le vendeur qui avait produit une attestation d'un géomètre expert, est insolvable ou introuvable» (115).

### 5.3. ESPAÑA: SEGURO ACTUARIAL Y «ENFORCEMENT» DE LA RESPONSABILIDAD

La misma compañía, London and European, fue también pionera en comercializar seguros de títulos de propiedad en España a través de la sociedad L&E Protección de la Propiedad, S. L. En principio, ha atendido, sobre todo, la demanda de clientes británicos que adquieren propiedades en España (116). Sin embargo, desde principios de 2001 intenta distribuir seguros de títulos de propiedad a través de entidades financieras y promotoras inmobiliarias.

#### 5.3.1. *Funcionamiento*

Se trata de un seguro de propietario que se dirige únicamente a viviendas. La prima es única y su importe, de 189,97 euros, no varía con el valor del inmueble. La cobertura máxima es de 360.000 euros. La duración inicial de la póliza es de diez años que se prorrogan anualmente de forma tácita hasta un total de veinte años. Sin embargo, en caso de transmisión del inmueble, no se produce subrogación del adquirente en los derechos del propietario anterior.

---

(115) «Les vices ou défauts qui surviennent le plus souvent...» (<http://www.ftr.com/assur/Examples.htm>, visitada el 4 de enero de 2001).

(116) Según información proporcionada al autor por Michael Johnson, por entonces su *Chief Solicitor* para el Reino Unido. Este segmento del mercado sigue particularmente activo. Por ejemplo, la agencia inmobiliaria «Images of Andalucía», especializada en transacciones con adquirentes extranjeros, afirma que vende todas sus propiedades con el seguro de títulos de Génesis-Metlife (<http://www.imagesofandalucia.com/searchnew/searchnew.html>, visitada el 27 de mayo, 2003).

Tras producirse un siniestro, que el asegurado debe comunicar al asegurador en un plazo de siete días, el asegurador está obligado a intentar reparar el daño antes de transcurridos seis meses, al cabo de los cuales, si no consigue repararlo, está obligado a pagar al asegurado, en un plazo máximo de cuarenta días, la indemnización que le corresponda. En ese momento, el asegurado puede elegir entre vender el inmueble al asegurador a cambio de la indemnización máxima fijada en las condiciones particulares o bien percibir una compensación por el perjuicio efectivamente sufrido.

### 5.3.2. Cobertura

Los riesgos que cubre la póliza comercializada en España son aquellos que produzcan al asegurado un perjuicio económico e inesperado, ya sea porque el asegurado, al suscribir la póliza, desconocía que dicho título no se otorgó libre de cargas, o porque se haya producido contra su título alguna reclamación adversa. Este último caso se especifica de forma restrictiva, al excluir aquellas reclamaciones con origen en riesgos asumidos, conocidos o conocibles por el asegurado, o en cambios legales y reales en la calificación, descripción y estado de cargas del inmueble como consecuencia de hechos y actos jurídicos posteriores a la escritura por parte tanto de organismos públicos como del asegurado o de «quien estuviera capacitado legalmente para ello». La cobertura queda delimitada con más precisión en el punto segundo de dicho artículo cuarto, que enumera una lista cerrada de los riesgos cubiertos y excluye de cobertura cualesquiera otros riesgos que no menciona explícitamente.

Así definidos, los riesgos cubiertos son, en suma, los siguientes (117): denegación de la inscripción registral por advertir el registrador faltas en cuanto a la forma del otorgamiento, la capacidad de los otorgantes o la validez de la compraventa; estafa con fraude documental en la transmisión; entrega de un inmueble con menor superficie real que la pactada; pérdida de documentos, escrituras y libros registrales; segunda venta, anterior a la entrega del bien al asegurado, por parte del transmitente; venta por persona distinta del transmitente a un tercero que desconozca que aquel no es propietario; nulidad por quiebra del vendedor; no inscripción registral derivada de la falsedad por parte del transmitente sobre el carácter de vivienda habitual; defecto o interrupción en la cadena de los anteriores titulares registrales tal que impida la inscripción; reivindicación por propietarios anteriores; error sobre vecindad civil del vendedor; representación del vendedor mediante un

---

(117) Véase el texto completo en el Anexo A.

poder revocado; retracto por arrendatario; existencia de inquilinos pese a haberse manifestado el vendedor en sentido contrario en la escritura; gastos de comunidad de los que el comprador no fue informado; cargas no registradas ni conocidas por el comprador; imposibilidad de acceso al inmueble por no existir acceso o negarse el vendedor o personas relacionadas a abandonarlo; menor superficie de las plazas de garaje respecto al tamaño pactado o a un cierto mínimo; existencia anterior y desconocida por el asegurado de procedimientos administrativos o judiciales que ocasionen la pérdida del bien, la imposición de una servidumbre o una obligación de pago derivada de ser propietario; error en la inscripción registral del título; privación del bien en virtud de un derecho de tercero anterior a la compraventa; vicio oculto del título, tal que, de haberlo conocido, el asegurado hubiese pagado menos o no hubiese adquirido; y ausencia de permiso de construcción.

Adicionalmente, el artículo quinto de dichas condiciones especiales reitera la exclusión de cobertura de todo riesgo distinto de los especificados en su artículo cuarto, así como de todos los siniestros producidos como consecuencia de los siguientes supuestos: la acción u omisión dolosa del asegurado; los hechos que, al firmar la póliza, el asegurado conocía o hubiera podido conocer empleando medios racionales (por ejemplo, una inspección de la propiedad, que revelase la posesión por un tercero); los defectos que el propio asegurado haya creado o aceptado; los defectos que se originen con posterioridad a la firma; los cambios en el valor del bien por fluctuaciones del mercado inmobiliario; las penalidades previstas en préstamos suscritos en su caso para financiar la compra; los daños indirectos, como son, por ejemplo, los de realojamiento; los daños a bienes situados en el inmueble como consecuencia del siniestro; los daños que resulten del ejercicio por entes públicos de los derechos que ostentan sobre el suelo, el subsuelo y espacio aéreo; las reclamaciones fundadas sobre campos y ondas magnéticas, amianto, atentado al medio ambiente, insectos xilófagos y vicios de construcción; los riesgos cubiertos por el Consorcio de Compensación de Seguros; las reclamaciones en beneficio de empleados del asegurado o de propietarios anteriores; las reclamaciones basadas en derechos preferentes sobre el inmueble por parte de cualquier administración pública; los daños asociados a combustibles nucleares y radiactivos; la suspensión de la fe pública registral a que se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria; la reclamación basada en la ocupación del inmueble por personas no relacionadas con el vendedor por parentesco o contrato; y cualquier otro riesgo excluido en las condiciones particulares o en un suplemento a la póliza (GÉNESIS METLIFE, 2001, págs. 12-14).

No es este lugar apropiado para entrar en una valoración pormenorizada de la incidencia de los diversos riesgos y de la eficacia real de su cobertura por el seguro. Baste señalar que no existe una valoración fiable de su incidencia, lo que resulta anómalo para la buena gestión del sistema, y que distintos

expertos mantienen opiniones muy diversas sobre el particular. Parece también claro que algunos riesgos son relevantes (por ejemplo, los derivados de fraudes por suplantación de la personalidad), mientras que la materialización de otros riesgos sólo es posible cuando las partes, desconociendo o desconfiando del sistema español, se apoyan en fórmulas de contratación privada, un supuesto que parece haber facilitado buen número de fraudes a adquirentes extranjeros. Asimismo, muchos otros riesgos están cubiertos de forma más o menos eficaz por la responsabilidad de los profesionales que intervienen en las transacciones, ya se trate de agentes inmobiliarios, notarios, registradores o arquitectos municipales.

### 5.3.3. *Papel del seguro como enforcer de la responsabilidad profesional*

En este sentido, varios indicios apoyan la interpretación de que, en caso de implantarse, el seguro de títulos que se está intentando comercializar en España tendría como una función primordial la de complementar y tal vez hacer más efectiva la responsabilidad de los profesionales que intervienen en el proceso de transmisión patrimonial.

Por un lado, la mayor parte de los riesgos asegurados cubren fallos de la intervención notarial (118), o, en otros casos, atienden riesgos que, si bien históricamente tuvieron cierta relevancia, apenas se presentan en la actualidad, gracias a que se ha mejorado la coordinación entre notarías y registros y a que se ha reforzado el control registral. Es éste el caso de la disponibilidad de datos registrales actualizados al firmar la escritura, de las diferencias en cuanto a la superficie de las viviendas y de la no disponibilidad de licencia urbanística. En la actualidad, las escrituras se firman con conocimiento pleno y actualizado de los asientos registrales y para que se practique la inscripción registral se requiere certificación del arquitecto y licencia municipal, respectivamente. Obviamente, pueden fallar estos controles, sobre todo porque se emita un certificado erróneo o una licencia indebida. Además, en algunos de esos casos, la fe pública informa y protege total o parcialmente al adquirente de buena fe (por ejemplo, ante una licencia de construcción sujeta a un litigio). En otros casos, como la pérdida de prioridad motivada por no renovar

---

(118) Como señala un informe interno al respecto, «the responsibilities of the *Notario* are set forth in the Code and for the most part cannot be waived, *Notarios* nevertheless enjoy a limited amount of discretion with respect to certain steps in the process. The evidence required to ascertain the identity of the parties is left to the discretion of the *Notario*. Certain searches (planning) can be waived if the *Notario* is requested to do so on the basis of the urgency of the transaction. Compliance issues dealing with building regulations are often beyond the scope of the *Notario*'s responsibilities» (L&E, 2000, pág. 10).

un asiento de presentación, la entidades financieras se cuidan de que quienes les proveen servicios de gestoría contraten un seguro específico.

Por otro lado, el asegurador pretendía resarcirse de todas o la mayor parte de las indemnizaciones que haya de pagar. Ello tal vez explica que la prima sea igual para todas las pólizas, con independencia del valor de la finca cuya propiedad asegura (119). De todos modos, la lógica de esta igualdad de precio es dudosa, al igual que la pretensión de lograr un resarcimiento completo. Por una parte, no está claro que la única variación de costes esté motivada por las acciones dirigidas a resarcirse, ya que habrá de dedicar algunos recursos a evitar la selección adversa de los peores riesgos. Por otra parte, los costes judiciales van a variar sustancialmente con las cuantías, y no siempre se van a beneficiar del pago de costas. Ocurrirá así, sobre todo, en los casos de fraude y también cuando, ante un siniestro, los tribunales decidan que, si bien el asegurador ha de indemnizar al cliente, el profesional correspondiente (notario, arquitecto, etc.) no es responsable. En sus cálculos para España, L&E suponía completamente recuperables las indemnizaciones que se ocasionarían por siniestros causados por fraudes (el 20 por 100) y por negligencia notarial, cuyos números estimaba en el 20 y el 60 por 100 de los siniestros totales, que serían, a su vez, el 0,5 por 100 del total de pólizas contratadas. Sólo el 20 por 100 restante estaría constituido por siniestros cuya indemnización consideraba irrecuperable, por no existir negligencia (L&E, 2000, pág. 18). Además de la contradicción que implicaba el que, por un lado, este último 20 por 100 se supusiera irrecuperable, cuando a la vez se afirmaba el objetivo de resarcirse de todas las indemnizaciones (2001a, pág. 13), parece dudoso la recuperación completa de las causadas por los otros dos tipos de siniestros. Los asociados al fraude son, en este sentido, los más problemáticos, pues suelen suponer una pérdida igual al valor asegurado total. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que en los Estados Unidos se considera que las aseguradoras incurren riesgos considerables cuando entran en nuevos mercados geográficos, debido a que, al desarrollar con rapidez su red de agentes, tienden a padecer selección adversa y corren un mayor riesgo de sufrir desfalcos (RICHARDS, 1998). No parece lógico pensar que la situación haya de ser tan diferente en Europa (120).

---

(119) TROISTER y WATERS (1996, pág. 94) mencionan la aplicación de una pauta similar de precio fijo en Ontario, donde las pólizas residenciales se cobraron en algún momento a 250 dólares para fincas de hasta 500.000 dólares de valor.

(120) Véase también ARRUÑADA (2001c).

## 6. FUNCIÓN Y PERSPECTIVAS DEL SEGURO DE TÍTULOS EN DISTINTOS ÁMBITOS JURISDICCIONALES

### 6.1. MERCADO POTENCIAL

El análisis comparado de los distintos sistemas registrales da pie a pensar que, en principio, el seguro de títulos tiene más sentido en los registros de documentos (121). En éstos, tenderá a prosperar el seguro cuando, por un lado, las deficiencias registrales no permitan proporcionar un buen dictamen y, por otro, sean insuficientes las garantías que proporcionan quienes dictaminan los títulos, ya sea estos los abogados de Filadelfia o Toronto, o, eventualmente, los notarios parisinos (122). La evidencia empírica confirma esta hipótesis en líneas generales, pues el seguro de títulos nace y se arraiga en los Estados Unidos, que es donde se dan ambas condiciones.

No obstante, también en jurisdicciones basadas en registros de derechos puede existir una demanda potencial para seguros de este tipo cuando, por el motivo que sea, las transmisiones son inseguras o el registro es ineficaz. En la mayor parte de Europa, por ejemplo, se tiene hoy una situación en la que la presencia de registros públicos eficaces genera menos errores que en los Estados Unidos. Causa principal de ello es que, en casi todos los países, los registros no se limitan a archivar documentos, sino que también depuran y establecen los derechos.

Sin embargo, es posible que exista, en muchos países, una demanda apreciable de seguridad insatisfecha, tanto jurídica como económica; y ello por dos géneros de motivos. Por un lado, la responsabilidad por negligencia de los *conveyancers* o traspasadores (ya se trate de abogados como de notarios o de profesionales no letrados) tiene, en algunos casos, escasa cobertura, y es a menudo difícil de exigir en la práctica, dados los costes de litigación (123). Por otro lado, los sistemas caminan por detrás de la demanda, pues suelen proporcionar seguridad con excesiva lentitud para la economía actual. Por ejemplo, en España, sigue existiendo un *gap* regis-

---

(121) Véanse ARRUÑADA (2001a, 2002 y 2003), y ARRUÑADA y GAROUPA (2002).

(122) Algunos factores organizativos son específicos de cada sistema. Por ejemplo, en el registro de documentos, parece esencial su organización en cuanto a la existencia o no de índices de fincas (o su informatización que viene a suplir tales índices), los cuales hacen más o menos factible dictaminar los títulos sin necesidad de *title plants*. Asimismo, en el registro de derechos, es decisivo el tiempo de espera entre presentación e inscripción, durante el cual de hecho queda transformado en un registro de documentos.

(123) Desde el sector estadounidense se tiende a creer que los sistemas de registro de derechos no indemnizan debidamente (véase, por ejemplo, HICK [1998]), lo que posiblemente sea cierto en muchos países, pero generalmente sobre una incidencia de fallos mucho menor.

tral entre la firma de las escrituras y la inscripción registral, como consecuencia de no haberse adoptado aún la calificación registral avanzada. Además, es corriente que los nuevos tipos de riesgos que van apareciendo en la actividad económica permanezcan sin cobertura, fuera del sistema registral, durante muchos años. Es éste el caso, de nuevo en España, de las cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda mediante documento privado. Muchos países mantienen también normas legales que otorgan carácter real a derechos no inscritos (sobre todo de tipo posesorio) y de los cuales no siempre es trivial adquirir la información necesaria para evitar los correspondientes riesgos.

El tamaño del mercado potencial del seguro de títulos en Europa es, sin embargo, inferior al de los Estados Unidos. En el Reino Unido, se estimaba el volumen potencial de primas en 400 millones de euros (WEBSTER, 1999a). En España, por su parte, se calculaba que el mercado potencial podría ser del orden de 165 millones de dólares (KERR, 2001), con un punto muerto de 6.000 pólizas (L&E, 2001b). Estas cifras se quedan pequeñas respecto a los 6.500 millones de euros ingresados y los 350 millones pagados como indemnizaciones por las aseguradoras de títulos en los Estados Unidos durante 1994. Parece así claro que incluso los propios promotores de este nuevo seguro esperan que éste represente en Europa un papel relativamente secundario, lo que está en consonancia con su funcionamiento sobre bases más actuariales.

Un motivo principal de esta menor dimensión del mercado es la ausencia aparente de demanda derivada del mercado secundario de hipotecas. Con base en la experiencia estadounidense, en el sector se ha considerado que la formación de un mercado secundario de hipotecas a escala europea implicaba un aumento notable en la demanda de seguro de títulos (124). Sin embargo, es improbable que la expansión del seguro de títulos se beneficie en Europa del desarrollo (en sí mismo incierto, pues la estructura del sistema financiero europeo hace que en Europa haya menos necesidad de «titulización») del mercado secundario de hipotecas en la misma medida en que lo hizo en los Estados Unidos.

Las diferencias que existen a este respecto entre Estados Unidos y Europa son muy notables, tanto por el lado de la oferta como por el de la demanda. En cuanto a la oferta, el nivel de estandarización y seguridad de los registros públicos europeos (y no sólo de los registros de derechos sino incluso de los registros de documentos francés o belga) es muy superior al de los registros de documentos estadounidenses. Ello explica que la inseguridad acerca de los títulos de propiedad no figure entre los factores causales a los que los

---

(124) Véase, por ejemplo, L&E (2000, pág. 7).

expertos estadounidenses atribuyen el escaso desarrollo del mercado secundario de hipotecas en Europa (125).

Asimismo, por el lado de la demanda, los intermediarios financieros europeos están, por su mayor tamaño, en mejores condiciones que los estadounidenses para asegurar por sí mismos el riesgo de que los títulos sean defectuosos. Es notable, en este sentido que, como se ha comentado en la sección 4.2, incluso en los Estados Unidos, algunas entidades crediticias hayan dado en auto-asegurar las hipotecas que venden en el mercado secundario. Este fenómeno parece estar relacionado con un aumento en la concentración y el tamaño de los participantes en el mercado financiero, así como la creciente liberalización de la actividad financiera en los Estados Unidos. Todo ello refuerza nuestro argumento, en la medida en que los mercados europeos están ya más concentrados, y los intermediarios han sido desde siempre más libres para comercializar seguros y controlar aseguradoras.

Adicionalmente, cualquiera que sea la demanda de seguros de títulos en Europa, su naturaleza será notablemente distinta de la que tiene en los Estados Unidos, país en el que, hoy por hoy —y aunque su calidad mejora con su creciente informatización—, los registros proporcionan una información poco fiable, tal que ni un examen diligente puede evitar que se genere un buen número de defectos. En Europa, la mayoría de los países dispone de registros que producen mejor información que los de Estados Unidos, pues incluso los registros de documentos, como el francés, utilizan índices de fincas y aplican el principio de tracto sucesivo (*règle de l'effet relatif*). Además, muchas transacciones están por mandato legal intervenidas por un notario que examina los títulos, con lo que, al menos para transacciones sencillas, como son la mayoría de las que giran sobre inmuebles residenciales, un examen adicional del título produciría escaso valor añadido y no reduciría el riesgo de manera apreciable.

El seguro tiene así, en principio, un carácter complementario, que viene a llenar los vacíos de seguridad económica del sistema. En esencia, las secciones siguientes de este trabajo contrastan esta hipótesis. Se muestra en ellas, en primer lugar, que el seguro de títulos que se intenta introducir en Europa tiene carácter actuarial y no preventivo. Además, los aseguradores pretenden representar un papel importante como agentes ejecutores de la responsabilidad profesional, de modo que, de prosperar, el seguro de títulos vendría a

---

(125) Véanse, por ejemplo, DIAMOND y LEA (1992, págs. 26-28, 56-60 y 131-134); los trabajos recogidos en LEA (1998); BATCHVAROV, RAJENDRA y DE PAUW (2001, págs. 758-763), y MOZILO (2001). En el caso español, se han llegado a «titulizar» incluso préstamos hipotecarios en los que la deuda excede el 80 por 100 de valor del inmueble («TDA-13 Launches First Non-Con MBS Deal for Spanish Market», *Euroweek*, 15 de diciembre, 2000, núm. 683, pág. 44).

tener consecuencias similares a las de un seguro de asistencia jurídica (126). Por último, se examina la posible integración del seguro y de las actividades hoy desempeñadas por los notarios, tanto más probable cuanto más se liberalice el monopolio que actualmente disfrutan estos profesionales.

## 6.2. CARÁCTER ACTUARIAL

Empleando los conceptos de las secciones 1.2 y 1.3, el seguro de títulos que se está empezando a comercializar en Europa consiste, al contrario que el de Estados Unidos, en *title insurance*, no en *title assurance*. El motivo de esta diferencia es que ni los agentes ni los aseguradores europeos necesitan efectuar búsquedas, dictaminar títulos, ni crear u operar *title plants*, «due to the somewhat more sophisticated land title registration procedures» (L&E, 2000, pág. 31). Como consecuencia, el seguro de títulos europeo opera sobre bases mucho más actuariales que el de Estados Unidos.

Varios indicios empíricos confirman esta valoración. Primero, las pérdidas esperadas son superiores a las de Estados Unidos, como se ha explicado en la sección 5.2.5. Segundo, las comisiones que planea recibir el agente son más pequeñas que las del *title agent* estadounidense, como corresponde a la relativa pasividad de su papel, carente de actividad preventiva. London and European, que en los términos estadounidenses opera como *title agent* y no como asegurador, percibiría en España una comisión del 40 por 100, muy inferior a la habitual en los Estados Unidos, donde se sitúa entre el 75 y el 85 por 100 (127). Esta menor compensación puede ser viable porque no necesita examinar los títulos ni operar una *title plant*, sino que basa su funcionamiento en la asunción actuarial de los riesgos residuales a la intervención de notarios y registros públicos (L&E, 2000, pág. 33). A falta de conocer cómo se distribuye el 60 por 100 restante entre el asegurador y el distribuidor de las pólizas, la diferencia de cuantías es coherente tanto con el carácter actuarial de la actividad del asegurador europeo como con las particularidades de su distribución (128). Tercero, se ha comentado en la sección 5.3.3 cómo

---

(126) No obstante, sólo en cuanto a las consecuencias, pues el asegurador no está obligado a prestar asistencia jurídica, sino que puede optar por pagar la indemnización (las gestiones para la reparación del daño «en ningún caso ... serán las propias de un seguro de defensa jurídica» (art. 6.1.1 de las condiciones especiales de la póliza que se comercializa en España [Génesis-Metlife, 2001]).

(127) Según L&E (2000, pág. 33). Otros autores sitúan la comisión de los agentes estadounidenses entre el 50 y el 90 por 100, dependiendo de sus funciones (FORD, 1982, pág. 300). No está claro, sin embargo, que ambos conjuntos de cifras se refieran a servicios comparables.

(128) No sería lógico que se pagase al asegurador una parte sustancial de ese 60 por 100 del importe de las primas para asegurar unos siniestros cuyo coste se estima en

algunos operadores esperan resarcirse de todas sus pérdidas, lo cual parece indicar que su actividad va a centrarse en la recuperación más o menos litigiosa *a posteriori*, y no en la prevención de los daños *a priori*.

Debido a este funcionamiento de base actuarial, el seguro de títulos ofrece en Europa un servicio muy distinto del estadounidense. Mientras que el estadounidense proporciona sobre todo seguridad jurídica preventiva, pues la búsqueda y el dictamen de los títulos promueven su depuración, el seguro europeo se conforma con suministrar seguridad económica a posteriori. Es de esperar, por ello, que la mayor parte de los costes en que incurren los aseguradores europeos se dirijan a negociar y defender sus siniestros, de cara a curar defectos y recuperar indemnizaciones.

En este sentido, cabe destacar que la viabilidad de asegurar títulos sobre bases actuariales ha sido puesta en tela de juicio en los Estados Unidos. Por ejemplo, LIPSHUTZ (1994, págs. 73-75) aporta tres razones por las que allí no sería viable: (a) la necesidad de establecer con claridad cuáles son los riesgos excluidos y cubiertos por la póliza, (b) el hecho de que el público demanda seguridad jurídica (un título seguro) y no sólo económica (indemnización al producirse un siniestro) (129); y (c) la necesidad de evitar la selección adversa de los peores riesgos.

En el entorno europeo, la intervención notarial y el contar con registros mejor organizados reduce notablemente la importancia de dos de estas razones. Por un lado, (a) la escritura y el registro describen fielmente los derechos reales, sin que el asegurador necesite un examen adicional para precisar la cobertura. Asimismo, (b) los sistemas europeos ya proporcionan un elevado nivel de seguridad jurídica, sobre todo en los países con registro de derechos, que son la gran mayoría.

La selección adversa, en cambio, puede ser más difícil de evitar en Europa. Ciertamente, otros operadores ya eliminan o asumen buena parte del riesgo de selección adversa con carácter general, para todas las transacciones. Por ejemplo, en Estados Unidos, al asegurar una hipoteca, el asegurador ha de vigilar que no existan otras hipotecas que disfruten de prioridad. En Europa, esa tarea es desempeñada por otros agentes, principalmente los registros públicos. El asegurador puede entonces emitir la póliza en la confianza de que, en última instancia, si se materializa un siniestro, podrá resarcirse a través de la responsabilidad del Estado, del registro o del registrador (130)

---

un 10,5 por 100 (L&E, 2000, pág. 19). Si esta última cifra ha de revisarse al alza, el carácter actuarial del seguro europeo se vería reforzado. Asimismo, no parece que los márgenes de las entidades financieras y promotoras que distribuyan las pólizas alcancen a cubrir toda esa diferencia.

(129) Véanse las secciones 1.2 y 1.3.

(130) A diferencia del *recorder* estadounidense, el Registro europeo sí es responsable de forma objetiva (y personal, en el caso de los registradores españoles o franceses).

(o del notario, en aquella minoría de países que, como Francia, tienen un registro de documentos). Sin embargo, la ausencia de un examen previo de los títulos por el asegurador y el no atender una demanda generalizada, como en Estados Unidos, significan que el asegurador europeo sufre un riesgo notable de selección adversa. De forma coherente con este análisis, observamos que procura comercializarlo mediante contratación en grupo o a través de intermediarios cuya presencia atenúa dicho riesgo de selección adversa, preferentemente como una venta ligada a la de viviendas e hipotecas. Con todo, dista de estar claro que esta estrategia sea suficiente, sobre todo para evitar fraudes (131).

### 6.3. EFECTOS DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MÁS EXIGENTE

Cuando, como sucede en Europa, las aseguradoras no dictaminan los títulos, su papel se orienta a complementar la responsabilidad profesional de quienes los dictaminan y los depuran. En cierto sentido, más que asegurar títulos, se pretende asegurar responsabilidades, mejorando el seguro de responsabilidad profesional en un doble sentido. Por un lado, se pasa de un seguro por negligencia a un seguro sin falta. Por otro lado, el asegurador asume la ejecución o *enforcement* de la responsabilidad profesional de quienes intervienen en el proceso inmobiliario (promotores, agentes, notarios, registradores, etc.) (132).

Es de esperar que esta actuación del asegurador como *enforcer* de la responsabilidad modifique los incentivos de los demás participantes, y que anime la introducción de reformas y de nuevos servicios.

---

(131) Es dudoso cuál pueda ser el efecto sobre la oferta de seguro de títulos de cambios en los incentivos que pesan sobre los comportamientos fraudulentos. Cuanto menor sea la persecución y el castigo esperado del fraude es de esperar que aumenten tanto el fraude como la demanda de seguro. No obstante, la mayor incidencia del fraude también incrementa el coste del seguro, por sufrir entonces las compañías mayores dificultades para evitar la selección adversa de riesgos fraudulentos. De confirmarse estas conjeturas, una persecución menos eficaz del fraude aumentaría, como consecuencia, el precio de las pólizas de seguro, pero no necesariamente el número de las pólizas contratadas. Un caso que tal vea sea explicable en esta línea es el del precio de seguro de títulos en Rusia: en 1995, asegurar el título de un apartamento en San Petersburgo costaba entre un 1 y un 3 por 100 de su valor, frente al 0,6 a 0,8 por 100 que suponía una prima equivalente en los Estados Unidos (JAFEE y KAGANOVA, 1996, pág. 18).

(132) En cierto modo, el seguro contratado en Europa viene a funcionar así como una especie de contrato de *factoring* condicionado. En el *factoring* normal, el factor adquiere una deuda ya existente; en el seguro de títulos, la aseguradora adquiere del asegurado las deudas potenciales que contraen con él las empresas, profesionales y organismos que hayan intervenido en la transacción inmobiliaria correspondiente (promotor, abogado, notario, funcionarios municipales, registro, etc.).

Es previsible, por un lado, que el seguro estimule una actuación profesional más diligente, en la medida en que haga más efectiva la responsabilidad profesional. Se suele creer que en algunos países existe en la actualidad una cierta proporción de siniestros en los que, pese a que algún profesional ha incurrido en responsabilidad, ésta no se exige, ya sea por ignorancia o por no compensar al afectado. La especialización que proporciona la empresa de seguros puede modificar notablemente los incentivos a este respecto, y es de esperar que ésta intente hacer valer todas las responsabilidades exigibles, aunque sólo sea para crear una sólida reputación negociadora, que en el futuro le facilite alcanzar acuerdos sin necesidad de litigar.

Por otro lado, también es probable que la entrada del seguro lleve a ampliar la cobertura o seguridad que proporcionan los actuales sistemas. Esta ampliación puede lograrse tanto en la seguridad jurídica como en la seguridad económica. En el plano jurídico, requiere superar insuficiencias en la preparación de documentos y en el registro, ya sea éste de documentos o de derechos. En el plano económico, exige ampliar los supuestos de responsabilidad y facilitar mecanismos eficaces para su ejecución o *enforcement*. En este terreno, la demanda parece inclinarse por aplicar un régimen de responsabilidad objetiva en el que se indemnice al usuario incluso cuando los profesionales no hayan incurrido en negligencia y que no requiere investigación acerca de las causas del siniestro. El desarrollo de un seguro de títulos complementario del de responsabilidad profesional por los abogados canadienses y el intento de los abogados australianos en el mismo sentido, tratados en la sección 5.2.2 y 5.2.4, proporciona una referencia de gran interés en este sentido.

En España, la reforma del año 2001 ha mejorado notablemente el sistema, superando algunas de estas deficiencias (133). Queda, no obstante, un largo camino por recorrer. Sería deseable reforzar, sobre todo, los mecanismos de identificación de los contratantes. Asimismo, en el plano registral, procedería no reconocer valor real a diversos supuestos de posesión no registrada, privar de efectos reales diversas cargas ocultas e hipotecas tácitas, hacer posible la inscripción registral de las entregas de fondos a cuenta en nueva construcción y cerrar los lapsos o *gaps* temporales que aún carecen de

---

(133) Sobre todo mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, 31 de diciembre de 2001. Esta reforma, aún en proceso de desarrollo cuando esto se escribe, introdujo diversas medidas para facilitar el acceso a la información registral, agilizar la justificación de la representación y la transcripción de las condiciones generales, acortar los plazos de calificación, mejorar el régimen disciplinario de los registradores, perfeccionar los recursos contra la calificación registral, establecer un régimen de consultas vinculantes a la Dirección General de los Registros y del Notariado, instituir un sistema de calificación sustitutiva e incorporar técnicas electrónicas.

protección. En relación con estos *gaps*, sería de gran interés introducir la calificación registral avanzada, una reforma que lleva discutiéndose ya varios años. Asimismo, queda mucho camino por recorrer en el terreno de la responsabilidad, en el que las transformaciones deseables afectarían de manera desigual a los principales profesionales que intervienen en el proceso. Por un lado, los registros ya están sujetos a responsabilidad objetiva en las dimensiones esenciales de su actividad (art. 18 de la Ley Hipotecaria). En cambio, el régimen de responsabilidad que gobierna la intervención notarial es restrictivo y confuso. La responsabilidad profesional del notario español se limita a la posibilidad de que sea demandado por responsabilidad civil de acuerdo con el artículo 1.902 y concordantes del Código Civil (daño causado con intervención de culpa o negligencia), o por haber intervenido en un documento que, posteriormente, merece una calificación registral negativa (pero sólo en supuestos de omisión, en línea con el art. 22 de la Ley Hipotecaria, desarrollado por el art. 146.1 del Reglamento Notarial, que especifica dolo, culpa o ignorancia inexcusable y configura un procedimiento arbitral ante el Colegio Notarial). No obstante, la jurisprudencia parece ir caminando lentamente hacia un régimen de responsabilidad objetiva, pues ha ido cargando crecientemente con la prueba al profesional.

#### 6.4. POSIBILIDADES DE INTEGRACIÓN VERTICAL

El carácter actuarial del seguro en Europa podría ser un atributo temporal. Al fin y al cabo, el seguro también nació en los Estados Unidos como complemento de la responsabilidad profesional de los *conveyancers* y abogados que intervenían en las transacciones o dictaminaban los títulos, pero ha pasado a integrar y sustituir sus funciones, al menos en las transacciones rutinarias. Algo parecido ha ocurrido en Canadá, donde, de ser un complemento de la responsabilidad profesional ha pasado a hacer innecesaria la opinión del abogado en dichas transacciones rutinarias.

Hemos comentado la tendencia que existe en ambos países, Estados Unidos y Canadá, hacia la integración de funciones, tanto porque las aseguradoras dictaminan títulos (al menos internamente) y proporcionan por sí o mediante firmas asociadas todo tipo de servicios de apoyo a las transacciones (incluyendo la preparación de documentos) como porque muchos abogados han extendido el seguro a siniestros sin negligencia (o, al menos, sus clientes pueden y suelen adquirir del abogado dicho seguro complementario). Esta tendencia integradora parece indicar que es eficiente que quien produce la información relevante sobre el título sea la misma organización que lo asegura.

La diferencia en el grado de integración entre el asegurador y los demás participantes implica que sus relaciones se regulen en ámbitos jurisdicciona-

les muy diferentes, más organizativos y menos de mercado cuanto menor sea dicha integración. En una estructura integrada, los conflictos entre quien dictamina y quien asegura se resuelven en mayor medida en la jurisdicción interna de la empresa (no sólo en aquellas integradas verticalmente, sino también en las franquiciadas y en las que, por restricción regulatoria, permanecen en un régimen híbrido de cuasi-integración, como los *closing centers* canadienses). Los incentivos que operan son similares, pero, cuanto mayor es la integración suelen ser más manipulables y, generalmente, menos potentes.

En Europa aparecen diferencias notables respecto a Estados Unidos cuando se considera que los papeles de los *title agents* y las aseguradoras estadounidenses corresponden a los que representan en Europa los notarios y las aseguradoras. De entrada, el seguro funcionará dentro de una lógica de mercado —y, por tanto, judicial— y no de una lógica organizativa. Los incentivos serán los establecidos en las negociaciones y los litigios judiciales en que desemboquen los siniestros, no en el ámbito de la gestión empresarial. En la medida en que esta fórmula se revele ineficiente (lo cual es probable, a juzgar por las tendencias integradoras observadas en Estados Unidos y Canadá), sería de esperar que, por una u otra vía, se asistiese a movimientos integradores, de modo que las aseguradoras integrasen notarios o, viceversa, éstos acaben asegurando fallos en los que no exista negligencia.

Sin embargo, las posibilidades de que el seguro integre funciones preparatorias de documentos son, hoy por hoy, reducidas en aquellos países en que es obligatoria la intervención notarial. No obstante, existe una presión creciente para liberalizar la intervención notarial, al menos en las transacciones estandarizadas (piénsese en algunas transacciones electrónicas, por ejemplo). La experiencia de Estados Unidos y Canadá también apunta en esa dirección y no parece que el monopolio en la intervención pueda sostenerse mucho más tiempo, al menos para las transacciones más estándar. Además, en nuestro actual entorno, de creciente litigiosidad, una eventual falta de reacción notarial en cuanto a la ampliación de su responsabilidad probablemente vendría a reforzar las exigencias liberalizadoras. En todo caso, de materializarse esa liberalización, es previsible que fuese acompañada por una mayor integración, en ambas direcciones: los notarios extenderían su responsabilidad y las aseguradoras entrarían en la preparación de documentos y la prestación de servicios de apoyo a las transacciones.

La conclusión es forzosamente distinta, en cambio, respecto a las funciones de búsqueda desempeñadas por las compañías de títulos en los Estados Unidos. Casi todos los países europeos tienen ya registros de derechos que examinan todas las transacciones e inscriben derechos, no títulos. La actividad privada de búsqueda queda así limitada a solicitar un certificado del registro y el dictamen del título es innecesario, sobre todo para transacciones estándar. Los casos de Puerto Rico y el Condado de Cook, tratados en la

sección 0, alertan, sin embargo, sobre qué situación podría modificar este juicio general: aquella en la que el registro de derechos tardase tanto en inscribir que, de hecho, funcionase como un registro de documentos. Adicionalmente, conviene señalar que la integración del Registro Público como tal (incluso en el caso de tratarse de un registro de documentos) no es posible, por desempeñar funciones jurídicas que afectan los derechos reales de terceros (134), como tampoco se han integrado los registros de documentos estadounidenses: las *title plants* privadas carecen de efectos jurídicos, efectos que, limitados, en este tipo de registro, al establecimiento de la prioridad, son producidos sólo por las oficinas registrales públicas.

## 7. CONCLUSIONES

El seguro de títulos indemniza al titular de un derecho real por las pérdidas que le cause un defecto en su título ya existente pero desconocido en la fecha en que contrató la póliza. Este tipo de seguro apareció en los Estados Unidos en el último tercio del siglo XIX para complementar el seguro de responsabilidad de los profesionales que dictaminaban la calidad de los títulos, de modo que los asegurados fuesen indemnizados incluso cuando el profesional no había actuado con negligencia.

El asegurador desarrolla una doble función de detección y evitación de riesgos. Por un lado, puesto que ha de cargar con el coste de posibles defectos, el asegurador de títulos examinará con cuidado la evidencia disponible antes de comprometerse, con el fin de detectar los riesgos preexistentes, fruto de transacciones pasadas, riesgos que, o bien son depurados o quedan excluidos de la cobertura del seguro. Por otro lado, el asegurador también tiene interés en evitar que se generen nuevos riesgos en el cierre y liquidación de la nueva transacción.

El énfasis en la prevención explica la particular composición de los costes del seguro de títulos estadounidense, en la cual tienen escasa importancia las indemnizaciones (alrededor del 7 por 100), mientras que el resto se dirige a evitar los siniestros, sobre todo a construir ficheros informativos con datos similares a los de los registros públicos. Asimismo, el interés de los aseguradores en la prevención les ha llevado a integrar un número creciente de funciones, que en muchos de los Estados Unidos abarca desde el examen de los títulos a la preparación de los documentos contractuales o la liquidación de las compraventas, proceso integrador que, aparentemente, sólo frena la existencia de restricciones regulatorias en algunos estados.

---

(134) Se ha tratado exhaustivamente este asunto en ARRUÑADA (2001a y 2003).

Fuera de los Estados Unidos, se han vendido tradicionalmente pólizas de seguro de títulos a inversores estadounidenses que operaban en algunos mercados extranjeros. Durante los años noventa en algunos mercados se empezaron a vender pólizas más adaptadas a las condiciones locales. En todo caso, fuera de Estados Unidos, el seguro funciona sobre bases menos preventivas y más actuariales, más dirigidas a compartir riesgos que a evitarlos. Ello es así, especialmente, porque las compañías aseguradoras no suelen examinar la calidad de los títulos ni construyen ficheros privados que les ayuden en esa tarea, sino que se apoyan plenamente en el funcionamiento de los registros de la propiedad. Tampoco han sustituido a los abogados que intervienen las operaciones, si bien su presencia sí ha generado una tendencia, más o menos fuerte según los países, a una mayor integración vertical, generalmente mediante fórmulas de cuasi-integración que evitan restricciones regulatorias en el ejercicio de la abogacía.

En todo caso, incluso sin mayor integración, el seguro de títulos hace más efectiva la responsabilidad de los profesionales que intervienen en todo el proceso de transmisión y reconocimiento de los derechos de propiedad. Su desarrollo no está exento de dificultades, sin embargo. Como todo seguro, ha de aprender a evitar la selección adversa, lo cual es particularmente difícil al no efectuar ningún tipo de filtrado previo, lo que le condena a desarrollarse mediante variantes de contratación en grupo. Además, su demanda es incierta. Por un lado, no parece que vaya a ser relevante la demanda del mercado secundario de hipotecas, dado que se trata de riesgos auto-asegurables por entidades del tamaño de las europeas. Por otro lado, la de los particulares se reduciría notablemente si los profesionales, sobre todo los abogados y notarios, adoptasen el régimen de responsabilidad objetiva por sus intervenciones y se cerrasen los fallos de seguridad que aún subsisten en algunos sistemas registrales.

## REFERENCIAS

- A. M. BEST (2000), «Title Insurance and Industry Statistics», *A. M. Best Special Report*, Oldwick, NJ, noviembre.
- ALTA, American Land Title Association (1996), *Title Insurance Industry Statistics 1995*, ALTA, Washington DC.
- (1997a), «Minimum Standards Detail Requirements for ALTA/ACSM Land Title Surveys», ALTA, Washington DC.
- (1997b), «Supervision and Control Guidelines for Agencies and Approved Attorneys», ALTA, Washington DC.
- (2000a), «Abstracter/Agent Operations. Industry Survey Results», ALTA, Washington DC, <http://www.alta.org/mmbrship/indrsrc/abtasurvey.html#intro>, visitada el 3 de junio de 2001.

- ARRUÑADA, B. (1995), *Análisis económico del notariado*, Consejo General del Notariado, Madrid.
- (1996), «The Economics of Notaries», *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, octubre, págs. 5-37.
- (1999), *The Economics of Audit Quality: Private Incentives and the Regulation of Audit and Non-Audit Services*, Kluwer, Boston y Dordrecht.
- (2001a) «Principios organizativos de la seguridad jurídica preventiva», Departament d'Economia i Empresa, Universitat Pompeu Fabra, *mimeo*, presentado en el Seminario de trabajo sobre la situación y la reforma de la seguridad jurídica preventiva en España, Madrid, 16 de febrero de 2001.
- (2001b), «Pasado, presente y futuro del notariado», *Folio Real: Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, vol. 2, núm. 6, octubre, págs. 135-153.
- (2001c), «A Global Perspective on Title Insurance», *Housing Finance International*, vol. 16, págs. 3-11.
- (2002), «A Transaction-Cost View of Title Insurance and its Role in Different Legal Systems», *The Geneva Papers of Risk and Insurance*, vol. 27, págs. 582-601.
- (2003), «Property Enforcement as Organized Consent», *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 19, núm. 2, págs. 401-444. Accesible como documento de trabajo de la Universitat Pompeu Fabra, *Economics and Business Working Paper Series* 564, <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?564>, visitada el 15 de mayo de 2003.
- ARRUÑADA, B., y N. GAROUPA (2002), «The Choice of Titling System in Land», Universitat Pompeu Fabra, *Economics and Business Working Paper Series*, 607, <http://www.econ.upf.es/cgi-bin/onepaper?607>, visitada el 15 de mayo de 2003.
- BAKER, M.; MICELI, T. J.; C. F. SIRMANS y G. K. TURNBULL (2002), «Optimal Title Search», *Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 1, enero, págs. 139-158.
- BATCHVAROV, A.; G. RAJENDRA, y X. DE PAUW (2001) «Mortgage-Backed Securities in Germany», en F. J. FABOZZI, ed., *The Handbook of Mortgage-Backed Securities*, 5.<sup>a</sup> ed., McGraw-Hill, Nueva York, págs. 733-767.
- BELL, J. (2000), «Technology and the Title Insurance Industry: A New Chapter», *National Real Estate Investor*, vol. 42, núm. 3, 1 de marzo, págs. 70-74.
- BOACKLE, K. F. (1997), *Real Estate Closing Deskbook: A Lawyer's Reference Guide & State-By-State Summary*, Chicago, General Practice, Solo and Small Firm Section, American Bar Association.
- BOSTICK, C. D. (1987), «Land Title Registration: An English Solution to an American Problem», *Indiana Law Journal*, vol. 63, págs. 55-111.
- BRICKLEY, P. (2000), «LandAmerica's Titlewave.net Clears the Records», *Local Business*, 19 de mayo.
- BRITT, P. (1995), «Tough times for title insurance?», *America's Community Banker*, vol. 4, núm. 4, abril, págs. 35-38.
- BURKE, D. B. (1986), *Law of Title Insurance*, Little, Brown and Company, Boston.
- (2000), *Law of Title Insurance*, 3.<sup>a</sup> ed., Aspen Law and Business, Nueva York.
- CRIBBET, J. E. (1975), *Principles of the Law of Property*, The Foundation Press, Minneola, Nueva York.

- CTIC, Chicago Title Insurance Company (1999a), «What is in a Title Search?», 10 de noviembre, <http://www.wi.ctic.com/consumer.htm>, visitada el 3 de junio de 2001.
- (1999b), «Why Title Insurance Is Needed when Refinancing a Mortgage Loan», 10 de noviembre, <http://www.wi.ctic.com/refinancing.htm>, visitada el 3 de junio de 2001.
- (2001), «Chicago Title and Trust Co.: 150 Years and Beyond», [http://www.ctic.com/history/ctic\\_history.htm](http://www.ctic.com/history/ctic_history.htm), visitada el 3 de junio de 2001.
- CULP, L.-A. (2000), «The Beginning of a Beautiful Friendship», *National Real Estate Investor*, vol. 42, núm. 10, septiembre, págs. 89-93.
- DIAMOND, D. B., JR., y M. J. LEA (1992), «Housing Finance In Developed Countries: An International Comparison of Efficiency», *Journal of Housing Research*, vol. 3, núm. 1, págs. 1-271.
- DUKEMINIER, J., y J. E. KRIER (1998), *Property*, 4.<sup>a</sup> ed., Aspen Law and Business, Nueva York.
- FDC, Federal Trade Commission (1999), *Annual Report to Congress. 1998*, Washington DC.
- FIRST American Title Insurance Company (2001), «Office Directory», [www.firstam.com/faf/html/corpdire/html/tioa\\_.html](http://www.firstam.com/faf/html/corpdire/html/tioa_.html), visitada el 3 de junio de 2001.
- FORD, D. A. (1982), «Title Assurance and Settlement Charges», *American Real Estate and Urban Economics Association Journal*, vol. 10, núm. 3, otoño, págs. 297-312.
- FRANK, R. H. (1991), *Microeconomics and Behavior*, McGraw-Hill, Nueva York.
- FRANTZ, J. (1999), «Title Industry Goes Tech», *National Real Estate Investor*, vol. 41, núm. 10, 1 de septiembre, págs. 64-70.
- FUENTES LÓPEZ, N. (2000), «Chicago Title», *mimeo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1 de febrero.
- GÉNESIS METLIFE (2001), «Póliza de seguro de pérdidas pecuniarias: Título de propiedad modalidad propietario (referencia CGPP0901)», Madrid, octubre.
- GOSDIN, J. L. (1999), «The Mysterious “Gap” and Ways to Resolve It», *Title News*, vol. 78, núm. 3, mayo-junio, págs. 22-23.
- GRIFFERTY, T. (1999), «Title Insurance for Foreign Investments is Taking Off», *National Real Estate Investor*, vol. 41, núm. 3, 15 de febrero, pág. 52.
- HARTLE, T. (1997), «When Property Records Move to the Web», *TitleWeb*, marzo, <http://www.titleweb.com/art6.html>, visitada el 3 de junio de 2001.
- (1998a), «Title Plant Modernization», *TitleWeb*, febrero, <http://www.titleweb.com/col8.html>, visitada el 3 de junio de 2001.
- (1998c), «RESPA, The Internet, and The Title Agent», *TitleWeb*, septiembre, <http://www.titleweb.com/col15.html>, visitada el 3 de junio de 2001.
- (1998d), «Lender-Underwriter Joint Ventures», *TitleWeb*, 13 de noviembre, <http://www.titleweb.com/colweb2.html>, visitada el 3 de junio de 2001.
- HICK, M. (1998), «Going Global-The U.S. Title Industry’s Next Big Frontier», *Title News*, vol. 77, núm. 6, [http://www.alta.org/store/ttlenews/98/9806\\_03.htm](http://www.alta.org/store/ttlenews/98/9806_03.htm), visitada el 2 de junio de 2001.

- HOEBEL, E. A. (1979), *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Nueva York, Atheneum. Primera edición: Cambridge, Harvard University Press, 1954.
- HOFFLANDER, A. E., y D. SHULMAN (1977), «The Distribution of Title Insurance: The Unregulated Intermediary», *Journal of Risk and Insurance*, vol. 44, núm. 3, septiembre, págs. 435-46.
- HOWLETT, L. (1999), «Mortgage Reform and Bundled Services», *TitleWeb*, 25 de febrero, <http://www.titleweb.com/contrib2.html>, visitada el 3 de junio de 2001.
- HUD, United States Department of Housing and Urban Development (2000), «Buying Your Home: Settlement Cost and Useful Information», versión revisada en julio de 2000 (primera versión: junio, 1997), Washington, DC, <http://www.hud.gov/fha/sfh/res/sfhrestc.html>, visitada el 3 de junio de 2001.
- JACOBUS, C. J. (1999), *Real Estate Principles*, 8.<sup>a</sup> ed., Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ.
- JAFFEE, D. M., y O. Z. KAGANOVA (1996), «Real Estate Markets in Urban Russia», *Journal of Transforming Economies and Societies*, 3:3, verano, <http://faculty.haas.berkeley.edu/jaffee/Papers/UrbanRussia.pdf>, visitada el 2 de junio de 2001.
- (2001), «Real Estate Markets», en L. KLEIN y M. POMER, eds., *Rebuilding Russia: A Balanced Approach to Economic Transition*, págs. 385-399, <http://faculty.haas.berkeley.edu/jaffee/Papers/RealEstateMarkets.pdf>, visitada el 2 de junio de 2001.
- JANCZYK, J. T. (1977), «An Economic Analysis of the Land Systems for Transferring Real Property», *Journal of Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, págs. 213-233.
- (1979), «Land Title Systems, Scale of Operations, and Operating and Conversion Costs», *Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, enero, págs. 569-583.
- JENNINGS, M. M. (1997), «The Evolving Nature of Title Insurance as a Contract: Removing the Notions of Panacea», *Real Estate Law Journal*, invierno, vol. 25, núm. 3, págs. 301-305.
- JOHNSON, H. (1966), «The Nature of Title Insurance», *Journal of Risk and Insurance*, vol. 33, págs. 393-410.
- KERR, F. M. (2001), «Title Insurance and the European Markets», *Title News*, vol. 80, núm. 6, págs. 20 y 22.
- KIRSTEIN, R. (2000), «Risk Neutrality and Strategic Insurance», *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 25, núm. 2, abril, págs. 251-61.
- KURTZ, S. F., y H. HOVENKAMP (1988), *Cases and Materials on American Property Law*, St. Paul, West.
- L&E, London & European (2000), «Title Insurance in Spain», *mimeo*, London & European Title Insurance Services Limited, Madrid.
- (2001a), «Seguros de títulos de propiedad. Manual de contratación», *mimeo*, London & European Protección de la Propiedad, Madrid.
- (2001b), «Presentación del negocio de seguro de títulos», *mimeo*, London & European Protección de la Propiedad, Madrid.
- LAVELLE, K. (2002), «Is Title Insurance Something Lawyers Need to Know About?», *Law Society Journal*, New South Wales, Australia, noviembre, págs. 46-51, [http://www.lawsocietyalberta.com/pubs\\_policies\\_reports/Western\\_Torrens\\_12dec02.pdf](http://www.lawsocietyalberta.com/pubs_policies_reports/Western_Torrens_12dec02.pdf), visitada el 26 de mayo de 2003.

- LEA, M. J., ed. (1998), *Secondary Mortgage Markets: International Perspectives*, International Union for Housing Finance, Chicago.
- LIPSHUTZ, N. R. (1994), *The Regulatory Economics of Title Insurance*, Praeger, Westport, Conn.
- (1999a), «Title Insurance 2000: Two Cautionary Tales», *TitleWeb*, 15 de junio, <http://www.titleweb.com/contrib6a.html>, visitada el 2 de junio de 2001.
- (1999b), «Title Insurance 2000: What's Going On Here?», *TitleWeb*, 24 de junio, <http://www.titleweb.com/contrib6b.html>, visitada el 2 de junio de 2001.
- MATTSON-TEIG, B. (1999), «Engineering a New Title Machine», *National Real Estate Investor*, vol. 41, núm. 16, diciembre, págs. 94-98.
- MCCORMACK, J. L. (1992), «Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age», *William Mitchell Law Review*, vol. 18, págs. 61-129.
- McKENNA, B. (1998), «American Title Insurance: An Emerging Presence in Canada», *Title News*, 77:1, enero-Febrero, [http://www.alta.org/store/ttlenews/98/9801\\_03.htm](http://www.alta.org/store/ttlenews/98/9801_03.htm), visitada el 2 de junio de 2001.
- (1999a), «Title Insurance Around the World: An Update», *Title News*, 78:4, julio-agosto, [http://www.alta.org/store/ttlenews/99/9904\\_06.htm](http://www.alta.org/store/ttlenews/99/9904_06.htm), visitada el 2 de junio de 2001.
- McKENN, B. A., ed. (1999b), *Title Insurance: A Guide to Regulation, Coverage and Claims Process in Ontario*, Toronto, Ontario, CCH Canadian Limited.
- MELNITZER, J. (1999), «Fight for the Title», *Canadian Insurance*, vol. 104, núm. 4, abril, págs. 20-23.
- MOZIO, A., 2001, «Mortgage Securitization: Remarkable Opportunities in Europe», *Mortgage Banking*, vol. 61, núm. 4, junio, págs. 13-15.
- MURDOCK, T. B. (2000), «Title Insurance-How, Where, and Why It Will Help Safeguard Your Property Investment (Almost) Anywhere in the World», *International Living*, vol. 20, núm. 8, diciembre, págs. 10-11.
- NYCE, C., y M. M. BOYER (1998), «An Analysis of the Title Insurance Industry», *Journal of Insurance Regulation*, vol. 17, núm. 2, invierno, págs. 213-256.
- O'CONNOR, P. (2003a), «Double Indemnity: Title Insurance And The Torrens System», *QUT Law & Justice Journal*, vol. 3, núm. 1, <http://www.law.qut.edu.au/about/ljj/editions/v3n1/pdf/oconnor.pdf>, visitada el 26 de mayo de 2003.
- (2003b), «Title Insurance: Is There a Catch?», conferencia en el Law Institute de Victoria, 16 de abril.
- O'DONNELL, R. A. (1997), «Title Plus: One Hellavadeal», *Canadian Underwriter*, vol. 64, núm. 10, octubre, págs. 46-48.
- OETKING, R. (1974), «Britain's Aversion To Title-Insurance», *Bankers Monthly*, vol. 91, núm. 9, 15 de septiembre, págs. 31-33, y 40.
- PAIRE, J. (1999), «It's All about the Ratings», *National Real Estate Investor*, vol. 41, núm. 6, mayo, págs. 84-90.
- PALOMAR, J. D. (1990), «Bank Control of Title Insurance Companies: Perils to the Public that Bank Regulators Have Ignored», *SMU Law Review*, vol. 44, otoño, págs. 905-942.
- (2000), *Title Insurance Law*, St. Paul, West. (Primera edición, 1994. Última revisión consultada: 6 de junio de 2002).

- (2001), «After the Gramm-Leach-Bliley Financial Modernization Act», sección 3.02[1] revisada de J. D. PALOMAR, *Title Insurance Law*, St. Paul, West.
- PLOTKIN, I. H. (1978), *On the Theory and Practice of Rate Review and Profit Measurement in Title Insurance*, Arthur D. Little Inc., Cambridge, MA.
- PRATT, K. (1998), «Catchy Title», *Mortgage Finance*, noviembre, págs. 23-26.
- RICHARDS, G. (1998), «Rating Title Firms: A Trend that Keeps Growing», *National Real Estate Investor*, vol. 40, núm. 5, mayo, págs. 102-110.
- ROSENBERG, M. K. (1977), «Historical Perspective of the Development of Rate Regulation of Title Insurance», *Journal of Risk and Insurance*, vol. 44, núm. 2, junio, págs. 193-209.
- ROUSSEL, H. L., y ROSENBERG, M. K. (1981), «The High Price of “Reform”: Title Insurance Rates and the Benefits of Rating Bureaus», *Journal of Risk and Insurance*, vol. 48, núm. 4, diciembre, págs. 638-48.
- RUSH, A. (1997), «Foreign Markets-And the Birth of the EAGLE Policy», *Law Report*, núm. 17, otoño, <http://www.firstam.com/faf/html/news/lawrept/lr970802.html>, visitada el 5 de mayo de 2002.
- SCLAFANE, S. (1999), «\$1.2b Deal Creates Largest U.S. Title Insurer, *National Underwriter (Property & Casualty/Risk & Benefits Management)*, vol. 103, núm. 32, 9 de agosto, págs. 2 y 39.
- SKOGH, G. (2000), «Mandatory Insurance: Transaction Costs Analysis of Insurance», en B. Boukaert y G. de Geest, eds., *Encyclopedia of Law & Economics, Volume I. Civil Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, págs. 521-537.
- STIGLER, G. J. (1968), «Price and Non Price Competition», *Journal of Political Economy*, vol. 72, núm. 1, febrero, págs. 149-54.
- SWARBRICK, D. (2001a), «Defective Title Insurance», <http://www.swarb.co.uk/lawb/cvrTitleIns.html>, visitada el 2 de junio de 2001.
- (2001b), «Title Insurance», <http://www.swarb.co.uk/lawb/cvrTitleInsurance.html>, visitada el 2 de junio de 2001.
- THE LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA (2001), «Western Law Societies Conveyancing Protocol Expected to Take Effect February 15. New Solicitor’s Opinion Offers Advantages to B.C. Lawyers and Lenders», *Benchers’ Bulletin*, núm. 1, enero-febrero, [http://www.lsbcc.org/library/bulletin/body\\_resource\\_bulletin-01-02.html](http://www.lsbcc.org/library/bulletin/body_resource_bulletin-01-02.html), visitada el 21 de junio de 2001.
- TODD, J. D., y R. W. MCENALLY (1974), «Profitability and Risk in the Title Insurance Industry—The Texas Experience», *Journal of Risk and Insurance*, vol. 41, núm. 3, septiembre, págs. 415-33.
- TORRES SIMÓ, P. DE (1995), «Seguridad jurídica, valor económico» (conferencia pronunciada en Madrid el 7 de abril de 1994), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 34, págs. 241-261.
- TROISTER, S. H., y K. A. WATERS (1996), «Real Estate Conveyancing in Ontario: A Nineties Perspective», *mimeo*, informe emitido a petición de la Lawyers’ Professional Indemnity Company, septiembre, Toronto.
- UN-ECE, United Nations Economic Commission for Europe (1998), *Inventory of Land Administration Systems in Europe and North America (Second Edition)*, producido y publicado por HM Land Registry, Londres, para la UN-ECE (United

- Nations Economic Commission for Europe) Meeting of Officials on Land Administration (ECE/MOLA), Londres, abril.
- VARGAS, J. A. (1994), «El contrato de seguro de títulos de propiedad inmobiliaria en los Estados Unidos», Colegio de Notarios del Distrito Federal, México D. F., diciembre.
- VILLANI, K., y J. SIMONSON (1982), «Real Estate Settlement Pricing: A Theoretical Framework», *American Real Estate and Urban Economics Association Journal*, vol. 10, núm. 3, otoño, págs. 249-75.
- WEBSTER, J. (1999a), «Title Insurance Set for Growth in the UK», <http://www.insurance-first.com/Placed%20stories/July/27/title.htm>, visitada el 2 de junio de 2001.
- (1999b), «Title Insurance: When to Know It when You See It», *Mortgage Finance*, octubre.
- WHITE, L. J. (1972), «Quality Variation when Prices Are Regulated», *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 3, otoño, págs. 425-36.
- (1984), «The Title Insurance Industry, Reverse Competition, and Controlled Business—A Different View», *Journal of Risk and Insurance*, vol. 51, núm. 2, junio, págs. 308-19.

## 8. ANEXOS: COBERTURA Y EXCLUSIONES DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE TÍTULOS COMERCIALIZADA EN ESPAÑA POR GÉNESIS-METLIFE

### 8.1. RIESGOS CUBIERTOS (135)

4.1. El Asegurador garantiza al/a los Asegurado/s la/s prestación/es a que se refiere el artículo sexto de las presentes Condiciones Especiales, única y exclusivamente en el supuesto de que el derecho de propiedad y/o el Título de Propiedad del/de los Asegurado/s sobre el Bien Inmueble especificado en las Condiciones Particulares, estén afectados por el acaecimiento de cualesquiera de los hechos o eventos previstos en este artículo, todo ello de conformidad con lo previsto en las presentes Condiciones Especiales, en las Condiciones Particulares, en las Condiciones Generales y, en su caso, en sus Suplementos.

En todo caso, el acaecimiento de los hechos o eventos a que se refiere el presente artículo deberá producir al/a los Asegurado/s un perjuicio económico e inesperado:

- a) por desconocimiento por parte del/de los Asegurado/s en la fecha de otorgamiento del Título de Propiedad y en la fecha de efecto de la Póliza si ésta fuese posterior a la de otorgamiento del Título de Pro-

---

(135) Fuente: Génesis-Metlife (2001, artículo cuarto, págs. 7-12).

piedad, de que su Título de Propiedad sobre el Bien Inmueble y/o el derecho de propiedad sobre el citado Bien Inmueble no se otorgó y/o adquirió, respectivamente, libre de cargas o gravámenes y vicios ocultos,

- b) y/o porque se haya producido, contra su Título de Propiedad del Bien Inmueble objeto de este seguro, y/o contra su derecho de propiedad sobre el citado Bien Inmueble, alguna demanda o reclamación de cualquier clase, adversa, con origen diferente a:
- riesgos asumidos voluntaria y conscientemente por el/los Asegurado/s, esto es, riesgos que el/los Asegurado/s conocía/n o que podía/n conocer empleando medios racionales, cuando se otorgó el Título de Propiedad y en la fecha de efecto de esta póliza si ésta fuese posterior a la de otorgamiento del Título de Propiedad,
  - y/o a cambios legales y reales en la calificación, descripción, y estado de cargas o servidumbres del Bien Inmueble objeto del seguro, producidos por hechos, contratos o pactos, actos jurídicos o resoluciones, judiciales o administrativas, asientos y/o anotaciones marginales, o inscripciones registrales, ocurridos, celebrados, dictados y/o practicados, respectivamente, con posterioridad al otorgamiento del Título de Propiedad, por parte de Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, Organismos Públicos o Privados, Juzgados o Tribunales, Fedatarios Públicos, o por el/los propio/s Asegurado/s, en general, por quien estuviera capacitado legalmente para ello.

4.2. Concretamente, los hechos o eventos que pueden producir al/a los Asegurado/s un perjuicio económico e inesperado son, salvo que de forma expresa y por escrito se pacte lo contrario en las Condiciones Particulares y/o en un suplemento a las mismas entre Tomador y el Asegurador, cualquiera de los siguientes:

- a) Cuando a juicio del Registrador de la Propiedad competente para calificar el Título de Propiedad cuya inscripción se solicita, dicho Registrador advierta en dicho Título alguna falta con relación a la forma de su otorgamiento, a la capacidad de los otorgantes y a la validez de la compraventa contenida en el Título de Propiedad, por lo que resulte de éste y de los asientos del Registro de la Propiedad.
- b) Cuando el/los Asegurado/s sea/n víctima/s de un delito o falta de estafa inmobiliaria, al comprar el Bien Inmueble objeto del presente seguro de quien falsamente se atribuyó la facultad de disposición sobre el citado Bien Inmueble, empleando para ello uno o varios documentos falsos.

- c) Cuando la compraventa del Bien Inmueble se hubiese hecho con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número:
- Y el Bien Inmueble se hubiese adquirido «sobre plano»: si resultase que la cabida real o efectiva fuera menor que la indicada en los planos oficiales del Arquitecto titular de la obra de que se trate, sin contar con las desviaciones legalmente permitidas, en su caso, y así lo certificase un Ingeniero Topógrafo o un Arquitecto, dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha de efecto de este seguro.
  - Si el Bien Inmueble se hubiese adquirido, tras su visita por parte del/de los Asegurado/s y antes del otorgamiento del Título de Propiedad: y resultase que la cabida real o efectiva fuera menor que la que tenía el Bien Inmueble en el momento de su visita por parte del/de los Asegurado/s, y así se acreditase de forma fehaciente, no siendo válida como prueba ningún tipo de testifical.
- d) Ausencia y/o pérdida en el Registro de la Propiedad competente para la inscripción del Título de Propiedad y/o en la Notaría en la que se otorgó el mencionado Título de Propiedad, de cualquier documento necesario para la validez de dicho Título.
- e) Cuando con anterioridad a la entrega del Bien Inmueble objeto de este seguro por parte del vendedor al/a los Asegurado/s, el mencionado vendedor haya vendido por segunda vez el mencionado Bien Inmueble a otro comprador diferente del/de los Asegurado/s, siempre que dicho segundo comprador desconozca que el Bien Inmueble había sido objeto de compraventa con anterioridad por parte del/de los Asegurado/s.
- f) Cuando con posterioridad al otorgamiento del Título de Propiedad por parte del vendedor a favor del/de los Asegurado/s, una persona distinta del citado vendedor, fingiéndose propietario del Bien Inmueble venda éste a un tercero, siempre que éste desconozca que quien le vende el Bien Inmueble no es su auténtico propietario.
- g) Si la compraventa del Bien Inmueble se hubiese hecho por un precio alzado («venta como cuerpo cierto») y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, pero además de expresarse los linderos, se designase en el Título de Propiedad su cabida o número, y el vendedor no pudiese entregar al/a los Asegurado/s los números o la cabida que están dentro de los linderos, coincida o no con la cabida referida en el Título de Propiedad.
- h) Error sobre la persona del vendedor cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal de la compraventa, o incapacidad de

aquél para vender el Bien Inmueble objeto del presente seguro, por estar incapacitado legal y/o judicialmente para ello.

- i)* Cuando la compraventa del Bien Inmueble objeto del presente seguro sea declarada nula como consecuencia de los efectos retroactivos de la declaración de quiebra del vendedor.
- j)* Cuando el Título de Propiedad no sea inscribible en el Registro de la Propiedad correspondiente porque el vendedor del Bien Inmueble objeto del presente seguro manifestare en el Título de Propiedad en cuestión que dicho Bien Inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de su familia, y dicha manifestación resultara errónea o falsa.
- k)* Defecto o interrupción en la cadena de los anteriores titulares registrales del Bien Inmueble objeto del presente seguro, de naturaleza tal que el/los Asegurado/s no pueda/n inscribir el Título de Propiedad en el Registro de la Propiedad correspondiente, siempre y cuando el título o los títulos de anterior fecha al Título de Propiedad se encuentre/n en dicha fecha pendientes de calificación por el Registrador de la Propiedad competente, o se trate de títulos que se otorguen de forma inmediatamente anterior o simultánea al Título de Propiedad.
- l)* Cuando el Bien Inmueble objeto del presente seguro, sea reivindicado por anteriores propietarios de dicho Bien Inmueble.
- m)* Error sobre la vecindad civil del vendedor en cualquier Registro Público, que impida la inscripción del Título de Propiedad en el Registro de la Propiedad correspondiente, al ser preciso, según la Ley aplicable de acuerdo a la vecindad civil errónea, el consentimiento del cónyuge del vendedor a la venta del Bien Inmueble, cuando en realidad y según la Ley aplicable de acuerdo con la vecindad civil real del vendedor, no sería preciso tal consentimiento por parte del cónyuge del vendedor.
- n)* Cuando el vendedor del Bien Inmueble esté representado en el Título de Propiedad por otra u otras persona/s, física/s o jurídica/s, en virtud de una Escritura Pública de Poder otorgada por aquél a favor de éste o éstos, y la citada Escritura de Poder estuviera revocada con anterioridad o en la misma fecha que la de la compraventa del Bien Inmueble por parte del/de los Asegurado/s.
- o)* Cuando el Bien Inmueble objeto del presente seguro se halle arrendado, y en el Título de Propiedad se justifique haber notificado al/a los inquilino/s del mismo la decisión de vender el Bien Inmueble, el precio y demás condiciones esenciales de la transmisión, pero una vez formalizada la compraventa, el/los inquilino/s ejercite/n su derecho de retracto.
- p)* Existencia de inquilino/s en el Bien Inmueble objeto del presente seguro, pese a que el vendedor manifestó en el otorgamiento de

Título de Propiedad, aún bajo pena de falsedad en documento público, no estar arrendado el citado Bien Inmueble.

- q) Existencia de cuotas o gastos ordinarios o extraordinarios de comunidad de propietarios si el Bien Inmueble objeto de este seguro pertenece al régimen de propiedad horizontal, o existencia de cuotas o gastos ordinarios o extraordinarios de asociación de propietarios, si el Bien Inmueble objeto de este seguro no pertenece al régimen de propiedad horizontal, y/o de Tributos, locales, autonómicos o estatales, vinculados al Bien Inmueble objeto del presente seguro, pendientes de pago al otorgamiento del Título de Propiedad, y por tanto, devengados anteriormente a dicho otorgamiento, de cuya existencia el/los Asegurado/s no haya/n sido informado/s por el vendedor ni por el Notario autorizante del Título de Propiedad.
- r) Existencia de cargas sobre el Bien Inmueble objeto del presente seguro, de fecha anterior a la del Título de Propiedad, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes circunstancias:
- Que el/los Asegurado/s no pudiera/n conocer la existencia de dichas cargas a la fecha de otorgamiento del citado Título de Propiedad, por no presentar indicio exterior de su existencia, ni en cualquier otro Registro Público.
  - Que las cargas no fueran puestas en conocimiento del/de los Asegurado/s, por cualquier medio, por el vendedor del Bien Inmueble.
  - Que el Notario autorizante del Título de Propiedad no hubiera advertido de la existencia de dichas cargas, siempre y cuando no se hubiera renunciado a la información Registral a que se refiere el artículo 175 del vigente Reglamento Notarial o no fuese legalmente necesaria.
- s) Imposibilidad física o jurídica por parte del/de los Asegurado/s de acceder al Bien Inmueble y, en caso de que éste dispusiera de garaje o plaza/s de aparcamiento para vehículos de tipo turismo, imposibilidad física o jurídica de acceder en esos vehículos a dicho garaje o plaza/s de aparcamiento, bien porque no existieran accesos al Bien Inmueble o, en caso, al garaje o plaza/s de aparcamiento, o bien porque el vendedor, u otras personas relacionadas con éste por una relación contractual o de parentesco, se negaren a abandonar el Bien Inmueble.
- t) Si la/s plaza/s de aparcamiento adquirida/s, en su caso, simultáneamente, en el mismo Título de Propiedad que la vivienda objeto de este seguro, y por tanto, objeto del Título de Propiedad, se hubiese/n adquirido «sobre plano», y resultase que las dimensiones de la/s plaza/s de aparcamiento fuese/n inferior/es:

- A la/s indicada/s en los planos oficiales del arquitecto titular de la obra de que se trate, sin contar con las desviaciones legalmente permitidas en su caso.
  - O de no indicarse las dimensiones de la/s plaza/s de aparcamiento en los planos oficiales del arquitecto titular de la obra, si las dimensiones fuesen inferiores a las indicadas al respecto en la Ordenanza Municipal que corresponda.
  - O de no indicarse las dimensiones en los citados planos oficiales del Arquitecto titular de la obra ni en la Ordenanza Municipal correspondiente, si las dimensiones fuesen inferiores a 4,50 metros de longitud por 2,25 metros de anchura y 2 metros de altura o menos en zonas que afecten a la maniobrabilidad de la/s plaza/s de aparcamiento y circulación de peatones.
- u) Existencia, con anterioridad a la fecha del Título de Propiedad, de un procedimiento administrativo o judicial sobre el Bien Inmueble objeto del presente seguro, que produzca con firmeza y definitivamente:
- la pérdida jurídica o física, total o parcial, del citado Bien Inmueble, ya sea a cambio o no de una indemnización o contraprestación de cualquier tipo,
  - o, la imposición de una servidumbre que limite el derecho de propiedad del/de los Asegurado/s sobre el Bien Inmueble,
  - o, la obligación del/de los Asegurado/s de desembolsar cualquier cantidad dineraria como consecuencia de su condición de propietario/s del Bien Inmueble afectado por el procedimiento judicial o administrativo de que se trate.

En todo caso debe tratarse de un procedimiento de cuya existencia el/ los Asegurado/s no haya/n podido tener conocimiento del mismo con anterioridad a la fecha de otorgamiento del Título de Propiedad, y en el caso de que ésta sea anterior a la de la fecha de efecto del presente seguro, que tampoco haya/n tenido conocimiento o haya/n podido tener conocimiento con anterioridad a la citada fecha de efecto, empleando para ello, medios racionales y, en el caso de tratarse de una servidumbre que, además, no haya sido constituida por voluntad del/de los propio/s Asegurado/s.

- v) Cuando el Registrador de la Propiedad competente para la inscripción del Título de la Propiedad haya cometido un error en el asiento de inscripción y/o en la inscripción del Título de Propiedad en cuestión, por omisión o expresión inexacta o equivocada de alguna de las circunstancias que legalmente deben expresarse en la inscripción del Título de Propiedad, ya sea a la vista del mencionado Título de Pro-

riedad o de lo que resulte de otros asientos y/o inscripciones del propio Registro de la Propiedad.

- w) Cuando se prive al/a los Asegurado/s de todo o parte del Bien Inmueble objeto del presente seguro en virtud de un derecho de un tercero anterior a la compraventa materializada en el Título de Propiedad.
- x) Cuando el Título de Propiedad objeto del presente seguro adolezca de un vicio o defecto oculto que, de haberlo conocido el/los Asegurado/s no lo habría/n otorgado, o habría/n dado menos precio por el Bien Inmueble, siempre y cuando el vicio o defecto oculto no sea manifiesto o esté a la vista, o se trate de un vicio o defecto oculto que el/los Asegurados por razón de su oficio o profesión debía/n fácilmente conocer.
- y) Y, ausencia de permiso de construcción o licencia de obra o cualquier otra anomalía resultante del no cumplimiento de las obligaciones requeridas para la obtención de un permiso de obras para la construcción o la modificación del Bien Inmueble objeto del seguro.

En todo caso la anterior enumeración de eventos o hechos garantizados por la presente póliza, de conformidad con lo previsto en las Condiciones Generales, en las Condiciones Particulares y en estas Condiciones Espaciales, es una enumeración cerrada, limitada y excluyente de cualesquiera otros hechos o eventos distintos de los aquí enumerados.

## 8.2. RIESGOS EXCLUIDOS (136)

La Cobertura del presente seguro no alcanzará a:

5.1. Riesgos distintos de los expresamente señalados en el artículo cuarto de las presentes Condiciones Especiales.

5.2 Los siniestros producidos a consecuencia de:

- a) La acción u omisión intencional o dolosa del/de los Asegurado/s.
- b) Cualquier hecho o evento objeto de cobertura en este seguro, respecto del cual el/los Asegurado/s hubiera/n podido tenerlo empleando medios racionales para ello, con anterioridad al otorgamiento del Título de Propiedad y a la fecha de efecto de la presente Póliza, en el caso de que ésta sea posterior a la del otorgamiento del Título de Propiedad.

---

(136) Fuente: Génesis-Metlife (2001, artículo quinto, págs. 12-14).

- c) Cualquier defecto, imperfección, menoscabo, vicio o reclamación que afecte al Bien Inmueble, al derecho de propiedad sobre el Bien Inmueble, y/o al Título de Propiedad, que haya sido creado, constituido, aceptado o autorizado por el/los Asegurado/s.
- d) Cualquier vicio o defecto, imperfección, menoscabo o reclamación en o relativo al Bien Inmueble y/o en o relativo al Título de Propiedad y/o en relativo al derecho de propiedad sobre el Bien Inmueble que no cause perjuicio económico alguno al/a los Asegurado/s.
- e) Cualquier cambio en el valor del Bien Inmueble debido a fluctuaciones del mercado inmobiliario.
- f) Cualquier penalidad prevista en el contrato de préstamo, hipotecario o no, suscrito, en su caso, por el/los Asegurado/s, para la adquisición del Bien Inmueble.
- g) Cualquier daño que resulte directa o indirectamente de un siniestro objeto de cobertura por el presente seguro y que no esté expresamente cubierto por el mismo, como por ejemplo, gastos de realojamiento provisional del/de los Asegurado/s, etc.
- h) Cualquier daño material que afecte a cualquier objeto situado en el Bien Inmueble, como consecuencia de un siniestro cubierto por la presente póliza.
- i) Cualquier daño que resulte del ejercicio por parte del Estado, de la Comunidad Autónoma o del Ayuntamiento correspondiente, y en general del cualquier Órgano o Ente Público competente para ello, con posterioridad al otorgamiento del Título de Propiedad, del derecho que ostente sobre el suelo, el subsuelo, o el espacio aéreo del Bien Inmueble (minas, canteras, carreteras o vías públicas, etc.).
- j) Toda Reclamación del/de los Asegurado/s fundada sobre la existencia:
  - de campos y ondas electromagnéticas,
  - de amianto o cualquier otro elemento, nocivo para la salud de las personas o animales,
  - de un atentado al medio-ambiente,
  - de daños causados por insectos,
  - de un vicio de construcción.
- k) Cualquiera de los riesgos cuya cobertura corresponda al Consorcio de Compensación de Seguros, según la legislación vigente en el momento del siniestro.
- l) Cualquier Reclamación en beneficio de cualquiera asalariado/s o empleado/s por cuenta ajena, bien sea/n del Tomador y/o de cualquier Asegurado en este seguro, bien sea/n de cualquier propietario o co-

propietario, anterior/es a aquél/aquéllos, del Bien Inmueble objeto del presente seguro.

- m)* Cualquier Reclamación basada en la existencia de cualquier derecho preferente sobre el Bien Inmueble objeto del presente seguro, derecho preferente que lo sea en beneficio de cualquier Órgano, Organismo Público, Entidad de Derecho Público o Autoridad Pública perteneciente jurídicamente, de forma total o parcial, a cualquier Administración Pública Española o extranjera, sea cual fuese el ámbito territorial de tal Administración Pública (Estado/s, Organismos Internacionales o supranacionales, Comunidades Autónomas, Federaciones, Confederaciones, Municipio, Corporaciones Locales).

A los efectos de esta exclusión se entiende por derecho preferente cualquier preferencia o privilegio de cobro de que gocen determinados créditos de cualquier Administración Pública Española o extranjera, sea cual fuese el ámbito territorial de tal Administración Pública (Estado/s, Organismos internacionales o supranacionales, Comunidades Autónomas, Federaciones, Confederaciones, Municipios, Corporaciones Locales) con relación o frente a otros créditos, de acuerdo con la legislación aplicable vigente en cada momento.

- n)* Daños causados o agravados por:
- Cualquier combustible nuclear, producto o deshecho radiactivo, o por toda otra fuente de radiaciones iónicas y que sean responsabilidad exclusiva o no de una instalación nuclear, o que tengan su origen en el abastecimiento de bienes o de servicios relativos a/o situados en una instalación nuclear.
  - Cualquier fuente de radiación ionizante (radio-isótopos) existente fuera de una instalación nuclear.
- o)* Cualquier siniestro consecuencia de la suspensión de la fe pública registral a que se refiere el artículo 207 de la vigente Ley Hipotecaria.
- p)* Cualquier reclamación basada en la ocupación, total o parcial, del Bien Inmueble objeto del presente seguro, por parte de personas no relacionadas con el vendedor por una relación contractual o de parentesco.
- q)* Cualquier otro riesgo excluido en las Condiciones Particulares o en un suplemento a la póliza.

BENITO ARRUÑADA (\*)

---

(\*) Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra. Trías Fargas, 25, 08005-Barcelona (España). Correo electrónico: benito.arrunada@upf.edu. Portal en Internet: <http://www.econ.upf.es/~arrunada>.



# La constitución del derecho real de retención sobre bienes muebles

(Ley del *Parlament de Catalunya* 19/2002,  
de 5 de julio, de *drets reals de garantia*)

*SUMARIO:* 1. PRELIMINAR.—2. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN: LA COMUNICACIÓN NOTARIAL: 2.1. LA COMUNICACIÓN NOTARIAL COMO REQUISITO FORMAL DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA. 2.2. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA COMUNICACIÓN NOTARIAL. 2.3. LA «SITUACIÓN DE RETENCIÓN»; LA «DECISIÓN DE RETENER».—3. LA OPOSICIÓN A LA RETENCIÓN CONSTITUIDA: 3.1. LA OPOSICIÓN JUDICIAL. 3.2. LA CONSIGNACIÓN O AFIANZAMIENTO.

## 1. PRELIMINAR

El *Parlament de Catalunya*, en ejercicio de la competencia exclusiva que corresponde a la *Generalitat de Catalunya*, otorgada por el artículo 9.2 EAC en conexión con el artículo 149.1.8 CE, aprobó la Ley 22/1991, de 19 de noviembre, de *Garanties possessories sobre cosa moble* (LGP). Como su título indica, la LGP estableció el régimen normativo de los derechos reales de garantía sobre bienes de naturaleza mueble que implican un desplazamiento posesorio, para el ámbito territorial catalán. Los derechos que la LGP reguló son la prenda posesoria y el derecho de retención sobre bienes muebles, ámbito objetivo sobre el que se desarrolla el presente trabajo.

La inclusión de ambos derechos en un mismo cuerpo legal quedó justificada por la existencia de importantes puntos de conexión entre ellos, principalmente por su común naturaleza jurídica, por su proyección sobre bienes muebles y por la necesidad de transmisión posesoria. Estas circunstancias comunes no sólo permitieron, sino que aconsejaron el tratamiento conjunto de

ambas instituciones. Esta fue la opción que el legislador catalán consideró más adecuada al redactar la LGP, para conseguir la pretendida adaptación del régimen jurídico de las garantías posesorias sobre muebles a la situación del tráfico económico-jurídico, atendiendo a las demandas detectadas por la práctica; demandas que de otra forma no hubieran sido globalmente atendidas, habida cuenta de la relación existente entre ambas figuras, de su creciente importancia y del papel que actualmente desempeñan.

En un paso más en el proceso de actualización y expansión del Derecho privado catalán, el contenido de la LGP ha sido sustituido y ampliado por la Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía (LDRG), al objeto de proceder a la modificación de aquellos aspectos que la práctica aconseja y ampliar las modalidades de garantía real (Preámbulo, 1.º LDRG) (1). De forma específica, la LDRG amplía el objeto del derecho real de retención a los bienes inmuebles, otorgándole los efectos que son propios de los derechos de la misma naturaleza, lo que ha supuesto que «el centro de gravedad de las garantías que regula la presente Ley ya no sea la posesión de la cosa mueble, sino simplemente la posesión de la cosa objeto de la garantía» (Preámbulo, 4.º LDRG). Atendiendo al contenido de la LDRG, su título se modifica y se elimina toda referencia a los muebles del Capítulo I, dedicado a las «Disposiciones Generales», que propiamente habla de «derechos reales», explicitando la naturaleza de los derechos que regula (2).

La LDRG, igual que hizo su predecesora, configura el derecho de retención en Cataluña como un derecho de naturaleza real, al que atribuye los

---

(1) Concretamente, el impulso del legislador catalán en este ámbito ha considerado conveniente ampliar el derecho real de retención a los bienes de naturaleza inmueble, otorgándole los mismos efectos que el artículo 2 LGP había previsto para los derechos reales de prenda y de retención sobre muebles (Preámbulo, 3.º LDRG); incluir el derecho real de anticresis (Preámbulo, 5.º LDRG); mejorar los mecanismos de realización de valor de la cosa objeto de la garantía, con la finalidad de conseguir el máximo rendimiento económico al menor costo posible (Preámbulo 6.º LDRG); ampliar los presupuestos del derecho de retención sobre muebles (Preámbulo, 7.º LDRG); facilitar la constitución y el ejercicio del derecho de retención sobre bienes muebles «de poco valor» (Preámbulo, 8.º LDRG); eliminar el principio de especialidad de la prenda, de difícil concreción en la práctica, especialmente cuando la garantía pignoratícia se constituya sobre varios objetos (Preámbulo, 9.º LDRG); y establecer el principio de subrogación real cuando la garantía recaiga sobre un derecho de crédito (Preámbulo, 10.º LDRG). La Abogacía del Estado ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad 50/02 contra la LDRG, en los artículos 1.c); 3, en cuanto a la expresión «o inmueble»; 4.1, en el inciso «si lo retenido es una finca que constituye la vivienda familiar, la notificación debe hacerse al cónyuge o a la persona conviviente»; 4.2; 4.3; 8; capítulo IV (arts. 21, 22 y 23) y Disposición Transitoria, en la expresión «y de anticresis», de la LDRG. Estos artículos, referidos exclusivamente a los inmuebles, resultan impugnados, básicamente, por considerarlos contrarios al régimen constitucional de distribución de competencias establecido en el artículo 149.1.8.ª CE.

(2) En cambio, la LGP sólo utilizaba el término «derecho real» en su Preámbulo, pero no en su articulado.

efectos propios de los derechos de la misma naturaleza (reipersecutoriedad, realización del valor y efecto anticrético —arts. 2, 6, 7 y 8 LDRG—). La atribución de naturaleza real al derecho de retención, con los efectos que ello conlleva, fue la novedad más significativa que la LGP aportó y la que más comentarios ha suscitado (3). El modelo de derecho de retención acogido por la LGP y mantenido en la LDRG se aparta notablemente del derecho —o de los derechos— de retención previsto por el Código Civil, tanto por lo que se refiere al esquema positivo tradicionalmente mantenido como por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la garantía (4).

---

(3) Sobre la regulación catalana del derecho real de retención puede consultarse ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL, «El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 624, págs. 1885 a 1925; CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, «En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble», en *La Notaría*, julio-agosto 1996, núm. 7-8, págs. 93 a 134; FELIU REY, MANUEL IGNACIO, «Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado», en *Revista de Derecho de los Negocios*, año 3, mayo 1992, núm. 20, págs. 13 a 20; FUENTES MARTÍNEZ, JESÚS JULIÁN, «El derecho de retención sobre bienes muebles en el Ordenamiento Civil de Cataluña, situación actual y perspectivas de reforma», en *La Notaría*, noviembre-diciembre 2001, núm. 11-12, págs. 242 a 262; FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M.<sup>a</sup>, «Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (en torno a la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)», en *La Notaría*, noviembre-diciembre 2001, núm. 11-12, págs. 263 a 364; GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Consideraciones en torno a la Ley catalana 22/1991, de garantías posesorias sobre cosa mueble, y a sus implicaciones en el Código Civil», en *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 397 a 421; LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana», en *La Notaría*, junio 1997, núm. 6, págs. 71 a 106; MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, «Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, núm. 2, págs. 712 a 717; POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL, «La retenció de béns mobles de poc valor», en *La Notaría*, noviembre-diciembre 2001, núm. 11-12, págs. 221 a 232; PUIG I FERRIOL, LLUÍS - ROCA I TRIAS, ENCARNA, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; SOLÉ RESINA, JUDITH, «La ejecución de la prenda y del derecho de retención en la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, noviembre 1996, núm. 141, págs. 1 a 3.

(4) La regulación de la retención que el ordenamiento estatal acoge, lejos de articularse de una manera general y orgánica, se encuentra totalmente fragmentada y dispersa. La posibilidad de ejercitar retención se establece de forma casuística, respondiendo a puntuales necesidades de justicia, como remedio concreto para situaciones determinadas o específicas y de diferente alcance y efectividad. Como consecuencia de ello resulta extremadamente difícil —cuando no imposible— determinar en este ámbito el verdadero ámbito, naturaleza y contenido de la retención, esto es, fijar de forma unánimemente aceptada la configuración jurídica de la institución. En este sentido, entre otros, ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, t. II, vol. 1.<sup>o</sup>, séptima edición, Librería Bosch, Barcelona, 1983, pág. 230; Díez-PICAZO, LUIS - GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, S. A., Madrid, 1995, pág. 512; PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 387; POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL, *El derecho a retener en prenda del depositario*,

En un intento de «ordenar» el derecho de retención en su ámbito, el legislador catalán acoge esta institución de una forma unitaria, otorgándole una única configuración jurídica y, en aras de una mayor seguridad jurídica, una única regulación y un único grado de efectividad, cualquiera que sea la obligación asegurada. Esta opción obedece, principalmente, al deseo de hacer del derecho de retención una garantía segura, a la vez que ágil y lo suficientemente flexible, capaz de ofrecer solución jurídica a las múltiples situaciones sobrevenidas que, en caso contrario, podían quedar desprovistas de la adecuada protección (cfr. Preámbulo, II LGP).

## 2. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN: LA COMUNICACIÓN NOTARIAL

### 2.1. LA COMUNICACIÓN NOTARIAL COMO REQUISITO FORMAL DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA

Según la LDRG, el poseedor de cosa ajena puede constituir derecho real de retención sobre la misma cuando concurren los presupuestos requeridos por los artículos 3 y 5. La constitución del derecho de retención supone un cambio en el concepto posesorio del acreedor y la extinción formal del título posesorio primitivo que hasta entonces le legitimaba en su posesión sobre la cosa que se sustituye por el que, con estos efectos, establece la LDRG. Por tanto, a partir de la constitución del derecho de retención el régimen jurídico que presidía la relación obligatoria de la que la garantía trae causa se sustituye por el establecido en la LDRG, con los efectos que en la misma se prevén.

La forma de constitución del derecho real de retención sobre bienes muebles viene establecida en el artículo 4.1 LDRG. Este precepto exige que el acreedor comunique notarialmente al deudor y al propietario si fueran personas distintas su decisión de retener, la liquidación practicada y el importe de las obligaciones en seguridad de las cuales decide constituir el derecho

---

PPU, Barcelona, 1989, *passim*; ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, «Significación procesal de derecho de retención», en *Revista de Derecho Procesal*, 1968, núm. 3, págs. 113 a 140; VIÑAS MEY, JOSÉ, «El derecho de retención», en *Revista de Derecho Privado*, 1992, págs. 102 a 115; CAMPO VILLEGAS, *En torno...*, pág. 101; FERNÁNDEZ ARÉVALO, ÁNGELA, *Extinción del derecho de retención (Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Práctica del Derecho, S. L., Valencia, 1999, pág. 17; FELÍU REY, *Garantías...*, pág. 14; FUENTES MARTÍNEZ, *El derecho...*, pág. 243; GARRIDO, JOSÉ M.<sup>a</sup>, «Teoría general de la preferencia», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1998, págs. 1769 a 1863; LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, núm. 671, págs. 1011 a 1039, pág. 1012.

de garantía. Por tanto, el derecho real de retención queda constituido cuando el acreedor emita una declaración de voluntad, expresada formalmente a través de la comunicación notarial, por la que haga pública su decisión de mantener la posesión del objeto como titular de un derecho de retención en garantía del pago de una deuda determinada.

La comunicación notarial es el único mecanismo formal general de constitución del derecho de retención que la LDRG admite expresamente (cfr. art. 10 LDRG). En consecuencia, parece que esta garantía real no puede constituirse por sentencia judicial ni por vía convencional. Sin embargo, un sector doctrinal entiende que el silencio de la LDRG en este punto no tiene por qué interpretarse necesariamente en el sentido de excluir que el derecho real de retención pueda constituirse por decisión judicial. Desde este punto de vista se considera que planteada una demanda judicial por causa del *hecho* de la retención, la garantía real correspondiente puede quedar constituida si en el curso del procedimiento contradictorio el acreedor justifica el crédito que la origina así como su liquidación y su importe (5). A mi juicio, la LDRG no permite esta opción alternativa, aunque lo deseable hubiera sido lo contrario. Porque la oposición judicial no sólo puede ser resultado de la comunicación notarial, sino que también puede existir con independencia de ella, en un momento previo, ante la negativa de devolución del acreedor. Entiendo que la LDRG no permite la constitución judicial del derecho real de retención (arts. 4.1 y 7.1). Pero también entiendo que debiera haberla permitido en el caso de que el deudor o el propietario reclamaran judicialmente la restitución de la cosa, con la consecuente denegación por parte del acreedor y la acreditación de la concurrencia de los presupuestos legalmente requeridos (arts. 3 y 5 LDRG). En definitiva, tal y como se expresa la LDRG, la decisión judicial no puede ser constitutiva, sino declarativa, porque el derecho real de retención sólo ha de reconocerse judicialmente cuando exista, y para que exista ha de haber nacido de acuerdo con las disposiciones legales que lo regulan, en concreto, de acuerdo con el artículo 4.1 LDRG, que requiere la comunicación notarial como única forma de constitución.

---

(5) PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 392: «sembla que el precepte és massa estricte quan preveu l'eficàcia del dret de retenció únicament des de la comunicació notarial adreçada al deutor i al propietari. Hauria estat oportú preveure la possibilitat que si el deutor o el propietari reclamen judicialment al posseïdor la restitució de la cosa, pogués el creditor oposar a la reclamació l'excepció derivada de la retenció i que en aquest cas produís tots els efectes el dret de retenció, si la formulació de l'excepció anava acompanyada de la liquidació i practicada pel retenedor i la determinació de l'import de les obligacions precedents». Igualmente ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, pág. 1919, quien añade que «el control judicial previsto por el artículo 4.2 para garantizar los derechos del deudor y del propietario se vuelven en esta hipótesis innecesarios, al ser la jurisdicción contenciosa la encargada de decidir la constitución de un derecho de retención y el reembolso que con él se garantiza».

Tampoco parece posible constituir derecho de retención por la vía del acuerdo. La retención previamente acordada puede dar lugar a un derecho de prenda, pero no a un derecho real de retención. No obstante, podría pensarse que la no oposición judicial a la comunicación notarial (art. 4.1 LDRG) se acerca bastante a un «acuerdo» del deudor o del propietario con el contenido de ésta. Es posible, no obstante, que las partes en la relación obligatoria acuerden reflejar documentalmente la posibilidad de retener, la valoración del bien sobre el que se haya de ejercitar la garantía y cualquier otro extremo que estimen conveniente para facilitar este ejercicio, en previsión de la futura situación legalmente constituida. Pero estas estipulaciones se mantienen al margen del acto de constitución del derecho real de retención, que se lleva a cabo por la única iniciativa del acreedor, e incluso contra la voluntad del deudor, en las circunstancias y con las formalidades legalmente determinadas. En su consecuencia, carecerá de eficacia el pacto o la estipulación entre las partes que contradiga las disposiciones legales relativas a la constitución del derecho real de garantía (6).

La comunicación notarial la realiza el titular del derecho de crédito, quien establece su contenido de forma unilateral (7). Para cuantificar la deuda, en la comunicación han de constar los gastos necesarios y/o útiles efectivamente realizados en la cosa, los daños realmente sufridos por su causa y/o la retribución de la actividad pactada y realizada, con la determinación de la correspondiente cuantía —que puede haber sido previamente acordada con el deudor— y su justificación (cfr. art. 5 LDRG). También puede constar la voluntad del acreedor de retener en garantía de los intereses de los créditos asegurados que en lo sucesivo se devenguen, aunque no resulte necesario [cfr. art. 5.d) LDRG]. No obstante, será imposible realizar una liquidación definitiva o determinar el importe final del crédito generado por concepto de intereses, porque su cuantía dependerá del tiempo en que tarde el deudor en cumplir con su obligación de pago o el retenedor en realizar el valor de la cosa retenida. Si el acreedor lo estima conveniente, en la comunicación notarial

---

(6) LUCAS ESTEVE, *El régimen...*, pág. 75, también se muestra contrario a la posibilidad de constituir el derecho de retención por vía contractual, aunque entiende que «cualquier acuerdo para modificar la regulación de esta garantía tendrá eficacia *inter partes*, no *erga omnes*, y limitaría sus efectos a las partes que otorgaron el contrato».

(7) Esta forma de constitución notarial del derecho de retención no fue una novedad introducida por la LGP, dado que la legislación catalana ya la había previsto para algún supuesto, como en el caso del artículo 237.2 CS, donde se establece un derecho de retención en favor del fiduciario o de sus herederos, sobre los bienes de la herencia o del legado fideicomitido, por los créditos detallados en el artículo 240 del mismo texto que ostenten frente al fideicomisario. Según este precepto, «Si en dicho plazo el fiduciario o sus herederos requieren notarialmente al fideicomisario la constitución de un derecho de retención de conformidad con la Ley para alguno de los créditos a que hace referencia el artículo 240, y señalan su importe, pueden retener la dicha posesión».

puede incluir su propuesta de valoración del bien retenido, a los efectos previstos por los artículos 7.2 y 7.3.c) LDRG, y solicitar del propietario su conformidad.

El carácter unilateral inicial del acto formal de constitución hace que el contenido de la comunicación notarial, o alguno de sus extremos, sea provisional. El perjudicado por esta garantía puede formular oposición judicial no sólo a la retención constituida, sino al importe unilateralmente determinado o a la liquidación de la misma forma practicada (cfr. art. 4.1 LDRG). Aquietándose el deudor al contenido de la comunicación o rechazada su oposición por resolución judicial el contenido provisional de la comunicación se convierte en definitivo.

La declaración de voluntad que se manifiesta en la comunicación notarial es de naturaleza recepticia. La LDRG utiliza indistintamente, identificándolos, los términos «comunicación» [arts. 4.1, 4.2, 7.1 y 10.a)] y «notificación» (art. 4.1). Y según el artículo 202 RN, «Las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención». Por tanto, se trata de una voluntad que no despliega su eficacia en el momento en que se emite, se manifiesta o se declara, sino en el momento en que los destinatarios —deudor y/o propietario— tengan conocimiento, efectivo o debido (8), del contenido de la notificación [cfr. arts. 10.a) LDRG y 1262.2.º CC].

No obstante, la constitución de la garantía no depende de que el sujeto a quien se dirige la comunicación acepte su contenido (otra cosa serán los efectos de la oposición). El derecho real de retención nace cuando los destinatarios de la comunicación conozcan su contenido. A partir de ese momento, el acreedor, mero tenedor de la cosa pasa a ser titular de un derecho real sobre la misma, que será oponible no sólo frente a los sujetos comunicados, sino también *erga omnes* (art. 6.1 LDRG). En consecuencia, la declaración de voluntad expresada a través de la comunicación es constitutiva, porque determina el nacimiento de una situación jurídico-real antes inexistente.

La comunicación notarial interrumpe el plazo de prescripción del derecho personal del acreedor (cfr. art. 1.973 CC) que, a partir de ese momento empieza a contar de nuevo. Sin embargo, la inactividad posterior del retenedor

---

(8) No significa que el deudor y/o el propietario hayan de conocer efectivamente la comunicación y su contenido, sino que basta con que puedan hacerlo actuando de forma diligente, de manera que pueda presumirse. Al respecto, ALBALADEJO MANUEL, «Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción desde que se hace o cuando la recibe el prescribiente», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1996, págs. 523 a 534, pág. 532; COCA PAYERAS, MIGUEL, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ - BERCOVITZ - DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN - SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 4531 y sigs.

hace correr de nuevo el plazo, sin que pueda entenderse permanentemente interrumpido por el solo hecho de mantener la situación retenedora (9).

## 2.2. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA COMUNICACIÓN NOTARIAL

A tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 LDRG la comunicación notarial es un requisito de constitución del derecho real de retención. Esta tesis no es, sin embargo, la unánimemente admitida. Un sector de la doctrina sostiene que el derecho de retención se constituye por la concurrencia de las circunstancias establecidas en los artículos 3 y 5 LDRG. Para este sector doctrinal la comunicación notarial no es, pues, un requisito constitutivo de la garantía, sino un requisito de eficacia, únicamente preciso para que el derecho ya constituido despliegue todos sus efectos (10). Esta opinión ha quedado reflejada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 4 de septiembre de 2000, dictada bajo la vigencia de la LGP y confirmada en casación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de julio de

---

(9) Mantienen una posición contraria PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 394: «Mentre el creditor exerceix el dret de retenció, d'una forma o altra manifesta la voluntat d'extingir el crèdit garantit per la retenció, i per aquest motiu creiem que el dret de retenció es pot entendre com una reclamació extrajudicial del creditor, que segons l'article 1.973 CC determina la interrupció de la prescripció».

(10) A juicio de PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 393, el requisito de la notificación notarial no se exige para la constitución del derecho de retención, que queda constituido si el acreedor lo ejerce de acuerdo con los presupuestos establecidos por los artículos 3 y 5 LDRG; la comunicación es la formalidad que la Ley establece para dotar de cierta publicidad a la garantía para que se pueda oponer a terceros y proceder a la venta de la cosa retenida por subasta pública. En el mismo sentido, FELÍU REY, *Garantías...*, pág. 15, para quien la comunicación se establece para posibilitar la ejecución y determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo del procedimiento de realización; ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, pág. 1918, también cree posible «que el derecho de retención se constituya unilateralmente, mas no se lleve a cabo la comunicación notarial. Al faltar el medio que la ley requiere para dotar de publicidad a este derecho frente a terceros, muchas de las facultades que la citada ley le confiere no le corresponderán en este caso». Según CAMPO VILLEGAS, *En torno...*, pág. 113: «A nuestro juicio la eficacia de este derecho frente a terceros no se produce hasta aquella notificación notarial que lo reviste de la autenticidad y publicidad propios de los derechos y situaciones jurídicas que han de afectar a terceros. En su defecto el retenedor tan solo ostenta la mera facultad de conservar la posesión de la cosa y de oponerse a su reclamación pero únicamente *inter partes*». Siguiendo a este último autor, FUENTES MARTÍNEZ, *El derecho...*, pág. 250, defiende «la exigencia *ad solemnitatem* de la notificación notarial que examinamos, la cual guarda coherencia con la precisión de instrumento público que para la prenda prevé el artículo 8.2 en concordancia con el artículo 1.865 del Código Civil». No obstante, respecto de esta última afirmación cabría puntualizar que así como en la prenda el instrumento público es un requisito de eficacia, porque la garantía puede constituirse privadamente, en el derecho de retención la comunicación notarial es un elemento constitutivo, que determina la existencia y la plena oponibilidad de la garantía.

2001. Así, según la sentencia de la Audiencia Provincial, «Esta garantía queda establecida cuando se retiene la cosa por causa de impago, de modo que la exigencia de la comunicación notarial impuesta en el artículo 4.2 de la Ley no es de carácter constitutivo; pero en cuanto tiende a asegurar el conocimiento por el deudor de la retención y de la deuda originada, determina el momento para la efectividad de los derechos que comporta esta garantía» (FD segundo, 2.º). En el mismo sentido se expresa la sentencia del Tribunal Superior, según la cual, «El hecho es que el artículo 4 de la ley sobre garantías posesorias en su párrafo segundo no determina en qué término el retenedor ha de comunicar notarialmente al deudor y al propietario de la cosa (si fuera otro) la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación de las obligaciones precedentes. Esta indeterminación juega a favor de la tesis de la Audiencia ya que, nada se dice en el sentido que no sea válido el derecho de retención hasta el momento en que se haga realidad la notificación notarial» (FD Segundo, 14.º) (11).

Según este criterio el derecho real de retención quedaría constituido por la concurrencia de los presupuestos relacionados en los artículos 3 y 5 LDRG, pero en tanto no se produjera la comunicación notarial ninguna de las partes podría ejercitar las facultades que le corresponde (oposición judicial, sustitución de la garantía, imputación de los frutos, extensión de la garantía a los intereses y a los gastos de conservación, realización del valor, oponibilidad a terceros). A mi juicio, con esta tesis se está afirmando la posibilidad de constituir un derecho personal de retención al amparo de la LDRG, dado que, antes de la comunicación notarial, el acreedor sólo podría mantenerse en la posesión de la cosa retenida.

Pero, además, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona añade que, «Si bien no cabe privar de virtualidad a la retención por falta de notificación notarial cuando consta la otra parte (12) conoció todas sus condiciones, tampoco puede prescindirse de esta formalidad para la efectividad de los derechos que derivan de la constitución de tal garantía y, especialmente, para computar el plazo de ejercicio de la oposición «a contar desde la fecha de la notificación» (FD Segundo, 5.º). Con ello parece que se está supeditando la existencia del derecho real de retención —ineficaz— al efectivo conocimiento de la situación de hecho y de «sus condiciones» por «la

---

(11) Traducción de la autora. STSJC de 19 de julio de 2001, FD segundo, 14.º, «El fet és que l'article 4 de la llei sobre garanties possessòries en el seu paràgraf segon no determina en quin termini el retenidor ha de comunicar notarialment al deutor i al propietari de la cosa (si fos un altre) la decisió de retenir, la liquidació practicada i la determinació de les obligacions precedents. Aquesta indeterminació juga a favor de la tesi de l'Audiència ja que, res és diu en el sentit que no sigui vàlid el dret de retenció fins el moment en que es faci la notificació notarial».

(12) Así en el original.

otra parte» (13). En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por entender que, «De hecho, se desprende de la lectura del precepto cuestionado que, la notificación notarial tiene por objetivo el conocimiento por parte del deudor de los hechos que han conducido a la retención de la cosa mueble de su propiedad (o de un tercero en su caso). Este conocimiento ha de permitirle oponerse a la deuda y, obviamente a la retención efectuada, o, si procede, sustituir la cosa retenida. Pero si el deudor es conocedor del importe de la deuda y de las circunstancias de la retención de la que habla el artículo 4, y no hay motivos para pensar que el deudor se ha visto privado ya de defenderse de la retención, ya de sustituir la cosa retenida, y, nada justifica la exigencia de la notificación notarial con efectos constitutivos del derecho» (14) (FD Segundo, 15.º y 16.º). Así pues, como se aprecia, en ambas instancias se entiende que la finalidad de la comunicación no es otra que el conocimiento de la situación por parte del perjudicado, de forma que aquélla no resulta necesaria cuando quede demostrado que éste ya conocía por otros medios el ejercicio de la garantía.

Sin embargo, según entiendo, el derecho real de retención previsto y regulado en la LDRG no nace por la sola concurrencia de los presupuestos detallados en los artículos 3 y 5. De ser así, ante un mismo supuesto, cabrían dos derechos de retención: el comunicado y el no comunicado, con efectos diferentes; situación que parece oponerse al deseo de homogeneidad que la regulación de la garantía pretende. La LDRG regula el derecho de retención de naturaleza real, que desde su constitución permite a su titular oponerlo *erga omnes*. En-

---

(13) Esta misma contradicción en PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 393, quienes, después de afirmar que «el requisit de la notificació notarial no s'exigeix per a la constitució del dret de retenció», consideran que «En aquests casos la decisió unilateral del posseïdor de la cosa, comunicada notarialment als efectes esmentats al deutor i, en el seu cas, al propietari, determina la creació del dret de retenció». En el FD segundo, 4.º de la sentencia comentada de la Audiencia Provincial de Tarragona se pone de manifiesto que «La deudora tuvo pleno conocimiento de ejercicio de la garantía, así como de sus circunstancias y condiciones, mostrando su oposición, ya que reivindicaba su mercancía pero poniendo objeciones al pago del trabajo efectuado sobre ella; y en tal sentido existieron comunicaciones entre ambas partes mediante las cuales se especificó el importe del precio reclamado y la liquidación correspondiente e incluso se le dio oportunidad de recuperar el aceite pagando una cantidad inferior (1.400.000 ptas.) a cuenta del precio definitivo».

(14) Traducción de la autora. STSJC de 19 de julio de 2001, FD segundo, 15.º y 16.º: «De fet, és després de la lectura del precepte qüestionat que, la notificació notarial té per objectiu el coneixement per part del deutor dels fets que han conduït a la retenció de la cosa mòble de la seva propietat (o d' un tercer si s'escau). Aquest coneixement li ha de permetre oposar-se al deute i, òbviament a la retenció efectuada, o, si escau, substituir la cosa retinguda. Però, si el deutor és coneixedor de l'import del deute i de les circumstàncies de la retenció de que parla l'article 4, i no hi ha motius per pensar que el deutor s'ha vist privat ja de defensar-se de la retenció, ja de substituir la cosa retinguda, i, res no justifica l'exigència de la notificació notarial amb efectes constitutius del dret».

tiendo que la comunicación notarial es requisito de constitución del derecho real de retención, porque, a diferencia de lo que ocurre en la misma LDRG con el derecho real de prenda, donde el artículo 12.2 expresa claramente que el derecho ya constituido por la concurrencia de los requisitos enumerados en el apartado primero de este artículo no desplegará todos sus efectos —no sólo entre las partes constituyentes, sino también frente a terceros— mientras no conste en instrumento público, el precepto correspondiente del derecho de retención no dice nada semejante e integra la comunicación como requisito de existencia, en contrapartida a la iniciativa unilateral del acreedor.

Es decir, a diferencia de la prenda, en el derecho de retención la transmisión posesoria ya se ha llevado a cabo en un momento previo: el retenedor era previamente el poseedor de buena fe de cosa ajena (art. 3 LDRG). Además, el acreedor cambia unilateralmente su concepto posesorio cuando «decide retener» (art. 4.1 LDRG) (15). Por tanto, el traslado de la posesión no desempeña, en este caso, una función de publicidad, como mecanismo para que los terceros acreedores del mismo deudor o los futuros adquirentes del objeto retenido conozcan la afección de la que la cosa responde; siquiera sirve para que el sujeto pasivo de la obligación asegurada o el propietario del bien afectado conozcan su nueva situación jurídica (16).

La comunicación notarial es un requisito necesario no sólo para el nacimiento y la completa efectividad del derecho de retención, sino también para dar a conocer la nueva situación unilateralmente creada a aquellos directamente afectados por la misma. Es decir, al igual que los terceros, y con mayor motivo, el deudor y el propietario del bien retenido han de conocer de forma indubitada la situación jurídica actual del bien, el régimen jurídico que al mismo corresponda, para poder actuar en consecuencia protegiendo sus intereses. Por tanto, la notificación notarial de la retención cumple esta doble función de publicidad —frente a la otra parte y frente a los terceros—, y proporciona al acreedor un documento que acredita frente a cualquiera

---

(15) Aspecto éste que se remarca en la citada STSJC, FD segundo, 18.º

(16) El desplazamiento posesorio de la cosa gravada con prenda desempeña, en este derecho, las funciones de control patrimonial y de publicidad. De control patrimonial porque el acreedor se asegura que el pignorante, que ha perdido la posesión de la cosa gravada, no la enajene como libre de cargas a terceros de buena fe (cfr. art. 464 CC). De publicidad porque supone un medio para que los terceros acreedores del mismo deudor o los adquirentes del objeto de prenda conozcan la afección de la que responde la cosa empeñada. Así, lo expresa SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2.º, segunda edición, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1991, pág. 299, para quien esta doble función del desplazamiento posesorio en la prenda explica la antigüedad e importancia histórica de la figura. En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL, t. XXIII, segunda edición, Edersa, Madrid, 1990, pág. 495.

—también frente a la otra parte— la existencia de un derecho real sobre la cosa retenida y la fecha de su constitución. Cuando se entiende que la prenda no formalizada en instrumento público no despliega más efectos que entre partes es porque se parte del hecho de que éstas ya conocen la existencia del derecho real que de mutuo acuerdo constituyen (cfr. art. 12 LDRG) (17). En cambio el derecho de retención, de origen legal y de constitución unilateral, no puede perjudicar a quien desconozca su existencia, y la comunicación notarial es la forma requerida por la LDRG para dar a conocer la existencia de la garantía.

Desde esta última perspectiva, todavía queda más claro, a mi juicio, la necesidad de dar publicidad a la nueva situación que presenta la constitución del derecho real de retención a través de la comunicación notarial prevista en el artículo 4.1 LDRG. Es del todo evidente que constituyendo el derecho de retención una carga real y objetiva que, además de limitar y gravar el dominio de los bienes muebles sobre los que se constituye, tiene su origen en la ley y en la voluntad unilateral del acreedor, necesita ser comunicado de una manera expresa, para que todos, especialmente el propietario del bien gravado, puedan conocer con la debida seguridad el verdadero estado de la propiedad de esos bienes. Se trata, en definitiva, de atender y cumplir con el principio de seguridad jurídica en la publicidad de los gravámenes impuestos sobre el dominio, base esencial de los derechos reales, cuya necesidad se hace más patente cuando estos derechos se constituyen sin contar con la voluntad del perjudicado.

De lo contrario, si el derecho real de retención quedara constituido por la simple concurrencia de los requisitos y presupuestos demandados por los artículos 3 y 5 LDRG, nos encontraríamos ante un derecho legal de constitución tácita, aunque supeditado para su efectividad al requisito de la notificación notarial. En este último caso, el derecho real se constituiría automáticamente, *ope legis*, sin necesidad de un determinado acto constitutivo que, de alguna manera, dotara de publicidad a la existencia de la garantía y sus circunstancias, lo que provocaría una inseguridad frente a los terceros adquirentes y frente a acreedores posteriores, que quedarían sin protección (18). La

---

(17) El requisito de forma *ad solemnitatem* establecido por el artículo 12.2 LDRG persigue exclusivamente la protección de los terceros, que, según GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, pág. 518, son «quienes han adquirido algún derecho concreto de carácter personal sobre la cosa gravada. Es decir, fundamentalmente los acreedores del pignorante que por la existencia de la prenda ven frustradas sus expectativas actuales de cobrar su crédito con cargo a la cosa empeñada al sustraerse del patrimonio del deudor a los efectos de la responsabilidad general».

(18) Y esto fue, precisamente, lo que trató de evitar la Ley Hipotecaria de 1861, que se encontró con una gran variedad de hipotecas legales tácitas cuyo mantenimiento consideró contrario al principio de publicidad que, junto con el de especialidad, conformaba

existencia de este derecho requiere, como se ha dicho, que su constitución conste fehacientemente, de forma que puedan ser conocidas sus circunstancias, especialmente la fecha de su constitución, por aquellas personas cuyos intereses pueden verse por ello perjudicados.

Por todo ello, en contra de lo que se afirma en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 4 de septiembre de 2000, y se confirma en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de julio de 2001, no valen otras formas de conocimiento fuera de la comunicación notarial a la que se refiere el artículo 4.1 LDRG. La habilitación legal para que el acreedor constituya unilateralmente un derecho real e imponga las facultades que en el mismo se integran, no sólo frente a terceros sino incluso frente al deudor y al propietario, no puede suponer ausencia de protección, por

---

la base del sistema inmobiliario que se pretendía implantar. La Ley Hipotecaria de 1861 convirtió la mayor parte de las hipotecas legales tácitas en hipotecas legales expresas, requiriendo el otorgamiento de un acto expreso de constitución, que debía ser inscrito en el Registro. Estas hipotecas legales tácitas eran contrarias, además, al principio de especialidad, porque en la mayoría de ocasiones afectaban a varios bienes a la vez, dando lugar a hipotecas generales o solidarias. MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, sexta edición, revisada por JUSTO J. GÓMEZ YSABEL, Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, 1973, pág. 659, relata que «antes de la publicación de la Ley Hipotecaria, las hipotecas legales se caracterizaban por su cualidad de tácitas, de necesarias y generales, las cuales, sin constar en ningún documento propio ni referirse a bienes determinados, ni aún ciertos y conocidos, sujetaban todos los de una persona en favor de otra, constituyendo un privilegio odioso y altamente perjudicial para la contratación, pues con dicho sistema el comprador o el acreedor hipotecario estaban siempre expuestos a la aparición de una hipoteca oculta cuya existencia no había medio de conocer, pero que con la promulgación de la indicada ley se rompieron las antiguas tradiciones, si bien con especial cuidado se procuraron conservar los beneficios concedidos por las antiguas leyes a las personas en cuyo favor establecieron dichas hipotecas, sin perjudicar por ello la publicidad que la propiedad debe tener para que se cumplan los fines de la legislación hipotecaria. Consecuencia de ello fue la subsistencia de las hipotecas legales, pero con un nuevo carácter, pues de afecciones ocultas y generales debían pasar a convertirse en públicas y especiales, mediante el ejercicio del derecho concedido para ello a los poseedores de aquéllas». Según PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. III, tercera edición actualizada, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1983, pág. 282: «No hay que esforzarse para demostrar que estas hipotecas eran incompatibles con una correcta política de favorecer el crédito territorial, pues existían al margen de toda publicidad y determinación exigible en todo gravamen». En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, t. III, pág. 830; ROCA SASTRE, RAMÓN M.<sup>a</sup> - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, t. IX, octava edición revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1998, pág. 3; CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.<sup>a</sup>, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, cuarta edición actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 1660; BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 67; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, pág. 587; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ - BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN - SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1900.

desconocimiento, ausencia de publicidad o de fehaciencia, de los derechos e intereses directamente afectados.

Tratándose de una facultad que el ordenamiento jurídico pone al alcance del acreedor, que invierte su concepto posesorio de forma unilateral, éste tiene la opción de devolver la cosa o, si lo prefiere, retenerla conforme al derecho constituido con la publicidad precisa para que conste de manera fehaciente. Si el deudor o el propietario reclaman la devolución del bien antes de que el acreedor haya efectuado la comunicación notarial, éste no tiene más remedio que devolverlo o constituir formalmente derecho de retención. Si el acreedor se niega a la devolución y no comunica notarialmente su decisión de retener, entrará en mora con las responsabilidades propias de esta situación (19). Los perjudicados por la negativa del acreedor a la devolución pueden oponerse iniciando el procedimiento judicial correspondiente para la defensa de su derecho. En este caso, de producirse posteriormente la comunicación requerida —no para que el deudor o el propietario conozcan la situación, que ya conocen, sino para que el derecho se constituya formalmente— no debería hacer falta que expresaran de nuevo su oposición judicial en el plazo de un mes previsto por la LDRG (arts. 4.1 y 7.1).

En definitiva, el derecho de retención no se constituye por la sola concurrencia de los presupuestos demandados por los artículos 3 y 5 LDRG, quedando, entonces, su eficacia *erga omnes* supeditada al requisito de la comunicación (cfr. art. 12 LDRG). Para que el derecho de retención se constituya como derecho real de garantía es preciso, además, la notificación notarial. Sólo si concurren todos estos presupuestos y requisitos nace el derecho real de retención, con los efectos que para el mismo prevé la Ley. Esto es, la garantía nace a partir de la comunicación notarial y desde ese momento despliega todos sus efectos, tanto entre las partes de la obligación cuyo cumplimiento se asegura, como frente a cualquier tercero (Preámbulo II, 3.º LGP y arts. 6.1 y 7.1 LDRG). Por tanto, el derecho de retención no existe hasta el momento en que el contenido de la comunicación notarial sea conocido por sus destinatarios.

Esta última postura, que aquí se defiende, es la que igualmente mantiene la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 16 de marzo de 1999 y en el auto de 31 de enero de 2000. Según la sentencia de 1999, que atiende al carácter legal y unilateral de la constitución del derecho real de retención (FD Segundo, 2.º), «Esta enérgica garantía exige rigor formal en su constitución y a tal efecto, el artículo 4 de la ley señala en su apartado segundo que

---

(19) La válida constitución del derecho de retención impide que el acreedor caiga en morosidad por el incumplimiento de la obligación de restituir (cfr. art. 1.100 CC) y que se le puedan reclamar responsabilidades por la destrucción fortuita de la cosa que sigue poseyendo (cfr. art. 1.096 CC).

«el retenedor comunica (20) notarialmente al deudor y al propietario, si fuera distinto, la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de las obligaciones precedentes» (...) Tan clara dicción legal sobre la necesidad de comunicación notarial de la retención conduce a la desestimación del recurso, pues evidentemente resulta que la notificación por telegrama que se efectuó no cumple el requisito de forma que, con su carácter *ad solemnitatem*, regula la ley mencionada» (FD Segundo, 3.º y 4.º). En este mismo sentido se expresa el citado auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de enero del 2000: «La enérgica garantía que el mismo comporta, llegando incluso a la posibilidad de ejecución forzosa del bien retenido, exige que se cumplan rigurosamente las formalidades que la Ley establece para su constitución (...) A tal efecto, el artículo 4.2 exige la comunicación notarial al deudor y al propietario, si fuere distinto, de la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de la obligación, momento a partir del cual aquéllos podrán oponerse judicialmente en el plazo de tres meses» (FD Tercero, 2.º y 3.º).

### 2.3. LA «SITUACIÓN DE RETENCIÓN»; LA «DECISIÓN DE RETENER»

Distinto del título legal de adquisición del derecho de retención es el título legal de adquisición de la posesión en un concepto determinado. El acreedor, desde que decide retener, ya ha modificado su concepto posesorio: ya no posee la cosa en virtud del título que hasta entonces le justificaba para hacerlo, sino que la posee en concepto de retenedor, amparado por el título posesorio que la LDRG establece (21); cambio que caracteriza al derecho de retención aportándole sustantividad y autonomía propia respecto de otras figuras que también permiten la negativa del acreedor a la entrega de la cosa, como pueda ser la prenda o la *exceptio non adimpleti contractus* (22).

Ocurre, sin embargo, que el título que justifica la posesión del acreedor en concepto de retenedor se encuentra condicionado a la efectiva constitución

---

(20) Así en el original.

(21) La decisión de retener supone la extinción del derecho a poseer correspondiente al concepto posesorio previo y su sustitución por un nuevo *ius possidendi*, cuyo justo título se encuentra en la propia LDRG, correspondiente con el nuevo concepto posesorio de retenedor. Por el contrario, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La retención de cosa ajena*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1990, pág. 31, entiende que desde que llega el término final marcado para que el acreedor entregue la cosa hasta que el destinatario de la comunicación conozca su contenido se produce «un alargamiento del título posesorio original (p. ej., depósito o usufructo)».

(22) Al respecto, véase VIÑAS MEY, *El derecho...*, pág. 104, quien establece la distinción entre el derecho de retención y «otras figuras, también consistentes en la negativa del acreedor de entregar la cosa hasta el pago de una deuda de que es responsable».

de la garantía, de manera que una vez constituida ésta formalmente, su efectividad se proyecta con efectos retroactivos al momento de la intervención del concepto posesorio, para justificarlo. Esta idea parece apoyarse en el propio texto del artículo 4.1 LDRG y en el párrafo inicial del artículo 7 LDRG. El artículo 4.1 LDRG requiere que el acreedor comunique al deudor su «decisión de retener», pero no puntualiza si se trata de una decisión ya tomada o de una simple advertencia; con lo cual puede interpretarse que el acreedor ya detenta el objeto en concepto de retenedor a la espera de que su situación adquiera la eficacia jurídica que con la notificación se atribuye. Durante este tiempo intermedio, dado que el poseedor ya ha cambiado su concepto posesorio, el régimen de la posesión es el que establece la LDRG: el poseedor no puede utilizar la cosa retenida más allá de su uso conservativo y los gastos o los daños que por este concepto o en su consecuencia se generen se acumulan a su crédito, así como los intereses que desde ese momento se devenguen (cfr. art. 5 LDRG).

Como consecuencia, no se puede calificar como derecho de retención, ni real ni personal, a la situación provisional preparatoria de la existencia de la garantía real que a estos efectos LDRG justifica. El acreedor que decida retener en garantía de las obligaciones descritas en la LDRG dispone en todo momento de la defensa que como poseedor le corresponde contra la perturbación o el despojo de su posesión en cuanto tal (cfr. art. 250.1, 4.º LEC) (23). Y sólo constituida la garantía, el ya retenedor dispondrá, además, de la defensa real que la LDRG pone a su alcance y que le permite mantenerse en su situación jurídica, como titular de un derecho real, reteniendo la posesión —inmediata o mediata— del bien afectado frente a cualquiera y persiguiéndolo allá donde se encuentre. En ninguno de los casos, el futuro retenedor, por la sola intervención de su concepto posesorio, puede retener frente a cualquiera, y mucho menos asistido por una acción real; acción que nacería en un momento previo a la existencia del derecho del que proviene, y sin la necesaria publicidad que su beligerancia demanda. Lo contrario supondría atribuir al simplemente poseedor un mecanismo de defensa desproporcionado en perjuicio no sólo de los intereses de los terceros, sino también de la seguridad jurídica y agilidad procesal por principio perseguidas (24). En otras palabras, no es que hasta el momento de la notificación exista un derecho de retención cuyo único efecto sea el mantenimiento de la posesión como mé-

---

(23) Es decir, la resistencia del acreedor a la entrega de la cosa que retiene, así como el ejercicio de las acciones posesorias que le permitan mantenerse pacíficamente en su posesión o recobrarla si de la misma fue despojado son conductas que se encuentran legitimadas no por el derecho de retención, sino por el derecho que en general asiste a todo poseedor (cfr. arts. 441 y 446 CC y 250.1.4.º LEC).

(24) En este sentido, ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, págs. 1917 y sigs.

todo compulsivo al pago, y que, tras ella, el derecho real constituido despliegue toda su eficacia. Como ha quedado dicho, el derecho real sólo existe desde que se constituye con arreglo a la LDRG y, entonces, despliega toda su eficacia. Pero mientras tanto, el ordenamiento ha de arbitrar medidas que posibiliten la existencia efectiva de ese derecho, dotándolas de la eficacia precisa para ello. El acreedor que decide retener ha de poder mantener la posición que la LDRG demanda como presupuesto para la constitución de la garantía, concretamente, ha de poder mantener la posesión sobre la cosa retenida, que sólo será posible si puede ejercitar un poder directo e inmediato sobre la misma, oponible frente a cualquiera en cuanto paso previo a la constitución del derecho. En definitiva, la eficacia defensiva de la «retención», antes de la constitución del derecho real, debe quedar limitada a la defensa posesoria. El acreedor que ante cualquier reclamación quiera asegurar su derecho no tiene más que constituirlo (25).

La LDRG no determina plazo alguno para que el acreedor que decida retener —y que, por tanto, ha cambiado ya su concepto posesorio— constituya formalmente derecho de retención. En principio, atendiendo a los artículos 4.1 y 7.1 LDRG, que respectivamente establecen un plazo de un mes para formular oposición judicial a la retención constituida y para proceder a la realización de la cosa, podría pensarse en un mismo término. Sin embargo, en la mayoría de los casos lo habitual será que el acreedor persista en su negativa a la devolución pero sin constituir derecho real (eficacia «psicológica» de la retención); y entiendo que el acreedor podrá mantenerse en esta situación en tanto el deudor o el propietario del bien afectado no le reclamen formalmente para que cumpla con su obligación de devolución o entrega, con los límites de la prescripción extintiva (26).

Por otra parte, según el artículo 7.1 LDRG, el retenedor puede proceder a la venta de los bienes muebles retenidos transcurrido un mes desde que el derecho de retención conste de manera fehaciente, «de acuerdo con el artículo 4». De ello puede deducirse que, hasta que la retención conste «de acuerdo con el artículo 4» no despliega los efectos que le son propios, no existe como

---

(25) De otra manera se ofrece, además, un sencillo mecanismo de fraude para burlar los intereses de los terceros, sin las mínimas garantías. Pensemos, por ejemplo, en el tercero que embargue la cosa por deudas de su propietario o en el tercero que se la adjudique en subasta pública judicial. Frente a estos sólo puede retener el titular de un derecho real pero no quien por negligencia o por mala fe no haya constituido todavía su derecho.

(26) Así lo entiendo por considerar que ambas partes tienen a su alcance la posibilidad de acabar con esta situación interina: el acreedor constituyendo formalmente su derecho, y el deudor reclamando en forma la devolución del bien retenido de hecho; y porque, ante la pasividad del perjudicado —del deudor o del propietario— y por el transcurso del tiempo el acreedor puede, por ejemplo, cambiar de nuevo su concepto posesorio y llegar a adquirir la propiedad del objeto por usucapión.

derecho real, lo que no obsta para que exista una situación provisional de retención, preparatoria para la constitución del correspondiente derecho que, como cualquier otra posesión, se encuentre amparada por los mecanismos de defensa que le son propios (especialmente, por las acciones que pretendan la tutela sumaria de la posesión —cfr. art. 250 LEC).

### 3. LA OPOSICIÓN A LA RETENCIÓN CONSTITUIDA

Comunicada notarialmente la retención, el deudor y, en su caso, el propietario «pueden oponerse a la retención judicialmente durante el plazo de un mes, a contar desde la fecha de la notificación» (art. 4.1 LDRG). La oposición judicial no conlleva como efecto la imposibilidad de proceder a la realización de la garantía (art. 7.1 LDRG), excepto que vaya acompañada «de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda principal más el 20 por cien para gastos» (art. 4.1 LDRG) (27).

#### 3.1. LA OPOSICIÓN JUDICIAL

La posibilidad de formular oposición judicial a la retención constituida se encuentra prevista en el artículo 4.1 LDRG (cfr. art. 7.1 LDRG), que establece para ello el plazo de un mes, a contar desde la fecha en que se produjo la notificación. El plazo legalmente establecido es de caducidad, por lo que una vez agotado se cierra la posibilidad de impugnar la garantía (28).

El establecimiento de este plazo de un mes tiene en la Ley dos funciones u objetivos esenciales. Por una parte, se pretende reservar un espacio temporal suficiente para que los destinatarios de la comunicación por la que unilateralmente se constituye el derecho real tengan tiempo de reaccionar oponiéndose a la misma (art. 4.1 LDRG). Por otra parte, se pretende asegurar la normalidad en el desenvolvimiento de la fase final de la garantía al hacer coincidir el final de este plazo con un término inicial a partir del cual el retenedor puede instar el procedimiento de realización del valor del objeto retenido (art. 7.1 LDRG), siempre que no se haya formulado oposición judicial, que ésta no vaya acompañada de la consignación o fianza requerida

---

(27) Por el hecho de que se impugne la garantía a través de la oposición judicial el retenedor no tiene que devolver la cosa, porque su situación se mantiene, como mínimo, hasta que se dicte resolución judicial dirimiendo la controversia. Otra cosa será que el Juez estime oportuno señalar otro régimen jurídico para asegurar la ejecutabilidad de la sentencia (p. ej., depósito en manos de un tercero).

(28) En el mismo sentido, LUCAS ESTEVE, *El régimen...*, pág. 80.

(art. 4.1 LDRG) o que haya sido resuelta positivamente declarando la existencia de derecho de retención.

Sin embargo, entiendo que ambas funciones u objetivos se hubieran conseguido igualmente aunque no se hubiera limitado el plazo en que el perjudicado por la garantía puede formular oposición a la misma. Entiendo que el final del plazo podría haberse fijado coincidiendo con el momento en que efectivamente el retenedor iniciara el procedimiento de realización de la garantía, de manera que fuera posible formular oposición en tanto esa facultad no se ejercitara. La LDRG no permite que el acreedor inicie el procedimiento de realización sino transcurrido un mes a partir de la comunicación notarial, pero en ningún momento le obliga a realizar la garantía en un plazo determinado. Por ello considero que el perjudicado por el derecho de retención, equilibrando sus posibilidades jurídicas con las que la LDRG concede a la otra parte, debiera poder formular oposición en tanto no se iniciara el procedimiento de realización de la garantía.

La oposición judicial es el único mecanismo de que disponen los sujetos directamente perjudicados por el derecho de retención para la defensa de sus intereses (29). A pesar de ello, la LDRG se muestra, en este punto, mucho más estricta que su predecesora. La LGP establecía un plazo de tres meses para que los perjudicados formularan oposición judicial a la retención constituida (30); oposición que, por sí misma, suponía la imposibilidad de realizar la garantía (arts. 4.2 y 6.1). En cambio, la LDRG reduce a un mes el plazo para oponerse a la retención (arts. 41 y 7.1); y requiere la consignación o el afianzamiento para impedir el inicio de la realización del valor de la garantía (art. 4.1, final).

En la demanda por la que se formula la oposición, los actores han de alegar los fundamentos de hecho y jurídicos que estimen pertinentes para que su pretensión resulte admitida. Así, pueden oponerse a la existencia del crédito del que resulta el derecho de retención o, reconociendo su deuda, pueden negar la existencia de la garantía por la falta de concurrencia de algunos de los presupuestos legales o mostrar su disconformidad con la liquidación resultante o con el importe de las obligaciones determinado. Cuando la oposición se refiera a la existencia del derecho de retención, en la demanda probablemente se reclamará la restitución de la cosa indebidamente retenida. Por tanto, la sentencia que resulte de la oposición puede tener sólo un efecto declarativo, cuando reconozca la existencia del derecho real, o, además, un efecto restitutorio, cuando se entienda lo contrario.

---

(29) LUCAS ESTEVE, *El régimen...*, pág. 79: «Este es el único momento de fiscalización del derecho de retención por los Tribunales de Justicia, ya que esta garantía está pensada para iniciarse, desarrollarse y concluir sin intervención judicial».

(30) El plazo, a estos efectos, establecido por la LGP ha quedado reducido a un mes para agilizar el desenvolvimiento de la garantía.

Si la decisión judicial resultado de la oposición desestima la petición del actor, lo mismo que si la estima parcialmente —obligando al demandado a rectificar alguno de los extremos, pero considerando la existencia de la garantía— el acreedor podrá continuar reteniendo. Pero si la decisión judicial estima la inexistencia de la garantía el poseedor, que retuvo sin poder hacerlo, habrá de resarcir al demandante por el perjuicio que hubiera podido sufrir (31).

### 3.2. LA CONSIGNACIÓN O AFIANZAMIENTO

La sola oposición a la constitución del derecho de retención no paraliza la facultad del titular de la garantía para proceder a la realización del valor. Para producir ese efecto resulta necesario que la oposición judicial vaya «acompañada de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda principal más el 20 por 100 para gastos» (art. 4.1 LDRG).

La consignación o el afianzamiento representa una garantía adicional en beneficio del acreedor, que demuestra la predisposición de la parte deudora a cumplir con su compromiso en el caso de que éste realmente exista y en las circunstancias finalmente determinadas, no obstante su oposición. Por ese motivo, cuando la oposición vaya acompañada de la consignación o del afianzamiento requeridos no será posible proceder a la realización del valor de la garantía en tanto no se conozca el resultado de la decisión judicial que, según su sentido, declarará la viabilidad o no del procedimiento (32).

---

(31) El retenedor es quien lleva la iniciativa, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores, tanto respecto de la liquidación del crédito como de su existencia. Sin embargo, esta facultad puede ocasionar abusos, puesto que permite al acreedor determinar un crédito inexistente, o un importe elevado de la obligación que no se corresponda con el realmente adeudado, lo que obligará al deudor a formular la oposición judicial que la LDRG pone a su disposición. Como indica ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, pág. 1092, comentando el artículo 278 CDCC, «Si ello acontece, el retenedor que obra con abuso de su derecho de retención incurrirá en la responsabilidad que determina la ley (art. 7.2 CC)».

(32) POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL, «Els drets reals de garantia», en *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, mayo y junio 2003, t. I, págs. 221 a 231, pág. 222, discrepa de la medida adoptada por el legislador en este punto, ya que, entiende que si bien la consignación o el afianzamiento pretende, sin duda, evitar una oposición a la realización meramente dilatoria y temeraria por parte del deudor o del propietario, resulta ser un requisito excesivo, especialmente cuando se trate de una retención injustificada. Este autor entiende que la introducción de esta norma se debe al mimetismo del legislador, que también la ha previsto para la prenda (art. 19.1 LDRG), aunque difieran tanto las situaciones a las que se refiere así como la justificación de las respectivas medidas. Este autor considera que en el caso de la prenda, garantía previamente constituida por acuerdo de voluntades, la medida puede tener su justificación, porque se trata de dar al deudor una última oportunidad de evitar la realización. Sin embargo, a su juicio,

La consignación o el afianzamiento se encuentran igualmente previstos en sede de prenda, con la misma finalidad (art. 19.1 LDRG). No obstante, en el caso de la garantía pignoraticia, la LDRG sólo exige que la oposición judicial «vaya acompañada de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda, pero no exige que a la cantidad adeudada se adicione un 20 por 100 de la misma, para el pago de los gastos de procedimiento que se puedan originar. Esta diferencia de trato entre el derecho de retención y el derecho de prenda no está, a mi juicio, justificada, dado que en ambos casos previsiblemente se han de generar gastos de procedimiento.

Dra. REYES BARRADA ORELLANA  
Profesora de Derecho Civil  
de la Universitat Rovira i Virgili

---

en el caso del derecho de retención, garantía de constitución unilateral por parte del acreedor, la situación es muy diferente, precisamente por esta circunstancia, ya que el deudor, no sólo se puede oponer a la realización del valor de la garantía, sino también a su constitución. Y en este último sentido considera excesivo que su oposición deba necesariamente de ir acompañada de la consignación o del afianzamiento al que la LDRG le obliga.



# La expropiación forzosa y el Registro de la Propiedad

*SUMARIO:* LOS SUJETOS DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA.—LA FINCA EXPROPIADA.—EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—EXPROPIACIONES PARCIALES.—LAS EXPROPIACIONES NO PLENAS.—LAS EXPROPIACIONES URGENTES.—LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.—EL DERECHO DE REVERSIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Me corresponde desarrollar la correlación existente entre el Instituto de la Expropiación Forzosa y el Registro de la Propiedad.

No deja de resultar sintomático que su propia denominación contemple la Institución desde el punto de vista del sujeto expropiado, que ve alejarse su propiedad. A ello aludiría su origen etimológico.

Desde la perspectiva de las Administraciones Públicas que actúan sus potestades innovativas, deberíamos hablar más bien de apropiación.

El sacrificio patrimonial —transferencia coactiva— que la expropiación comporta, no es ajena al Derecho Civil ni al Derecho Hipotecario.

Así, el Código Civil alude a la expropiación en una serie de preceptos de los que podemos extraer las siguientes consecuencias:

1.º Al reproducir el artículo 349 del Código, lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución de 1876 se demuestra de modo notorio que el Código no era un producto extraño al tejido social, impermeable al contexto constitucional existente en el momento de su promulgación. Precepto que hay que entender sustituido por el artículo 33.3 de la Constitución de 1978, que servirá de canon hermenéutico de toda la normativa expropiatoria.

2.º El artículo 351 del Código significó un ensanchamiento del objeto expropiatorio, al ampliar su ámbito de aplicación a determinados bienes muebles. No hay que olvidar como punto de referencia que la normativa de la época circunscribía la expropiación a bienes inmuebles vinculados a la realización de obras públicas.

3.º Al regular los diferentes derechos reales —usufructo (art. 519), hipoteca (art. 1.877) y censos (arts. 1.627 y 1.631)—, se establece cómo afecta la expropiación a las relaciones jurídicas entre nudo propietario y usufructuario, acreedor hipotecario e hipotecante, censalista y censatario, bien sustituyendo dicho bien por otro sobre el que recaerá la relación jurídica o en su caso por subrogación sobre la indemnización.

4.º Por último, el artículo 1.456, ubicado en la regulación de la compraventa, difiere en favor de la normativa administrativa todo lo relativo a la expropiación forzosa.

Se colige por tanto que el Código es tributario de la concepción tradicional que equiparaba expropiación y venta forzosa, que se proyecta incluso en el artículo 1 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, al relacionar una serie de supuestos concretos entre los que se menciona la venta.

Por su parte, la legislación de expropiación toma en préstamo dos conceptos originados en sede del Derecho Civil, configurado éste como *ius commune*:

1.º La idea de Justiprecio —en otros ordenamientos se habla de justa compensación—, será una constante en nuestro Derecho Histórico procedente del Derecho Romano abolido por el Código Civil, pero del que subsisten reminiscencias en algunos ordenamientos forales al admitir la rescisión por lesión: Cataluña y Navarra.

2.º El valor de Afección —*pretium affectionis*— que si bien en la antigüedad facultaba a la parte a elevar el precio de compraventa en las cosas queridas, en la normativa expropiatoria se constituye como un precedente, con un siglo de antelación, de la indemnización de los daños morales.

En relación con el ordenamiento hipotecario, se produce una imbricación evidente desde el momento que la expropiación recae sobre bienes inmuebles. De modo anecdótico, la fecha de la Ley de Expropiación Forzosa, 16 de diciembre de 1954, coincide con la de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, y de modo más concreto existen dos similitudes que quiero resaltar:

1.º Atendiendo a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ambas materias, la Registral y la Expropiatoria, son competencia exclusiva del Estado, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la posibilidad de determinar los actos generadores de la utilidad pública o interés social que legitimen la expropiación, o bien declarar la urgencia a los efectos que prevé el vigente artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero lo que no pueden realizar es alterar el procedimiento expropiatorio, pese a que algunos supuestos de *fait accompli* (hechos consumados) se han sucedido, como en el caso de la regulación de los Jurados Autonómicos de Expropiación.

Paralelamente en el ámbito registral, las Comunidades Autónomas podrán prever qué clase de actos acceden al Registro de la Propiedad y a través de qué asientos, pero lo que no pueden es modificar su aspecto sustantivo o los efectos de la inscripción.

2.º El artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, desarrollado por el correspondiente del Reglamento, subsiste íntegramente en el artículo 1 del Anteproyecto objeto de discusión, y ofrece, en mi opinión, una de las definiciones más certeras y precisas de una institución en nuestro ordenamiento jurídico, enumerando con carácter enunciativo o *ad exemplum* una serie de actos que conllevarán la realización de una expropiación forzosa y que se materializará en la constitución de un derecho real —imposición de una servidumbre—, su modificación o la extinción del dominio o de cualquier otro derecho real.

Enumeración que evoca, salvando las distancias, a la que con carácter también enunciativo se describe en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, al precisar los actos y contratos que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Tras estas disquisiciones iniciales conviene destacar que ante el Registro de la Propiedad lo que realizaremos es la inscripción de una serie de actos administrativos —unos definitivos, otros de trámite—, que culminarán en el abatimiento o sacrificio de la propiedad privada a través de un procedimiento rigurosamente formalizado cuya extralimitación puede conllevar la realización de una «vía de hecho» en el quehacer administrativo.

Podemos afirmar que la panoplia de asientos registrales que se interrelacionan con el procedimiento expropiatorio tienen por objeto facilitar su desarrollo, consecuencia de la función social del derecho de propiedad, y evitar que el Registro se convierta en un impedimento añadido. Como veremos el mal uso o el no uso del Registro se ha convertido en ocasiones en una barrera infranqueable.

No hay que olvidar, antes de analizar pormenorizadamente el articulado del borrador, la existencia de dos principios generales que afectan a la inscripción de los actos administrativos:

1.º La limitación que respecto de la calificación de los documentos administrativos impone el artículo 99 del Reglamento Hipotecario derivado del principio de legalidad de los actos administrativos, debiendo referirse exclusivamente a los supuestos que en el precepto se enumeran.

2.º La exigencia que los actos administrativos que accedan al Registro de la Propiedad sean firmes en vía administrativa salvo que una norma establezca lo contrario.

Entresaquemos a continuación del articulado del borrador aquellos aspectos que exigen un pronunciamiento desde el Registro de la Propiedad.

## LOS SUJETOS DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA

A) *La Administración expropiante*. El borrador residencia exclusivamente en las Administraciones Públicas Territoriales —Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales— la «potestad expropiatoria».

Si bien en algún caso aislado, nuestro ordenamiento jurídico, como en el artículo 97 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, atribuye dicha potestad a la Comunidad Autónoma, que tendrá prioridad en su ejercicio. En su defecto se atribuye a los municipios donde radiquen los bienes respectivos en los casos de destrucción o deterioro, uso incompatible de los bienes con sus valores, así como la potestad para expropiar los inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la declaración de interés cultural o den lugar a riesgo para los mismos (recordemos los casos llamativos del Acueducto de Segovia o de la Alhambra de Granada).

Administración expropiante que deberá concurrir necesariamente a la formalización del Acta de Toma de Posesión del bien expropiado, y no conviene olvidar que la competencia del órgano es uno de los datos a los que se extiende la calificación del Registrador.

B) *El beneficiario de la expropiación*. Es decir, la persona física o jurídica, pública o privada en quien subyace la utilidad pública o el interés social legitimador de la expropiación y que devendrá futuro propietario y por tanto titular registral del objeto expropiado.

También debe comparecer en el Acta de Toma de Posesión en esta clase de procedimiento triangular que se produce cuando no coinciden la Administración expropiante y el beneficiario.

C) *El sujeto expropiado*, y en su calidad de tal, interesado en el procedimiento administrativo, «será el propietario o titular de derechos reales o intereses patrimoniales legítimos sobre la cosa expropiable o el titular del derecho objeto de la expropiación».

Por tanto, la cuestión es determinar quién se entiende propietario o titular del derecho inscribible, para lo cual el artículo 10 del borrador respeta el criterio sustentado por la vigente Ley de Expropiación Forzosa.

Se entiende, en primer lugar, por propietario, a quien con este carácter conste en Registros Públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, y que en el supuesto que se trate de bienes inmuebles lo será quien con dicho carácter conste inscrito en el Registro de la Propiedad por aplicación del principio de legitimación registral que sanciona fundamentalmente el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

A todos los efectos legales —y subrayo lo de a todos los efectos legales—, se presumirá —*presunción iuris tantum*— que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

En su defecto a quien aparece con tal carácter en el Catastro, en plena congruencia con la reciente Ley de 23 de diciembre de 2002 del Catastro Inmobiliario cuyo artículo primero concibe el catastro como un registro administrativo en el que, «a los solos efectos catastrales» —confróntese pues con la literalidad del artículo 38 de la Ley Hipotecaria— y sin perjuicio del Registro de la Propiedad cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, sus datos se presumen ciertos.

Y en defecto de uno y otro, quien lo sea pública y notoriamente. En la mente del legislador parece que se refiere al poseedor en concepto de dueño, acogiendo bajo la expresión «salvo prueba en contrario» que utiliza el artículo, aquellos casos de discrepancia entre el Registro y la realidad jurídica, piénsese, por ejemplo, en la exhibición de un título que proviene directamente del titular registral, pero no inscrito, en cuyo caso se deberá acudir a los medios que establece el Título VI de la Ley Hipotecaria para concordar el Registro y la realidad extrarregistral.

A continuación, la Ley determina con quién debe entenderse el procedimiento expropiatorio en una serie de supuestos especiales.

También el artículo 10 del Real Decreto de 4 de julio de 1997 prevé una serie de supuestos similares en los casos de tramitación de un expediente de equidistribución urbanística. Pero las soluciones son forzosamente diferentes, puesto que en un caso la conclusión será la subrogación de una finca por otra, mientras que en la expropiación forzosa, la Administración o el beneficiario en su caso, deben de adquirir el bien en principio libre de cargas.

Así estos supuestos son:

- a) La existencia de títulos contradictorios sobre el bien expropiado se resolverá entendiéndose que sus tenedores deben ser parte en el procedimiento.

Ahora bien, en el supuesto que además existiesen asientos contradictorios sobre la finca en cuestión, habrá que diferenciar dos casos. Si la doble inmatriculación se descubre con ocasión de las actuaciones expropiatorias, automáticamente ambos titulares deben ser considerados parte en el procedimiento. Pero si la Administración se encuentra con una situación ya declarada de doble inmatriculación, en los términos del artículo 313 del Reglamento Hipotecario, con un procedimiento judicial en marcha, nada empece que nos encontremos con un supuesto de titularidad litigiosa.

- b) En el caso de titularidades litigiosas, el problema fundamental es precisar cuándo una titularidad lo es, y a mi juicio, lo es cuando exista iniciado un proceso que afecte a la titularidad del bien expropiado, con independencia del requisito formal no constitutivo ni obligatorio de que exista trabada anotación preventiva de demanda en el

Registro, criterio que puede tener su justificación en el caso de las reparcelaciones para advertir a terceros que la finca resultante está en fase de pendencia pero no en la expropiación.

Aquí el borrador concluye que las actuaciones se sustanciarán con la persona designada por el órgano judicial que estuviese entendiendo del litigio.

- c) Tratándose de propietarios desconocidos, las actuaciones se entenderán con el Ministerio Fiscal.
- d) En el caso de menores o incapacitados, existe una remisión en bloque a las disposiciones del Código Civil y sin perjuicio del uso de la conjunción «o», pues el menor también puede ser incapacitado (art. 201 CC), resulta evidente que los padres que ejerzan la patria potestad, o en su caso los tutores, no necesitan la autorización judicial a que para la enajenación de bienes inmuebles se refieren respectivamente los artículos 166 y 271 del Código Civil. Cuestión diferente es si la Administración entiende que el propietario es un incapaz respecto del cual no existe declaración de incapacidad. En este caso, de conformidad con el artículo 203 del Código Civil deberán poner dicha circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal, correspondiendo en el interin, mientras no se dicte sentencia de incapacitación, la representación al defensor judicial designado por el juez o al propio Ministerio Fiscal en los términos del artículo 207.
- e) Aún cuando nada establece el borrador, ni la vigente Ley de Expropiación Forzosa, cuando los bienes estén inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de ambos cónyuges o de uno de ellos con carácter ganancial o presuntivamente ganancial, las actuaciones deberán diligenciarse con ambos cónyuges, por constituir la expropiación un acto dispositivo a título oneroso.
- f) En el caso de pro-indivisión, todos los titulares serán parte en el procedimiento administrativo.

## LA FINCA EXPROPIADA

Por lo que se refiere a la finca expropiada, el artículo 66 del borrador sanciona que el Acta de Toma de Posesión servirá de título inmatriculador en el Registro de la Propiedad, circunstancia ya plenamente consolidada en la normativa y en la praxis registral.

Carece de importancia el referirse a la limitación de efectos de los dos años que respecto a terceros proclama el artículo 207 de la Ley Hipotecaria en relación con las inmatriculaciones, pues si bien la información pública

derivada del expediente de expropiación enervará su posible aplicación, aquí lo sustancial, la verdadera limitación frente a terceros será la derivada de la aplicación del derecho de reversión que está sujeta a plazos mucho mayores.

En el supuesto que el inmatriculante inscriba su derecho en el Registro puede obstaculizar el desenvolvimiento registral de la expropiación en marcha. De ahí que para evitar la aparición de este problema se proponga que el Registrador comunique a la Administración que solicitó la certificación registral de la que resultó que la finca no estaba inscrita la existencia de la inmatriculación practicada previa la extensión de una anotación preventiva por defectos subsanables.

Respecto de otras cuestiones que pueden afectar a la finca expropiada, el borrador guarda silencio. Y de modo semejante a lo que ocurre en el Reglamento de 4 de julio de 1997, sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística o en el Reglamento General de Recaudación en los que se faculta a la Administración a realizar el deslinde del bien adquirido, los artículos 30 y 37 del borrador que regulan las actuaciones de comprobación material y el acta de comprobación subsiguiente, establecen que versará exclusivamente sobre las características físicas del bien o derecho.

Se deduce por tanto, que cualquier modificación física de la finca deberá incorporarse al Acta de toma de posesión como se infiere del propio precepto al disponer que la misma contendrá la descripción del bien, es decir, deberá reflejar la resultante de su comprobación material que debe estar plenamente coordinada con el catastro.

Por ello, como consecuencia de la medición realizada en el seno del expediente, es posible sin requisitos adicionales alterar la cabida de las fincas inscritas.

Nada obsta a que por ser el Acta de Toma de Posesión un título transmisible del dominio se puedan incorporar a la misma declaraciones de obra nueva e inscribirlas en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 308 del Reglamento Hipotecario.

Y se podría discutir la conveniencia que la propia Administración pudiera resolver la reanudación del tracto sucesivo en términos análogos a los previstos en el artículo 9 del Real Decreto de 4 de julio de 1997.

Igualmente se establece que deberá tramitarse un único expediente cuando las fincas rústicas o urbanas se hallen inscritas o fueren susceptibles de inscripción bajo un mismo número, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, constituyendo una unidad económica y lo que se expropie sea toda ella, pues en otro caso estaremos ante un caso de expropiación parcial.

También se contempla la posibilidad, común en general a todos los bienes afectos a una función administrativa, que el expropiado pueda transmitir su dominio o cualquier otro derecho, entendiéndose subrogado el nuevo titular en las obligaciones y derechos del anterior.

Por ello se plantea un problema, más bien de índole teórico que práctico, pues resulta difícil de entender que alguien pretenda adquirir un inmueble sobre el que pende una expropiación.

Pero como no existe el cierre registral, debe quedar claro de modo inequívoco que la expropiación se impondrá frente a los eventuales adquirentes que inscriban su derecho de dominio con posterioridad a la advertencia de la existencia de la expropiación en el Registro de la Propiedad.

*De lege data*, una interpretación sistemática nos puede llevar a la misma conclusión, pero de nuevo no hay que dar cabida a una interpretación contraria que sustente que el artículo 32 del Reglamento Hipotecario sólo se refiere a los derechos reales limitados.

De otro lado, el Reglamento de Expropiación Forzosa impone a los nuevos adquirentes la obligación de comunicar a la Administración la adquisición realizada, con lo que ésta será concedora de la existencia del nuevo propietario y en su caso del nuevo titular registral.

Pero una solución más sencilla sería que desde el Registro se comunicara a la Administración expropiante la aparición de nuevos titulares registrales de dominio, con lo que se produciría una plena coordinación entre el Registro y la Administración.

Si tal solución se hubiera previsto en las reparcelaciones urbanísticas, donde el problema es más grave, se lograría la perfecta sintonía entre el procedimiento administrativo y el Registro, evitando la engorrosa aplicación de la cancelación formal de los asientos registrales.

En cuanto a los bienes de las Entidades Eclesiásticas, tanto la Ley de Expropiación Forzosa como las Leyes de convenio con otras entidades religiosas —islámica, evangélica y judaica—, la admiten en su articulado previa audiencia de las mismas y desacralización de los bienes objeto de culto.

Respecto de los bienes de Dominio Público, en principio están excluidos de la expropiación como consecuencia de las peculiares notas de su régimen jurídico, debiéndose advenir a fórmulas de cooperación interadministrativa para su destino al fin de utilidad pública correspondiente, si bien como excepción se admite expresamente en la vigente Ley de Montes cuando se trate de montes catalogados, lo que supone traer a colación la escala de la demanialidad.

## EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. El primer acto que accede al Registro según el borrador es la Resolución sobre la necesidad de ocupación. Mediante la misma se tiene por iniciado el procedimiento expropiatorio. Su finalidad es la de advertir a los

terceros la existencia de un procedimiento en marcha, si bien inexorablemente se deberá exigir para su inscripción la constancia de su firmeza en vía administrativa, dados los recursos que sobre la necesidad de ocupación admite el borrador a resultas de que se trata de un acto de trámite cualificado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Si bien la legislación vigente prescribe que se practique una nota marginal indicando que se tiene por iniciado el procedimiento, el borrador altera la clase de asiento determinando que la resolución sobre necesidad de ocupación sea objeto de anotación preventiva, siguiendo una línea que inició la Ley de Costas al conectar con el inicio de un procedimiento administrativo la práctica de una anotación preventiva, en este caso referido al expediente de deslinde en la zona marítimo-terrestre.

Pero, a mi juicio, dicha previsión no es oportuna por los siguientes motivos:

- a) El traslado de la resolución administrativa conllevará la práctica de la anotación preventiva, pero ésta deberá referirse a que como consecuencia de aquélla se ha iniciado el expediente expropiatorio, que sería su efecto fundamental y la finalidad específica de la anotación preventiva.
- b) Ciertamente es que la nota marginal actual y la anotación preventiva están limitadas por un horizonte temporal. La nota marginal tiene una vigencia de tres años, mientras que la anotación preventiva, al no establecerse una duración especial, será de cuatro años prorrogables por otros cuatro conforme el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Supone un reconocimiento implícito de admitir la lentitud de los expedientes expropiatorios al elevar el listón de los tres a los cuatro años.
- c) Pero con todo, el efecto más grave se produce en cuanto a la situación de los titulares de derechos inscritos con anterioridad o con posterioridad a la anotación preventiva.

La situación actual es mucho más simple y precisa. Expedida la certificación registral a los fines de la expropiación, se distingue, para que la Administración pueda adquirir los bienes libres de cargas, entre aquellos titulares de derechos que los tuvieran inscritos en el momento de la expedición de la certificación, que deberán ser citados expresamente para que comparezcan en el expediente y se produzca la extinción de sus derechos, y la de quienes inscriben su derecho con posterioridad, con independencia de la fecha de su adquisición, a los que para que se produzca la cancelación de sus asientos registrales no es necesario que sean citados ni que comparezcan en el expediente.

Se supone que la Administración sólo es conocedora de aquellos titulares que consten en la certificación, constituyendo por tanto la nota marginal subsiguiente a la expedición de la certificación, una explícita condición resolutoria registral.

Por el contrario, el borrador omite cualquier referencia explícita a la solicitud de la certificación, aunque implícitamente se sobreentiende que se debe haber solicitado desde el momento que se impone la elaboración con anterioridad de una relación de los bienes y derechos expropiables, así como de sus titulares, pero sin que dicha certificación lleve aparejada ninguna consecuencia añadida.

La práctica de la anotación preventiva de la resolución de necesidad de ocupación no plantea ningún problema respecto de los titulares que inscriban su derecho con posterioridad, pero respecto de quienes lo inscriban en el período comprendido entre la expedición de la certificación y la práctica de la anotación preventiva se encuentran en una situación de absoluto vacío normativo, constituyendo un decisivo obstáculo para el pleno alcance registral de la expropiación.

Todo ello exige que deba pronunciarme sobre la inoportunidad de la modificación propuesta y para ello se aconseja, pues, optar por el sistema actual que en este punto ha actuado perfectamente hasta la fecha, o bien regular la cancelación de los distintos asientos registrales atendiendo a su diferente acceso en el tiempo al Registro.

Quizá sea conveniente, al igual que ocurre en el Reglamento General de Recaudación, que en el supuesto que la finca que se pretende expropiar no estuviere inmatriculada, se practique anotación preventiva por defectos subsanables cuya duración alcance el período de tramitación del expediente. Si mientras tanto aquélla no se practica o su conversión en anotación preventiva no se realiza, el Registrador comunicará a la Administración la inmatriculación efectuada.

2. Es igualmente importante destacar que las cesiones amigables, similares a los tratos preliminares en la celebración de los negocios jurídicos, que se formalicen antes de la iniciación del expediente expropiatorio, se inscribirán en el Registro por el título de venta o en su caso el negocio que se hubiere otorgado, mientras que las adquisiciones que tengan lugar por convenio expropiatorio, es decir, por conformidad al justiprecio desde el momento de iniciación del procedimiento y hasta su definitiva fijación, se inscribirán por título de expropiación y por consiguiente mediante la extensión de la oportuna Acta de Toma de Posesión.

No es el único caso en nuestro ordenamiento jurídico en que los convenios se inscriben. Es el caso de los Convenios Urbanísticos, artículo 21.1 de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones Urbanísticas, de 13 de abril de 1998, cuando los mismos conlleven una mutación jurídico-real.

3. Analicemos, a continuación, la situación de determinadas cargas existentes en el Registro de la Propiedad sobre las fincas objeto de expropiación:

- a) La existencia de una prohibición de disponer no impedirá en absoluto que se realice y lleve a efecto la expropiación forzosa, ya que aquéllas sólo se extienden a las transmisiones voluntarias, pero no a las transmisiones forzosas, sean resultantes de un proceso judicial, o por supuesto por provenir de la causa de utilidad pública o interés social que legitima la expropiación.
- b) Cuando de la certificación del Registro resulte la existencia de anotaciones preventivas de embargo, lo lógico es extender la solución que proporciona el artículo 117.3 del Reglamento General de Recaudación. Es decir, una doble comunicación:
  - La primera, de la Administración expropiante al órgano embargante, sea judicial o administrativo, para que se paralicen las actuaciones de ejecución de los bienes afectados.
  - La segunda, del órgano ejecutante a la Administración expropiante, ordenando que embargue el justiprecio y que se ponga a disposición del órgano que conoce de la ejecución, circunstancia que, a mi juicio, deberá acreditarse en el momento del acta de toma de posesión.
- c) En el caso de las hipotecas. Se suele incluir como un supuesto de extensión por subrogación de la hipoteca al justiprecio que debe percibir el hipotecante. Pero más bien cabe hablar de extinción por vencimiento anticipado por pérdida del objeto sobre el que recae la hipoteca.

Y así, con distintas fórmulas que suelen variar según las entidades crediticias, pero que en lo básico coinciden, se pacta que el hipotecante debe notificar al acreedor hipotecario la existencia de la expropiación, aspecto que la Resolución de la DGRN, de 28 de enero de 1998, resolvió afirmando que era inscribible y se autoriza al Banco a que perciba directamente el justiprecio, aspecto que es irrelevante en cuanto a su trascendencia real, y por tanto no será objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.
- d) En cuanto al justiprecio, es importante resaltar que no sólo se podrá hacer efectivo en metálico, sino también incluso a través de la entrega de un bien o derecho, siempre que medie acuerdo entre el expropiado y el beneficiario sobre este punto, facultando que con el Acta de Toma de Posesión se practique la doble adquisición. Por tanto, habría que modificar el artículo 60 del borrador donde se establece que se pondrá el bien a su disposición mediante acuerdo expreso

notificado conforme a las normas generales, sustituyéndose por la referencia a que la disposición o la tradición del bien se realice en la propia Acta de Toma de Posesión.

Por supuesto hay que diferenciar este caso de la permuta forzosa, donde imperativamente se acuerda el trueque de los bienes.

También hay que destacar que el justiprecio no sólo puede consistir en la atribución de otro bien existente sino que incluso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de Real Decreto de 4 de julio de 1997, puede ser que esté constituido por una finca futura, en cuyo caso la inscripción del Acta de Toma de Posesión provocará que se abra un folio independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca futura que se cancelará cuando se inscriba a favor del expropiado la finca que constituye el justiprecio en especie.

- e) La toma de posesión. Es el acto más trascendente desde la perspectiva registral. El borrador toma partido de modo inequívoco, afirmando que con la práctica del Acta de Toma de Posesión se habrá consumado la transmisión dominical del expropiado al beneficiario. El artículo 65 del borrador concluye que dicha Acta equivaldrá a la tradición o entrega del bien o derecho expropiado con independencia que se haya satisfecho totalmente el pago de la indemnización o se haya verificado un pago a cuenta o que se consigne como se infiere de la simple lectura de los artículos 57.2, 64.2.b) y 65 del borrador.

Así pues, en todas las expropiaciones y no sólo en las urbanísticas no será necesario que se haya fijado definitivamente el justiprecio por los órganos de valoración para conseguir su inscripción.

Conforme a la legislación vigente había Registradores que denegaban o suspendían la inscripción de la expropiación por entender:

1.º Que hasta que no se satisficiera definitivamente el justo precio no tenía lugar la transmisión dominical por ausencia de uno de los elementos esenciales del negocio, esto es, el precio.

2.º Que como la fijación definitiva del justiprecio ponía fin al procedimiento expropiatorio, hasta que no fuera firme en vía administrativa no se podía practicar la inscripción.

En cuanto a los requisitos que debe reunir el Acta de Toma de Posesión, sin perjuicio que sean pormenorizadamente enumerados en el Reglamento de Desarrollo, resulta absolutamente necesario destacar:

1.º Que deben comparecer necesariamente a su otorgamiento el representante de la Administración expropiante, el beneficiario cuando sea diferente de aquélla, el sujeto expropiado, todos aquellos que ostenten derechos

sobre el objeto y que como consecuencia de la expropiación se vean extinguidos, debiendo hacerlo personalmente o a través de sus representantes y el Ministerio Fiscal, recordando que la Resolución de la DGRN, de 17 de diciembre de 1999, en un caso en que se denegó la inscripción del acta de pago y ocupación por no comparecer el Ministerio Fiscal, afirmó que del documento calificado resulta, bajo fe del funcionario autorizante, que dicha comparecencia se ha producido y el Registrador no puede ignorar tal aseveración, como consecuencia de la presunción *iuris tantum* de validez y eficacia de los actos administrativos. Sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial si tuviere sospechas de la falsedad de tal extremo.

2.º Asimismo, tratándose tanto de fincas rústicas como urbanas, deberá testimoniarse la referencia catastral, recordando que en el caso de las fincas rústicas dicha observancia se exige a partir del presente año y también deberá identificarse la finca mediante un adecuado sistema gráfico de coordenadas, procurando que sea una realidad lo que hasta la fecha tiene un carácter experimental y piloto, el establecimiento de las bases gráficas en el Registro de la Propiedad.

3.º En nada se modifica el criterio que la adquisición expropiatoria sea libre de cargas, sin perjuicio que se pueda conservar algún derecho sobre la finca siempre que fuere compatible con el destino del bien y mediar acuerdo entre el beneficiario y el titular del derecho.

Ante la ausencia de criterios claros, a expensas de su concreción en el desarrollo reglamentario, sobre la cancelación de los derechos regirá el criterio del artículo 32.5 del Reglamento Hipotecario, todo ello con la salvedad que respecto de la desafortunada introducción de la anotación preventiva hemos comentado previamente.

Quiero aquí traer a colación la Resolución de la DGRN, de 13 de julio de 1989, en la que existiendo dos anotaciones de embargo anteriores a la constancia de la existencia de la expropiación no se pudieron cancelar porque «el principio del tracto sucesivo exige no sólo que las actuaciones del expediente expropiatorio hayan de haberse seguido con el propietario del inmueble objeto de la expropiación, sino también con los titulares de derechos sobre la cosa expropiada cuya existencia resulte del Registro de la Propiedad, hayan sido citados en el expediente, y que la cantidad a que asciende el justo precio haya sido consignada si no comparecen al acto del pago los titulares de las cargas o derechos reales inscritos».

Consecuencia de la ausencia de regulación de la expropiación de fincas con cargas, y los efectos de la misma para sus titulares quizá haya que defender la incorporación al texto del articulado del borrador el criterio sustentado por el artículo 32.2 de la Ley de 13 de abril de 1998, sobre Régimen del Suelo, al establecer una fórmula de gran comodidad para la Administración expropiante que puede optar entre justipreciar cada uno de los derechos que

concurrer con el dominio, para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien valorar el inmueble en su conjunto y consignar su importe en poder del juzgado, para que éste lo fije y lo distribuya, por el trámite de los incidentes, en la proporción que corresponda a los respectivos interesados.

4.º El título inscribible en el Registro, según el artículo 66 del borrador, es el Acta Administrativa de Toma de Posesión acompañada del documento administrativo justificativo del pago o consignación de la indemnización. Ahora bien, teniendo en cuenta que el borrador defiende la tesis de que la transmisión dominical, se produce en el momento de la formalización del Acta de Toma de Posesión con independencia de la definitiva fijación del justiprecio.

De acuerdo con ello, la redacción del artículo 66 no debería ofrecer dudas que permitan el menor resquicio para sustentar la tesis contraria que es la defendida en el artículo 32.4 del Reglamento Hipotecario, pero no en las expropiaciones urbanísticas.

Presentada en el Registro el Acta de Toma de Posesión con el documento complementario de justificación del pago definitivo, a cuenta o de la consignación del justiprecio se practicará su inscripción a favor de la Administración expropiante o del beneficiario según a favor de quién se produzca la consolidación del derecho, constituyendo un supuesto de inscripción declarativa y obligatoria.

Existe un supuesto muy curioso en nuestro ordenamiento jurídico, que es el previsto en el artículo 17 de la Ley de 10 de mayo de 1972, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, en el que pese a ser el concesionario el beneficiario de la expropiación, ésta se practica directamente a favor del Estado, produciéndose una incorporación inmediata de los bienes al dominio público.

Por el contrario, el artículo 31 del Reglamento Hipotecario establece que los bienes que el concesionario adquiera por expropiación forzosa se inscribirán a favor de aquél sin perjuicio de su afectación a la concesión y el establecimiento de una serie de limitaciones en cuanto a su régimen jurídico.

Profundizar en esta distinción nos obligaría a precisar las distintas clases de concesiones administrativas y su relación con el Registro de la Propiedad.

Sólo quiero destacar que el concesionario de las autopistas sería el paradigma de los concesionarios de obras públicas, categoría que tendrá pronto su refrendo normativo superando el ostracismo al que habían sido relegadas.

## EXPROPIACIONES PARCIALES

Se refieren a que la expropiación tenga por objeto sólo parte de la finca, en cuyo caso se faculta al propietario para que solicite la expropiación por el

todo cuando la parte restante le resulte antieconómica, diseñando el borrador un procedimiento *ad hoc* que concreta su ejercicio.

Desde el punto de vista registral hay que hacer las siguientes consideraciones:

- a) Sería conveniente que, al igual que prevé el artículo 39 de la Ley del Suelo, de 13 de abril de 1998, se pueda extender una nota marginal anunciando que la expropiación sólo afectará a parte de la finca, con el objeto de advertir a posibles terceros adquirentes que estén interesados en celebrar negocios jurídicos sobre el resto de la finca expropiada. Es más, la Ley del Suelo afirma rotundamente que la nota marginal deberá identificar la porción expropiada, lo que presupone que ésta ya es conocida por el Registrador.
- b) La segregación de la parte de la finca expropiada deberá materializarse en el momento del Acta de Toma de Posesión, con expresión de las coordenadas cartográficas que permitan su exacta identificación.
- c) Por ser el derecho de reversión un derecho de configuración legal, de conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales, el borrador afirma que no tendrá lugar el derecho de reversión sobre las partes de las fincas que la Administración expropiante o el beneficiario hayan adquirido por resultar su conservación antieconómica al sujeto expropiado, cualquiera que sea el uso de los mismos y el periodo transcurrido desde la expropiación inicial.

## LAS EXPROPIACIONES NO PLENAS

Frente a las expropiaciones totales o parciales que se diferencian por un criterio cuantitativo, hay que contraponer las plenas y las no plenas que atienden a un criterio cualitativo en razón a la clase de derecho expropiado.

Las plenas tienen por objeto la íntegra expropiación del dominio, mientras que las no plenas se refieren a la expropiación de algún derecho diferente. Así, la Ley de la Reforma Agraria Andaluza sancionó que la Administración expropiante podía optar sobre expropiar el dominio de la finca o sólo el derecho de uso de la misma, o bien recordar que en determinados casos las expropiaciones tienen por objeto la constitución, modificación o extinción de servidumbres, supuesto especialmente relevante en la Legislación urbanística, pero también en las Leyes de Aguas, Costas, etc., donde siempre hay que lidiar con la cuestión fronteriza entre servidumbres legales, indemnizables con arreglo a los procedimientos que para la fijación del justiprecio y a los criterios de valoración que refleja el borrador, y las limitaciones legales del dominio que no son indemnizables.

## LAS EXPROPIACIONES URGENTES

Orillando las perversiones procedimentales, en el sentido de abuso del derecho que la expropiación urgente ha supuesto en nuestra historia administrativa, desde el punto de vista registral hay que partir de la singularidad que suponía el artículo 32.3 del Reglamento Hipotecario, que respetuoso con la tesis que el dominio se transmitía cuando se satisficiera el justiprecio definitivamente fijado por los Jurados Provinciales de Expropiación, ordenó que cuando se inscribiere una expropiación urgente, mediante el Acta previa a la ocupación y el resguardo de depósito provisional, el asiento a practicar sería el de una anotación preventiva que se convertiría en inscripción de dominio, cuando dentro de su período de vigencia, que será el ordinario establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, se presente el documento que acredite el pago o la consignación del justiprecio con el acta de ocupación.

El borrador también es congruente con su propia tesis y el corolario lógico es la ausencia de una regulación diferenciada de la expropiación urgente en su repercusión registral.

Deberá acreditarse ante el Registrador que se ha dictado el acto de urgente ocupación junto con la información pública prevista. Acto de urgente ocupación que llevará implícita la necesidad de ocupación, que puede ser objeto de comunicación inmediata al Registro, publicando éste la iniciación del expediente expropiatorio.

A continuación, el procedimiento es bien sencillo. El expropiado puede aceptar el precio formulado por la Administración o el beneficiario en la hoja de valoración o rechazarlo, en cuyo caso procede la consignación.

El paso siguiente es la ocupación inmediata del bien y la formalización de la oportuna Acta de Toma de Posesión que generará la inscripción del bien o derecho expropiado a favor de la Administración expropiante o del beneficiario en los mismos términos establecidos para la expropiación ordinaria.

Otro punto a calificar por el Registrador será la «caducidad *ope legis*» sancionada en el borrador en el sentido que caducarán si transcurren seis meses desde que se dicte la urgente ocupación sin haberse producido la misma, penalizando al expropiante con la imposibilidad de su nueva utilización, salvo que lo sea con distinta finalidad.

## LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

Han sido el banco de pruebas que han servido de inflexión y de modulación de algunos de los Principios del régimen expropiatorio, como consecuencia de su propia especificidad y en particular los aspectos de carácter registral.

El borrador únicamente dedica una serie de preceptos a regular la tasación conjunta, estableciendo una serie de criterios que deberán asumir las legislaciones de las Comunidades Autónomas, partiendo de la premisa que es competencia de éstas relacionar los supuestos en que procede la *causa expropriandi*, por lo que el régimen vigente vendrá constituido por la legislación autonómica y por los artículos 24 y siguientes del Real Decreto de 4 de julio de 1997, que parten del principio de que cuando a las expropiaciones urbanísticas no se les aplique el procedimiento de tasación conjunta, el procedimiento por el que se regirá la expropiación será el diseñado por la legislación expropiatoria ordinaria.

Cuando se opte por el sistema de tasación conjunta, que en principio puede utilizarse en cualquier expropiación urbanística, el régimen aplicable será el previsto en la legislación urbanística de carácter sustantivo, junto con el Real Decreto antes mencionado que con criterios de generalidad trata de su inscripción en el Registro.

El supuesto más importante, junto con otros tradicionales como la legitimación para la expropiación de terrenos destinados a los Patrimonios Municipales de suelo, las expropiaciones de sistemas generales o sistemas aislados, la expropiación derivada del incumplimiento de la función social de la propiedad, es el sistema de expropiación como sistema de gestión urbanística para obtener la urbanización de terrenos como, por ejemplo, para la obtención de polígonos industriales.

Aquí se trata de expropiar una gran porción de terreno que suele incluir numerosas fincas registrales y ello junto con la necesidad de facilitar que la expropiación se inscriba en el Registro de la Propiedad ha producido la génesis de una serie de reglas especiales que son fundamentalmente:

1.º La Administración puede optar porque cada finca expropiada sea objeto de inscripción individualizada o bien que se forme una o varias fincas con la totalidad o parte de las superficies incluidas en la unidad expropiada.

2.º El primer caso se reconduce al supuesto ordinario hasta ahora descrito, mientras que en el segundo el título inscribible es la certificación de la resolución administrativa aprobatoria del expediente en el que deberá constar:

- a) La relación de las fincas expropiadas y de sus titulares respectivos, así como la descripción de la resultante o resultantes.
- b) Deberá incorporarse la Información Pública a que se refiere el artículo 109 del borrador.
- c) Notificación individualizada a cada uno de los titulares de bienes y derechos afectados por la resolución.

Certificación de la resolución a la que deberá acompañarse el Acta de ocupación y el documento justificativo del pago del justiprecio en los mismos términos hasta ahora enunciados.

Pero nada impide que se pudiera determinar que el título inscribible fuera el Acta de Toma de Posesión, en la que se deberán justificar estos trámites esenciales del procedimiento anteriormente comentados.

La única especialidad digna de resaltar, no mencionada hasta ahora, sería la posibilidad de que existan fincas o derechos incluidos en el polígono de expropiación, pero no tenidos en cuenta en el expediente. Es decir, que ha existido una preterición de determinados propietarios dando lugar a una doble inmatriculación transitoria.

En este caso, el Registrador que aprecie la existencia del titular preterido deberá comunicarlo a la Administración expropiante, extendiendo nota marginal que se cancelará transcurrido un año desde su fecha. Para cancelar la inscripción del propietario será necesario que la Administración expropiante justifique que los titulares de las fincas o derechos han sido debidamente compensados. Todo ello es plenamente conforme con que los errores no denunciados y justificados en el plazo de información pública no den lugar a nulidad o reposición de actuaciones.

Una cuestión, frecuentemente silenciada, es la situación registral de propietarios o titulares de derechos integrados en una unidad de ejecución gestionada por el sistema de compensación, allí donde estuviere vigente, por reparcelaciones o cualquier otro expediente de equidistribución equivalente pero que no se adhieran a los mismos y soliciten en su lugar que se les aplace la expropiación de sus terrenos o de sus derechos.

La demora en la tramitación del expediente de expropiación aconseja que para evitar la paralización de la inscripción de la unidad de ejecución, se inscriba el proyecto de reparcelación, adjudicando la finca de resultado a quien sea propietario de la de origen, pero trasladando la nota que advierte de la existencia de la expropiación, y una vez consumada ésta, se pueda inscribir a favor, primero del beneficiario y después a favor de quien determine el proyecto, sin perjuicio que si la expropiación se tramita rápidamente no se suscite tal clase de problemas.

## EL DERECHO DE REVERSIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El derecho de reversión es el quicio, la última garantía que a favor del expropiado cierra la regulación del régimen jurídico de la expropiación en nuestro ordenamiento jurídico.

Con independencia de su naturaleza jurídica, resulta necesario fijar una serie de premisas:

1. La consideración de la reversión como un derecho de configuración legal, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no tiene su origen en la propia Constitución, sino que será el legislador ordinario quien aprecie en cada caso concreto su sujeción o exclusión, atendiendo de modo razonable y no arbitrario, precisamente a la finalidad que orienta y legitima la privación coactiva de bienes y derechos en tales singulares hipótesis.

2. Entendemos la reversión como un auténtico derecho real administrativo de adquisición preferente que puede ejercitar el expropiado para recuperar su derecho, con devolución de las prestaciones, y que puede ocasionar, en último término, que el propio derecho de reversión, transmisible como es, pueda ser objeto de expropiación, como también lo son, en su caso, los derechos reconocidos por sentencia a favor de los administrados, en los términos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3. Su fundamento último se hallaría en la desaparición de la causa de utilidad pública o interés social que legitimó la expropiación, dejando expedita o abierta la puerta para su ejercicio.

El borrador no introduce un *ius novum* en esta materia, justificándolo en el poco tiempo transcurrido desde su modificación, que se produjo con ocasión de la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999.

La reversión es la cuestión expropiatoria que ha dado lugar a mayores pronunciamientos por parte de la DGRN.

El artículo 81.5 del borrador prescribe que «en las inscripciones en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa, se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria».

Con dicho precepto se ha puesto fin a la discusión de quienes entendían que la regulación anterior era una excepción al principio de la fe pública registral, o por el contrario que se trataba de una condición resolutoria implícita dentro del propio título de adquisición y que tenía su fundamento en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

Lo que el artículo proclama es una situación de latencia que puede dar lugar en su momento a la existencia o no del derecho de reversión.

Algunas cuestiones que se pueden plantear derivadas de este precepto son:

1. El Registrador debe expresar automáticamente en la inscripción de toda clase de expropiaciones la existencia de dicha facultad, al igual que en

la inscripción de todas las fincas rústicas se debe expresar que las mismas no se pueden dividir contraviniendo la normativa sobre unidades mínimas de cultivo, sin que sea necesario que la Administración lo ordene cada vez expresamente.

2. Si la Administración decide enajenar el bien expropiado, sin perjuicio de su desafectación previa del dominio público, el posible adquirente necesitará que la Administración se pronuncie sobre la procedencia o no de la aplicación del derecho de reversión y evitar que una espada de Damocles amenace su adquisición.

Mientras la Administración no se pronuncie, aquella previsión, que debe reflejarse en la inscripción, deberá subsistir, arrastrándose a los supuestos de modificación de entidades hipotecarias; segregación —supuesto al que alude el art. 31 del Reglamento Hipotecario *in fine*, al regular la inscripción de la concesión administrativa y de los bienes adquiridos por el concesionario que se afectan a la misma—, división o agrupación con otra finca no expropiada, determinando la porción de la finca que está vinculada al posible ejercicio del derecho de reversión.

Como pone de manifiesto la Resolución de 26 de noviembre de 2001, son tres los hitos del *iter* de la reversión que pueden tener acceso al Registro:

1. La cualidad de expropiado. Como establece la Resolución de 28 de julio de 2001, está reconocida la posibilidad de transmisión de tal cualidad, puesto que el derecho de reversión se atribuye a favor del expropiado y de sus causahabientes, por lo que los derechos que atribuye tal cualidad son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatividad y de la eficacia *erga omnes* de todo derecho real, debiendo concurrir los principios de documentación pública y de tracto sucesivo.

2. La existencia del derecho de reversión, declarado por la Administración o por los Tribunales de Justicia, debiendo inscribirse el correspondiente documento administrativo o judicial, circunstancia que puede interesar, por ejemplo, al tercer adquirente para no ver perjudicada su adquisición.

Desde el punto de vista sustantivo, lo fundamental es el análisis y crítica de los supuestos en que opera y no el derecho de reversión, aspecto en el que no entraremos por requerir un estudio aparte de la presente ponencia y porque desde la perspectiva registral en principio venimos sujetos en este punto a la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Únicamente resaltar el supuesto de indudable aplicación práctica estudiado por la Resolución de 5 de abril de 2002, en el que expropiándose una finca para destinarla a zona verde, posteriormente, el subsuelo de la misma es utilizado como aparcamiento público. La Resolución concreta cómo la Jurisprudencia ha negado incluso el derecho de reversión de los terrenos expropia-

dos por entender que no existe sobrante, en los supuestos en que el subsuelo es objeto de utilización privativa por vía de concesión administrativa.

Todo ello sin perjuicio que el expropiado pueda reconducir el tema a un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal de los Servicios Públicos.

3. La consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. En este caso deberá formalizarse el oportuno documento administrativo mediante el cual tome posesión del bien el sujeto expropiado.

Para ello es requisito inexcusable que el expropiado haya satisfecho el precio del bien debidamente actualizado, advirtiéndosele que si han transcurrido tres meses desde su determinación en vía administrativa sin haberlo satisfecho, caducará su derecho a la reversión.

Cuestión diferente, aunque relacionada con la consumación del derecho de reversión, es la planteada por la Resolución de la DGRN, de 28 de julio de 2001, en que se permite la inscripción de la reversión, aunque previamente no se hubiera inscrito la expropiación, siempre que de la documentación aportada resulte la esencia de todo el expediente expropiatorio, que podrá hacerse constar en el Registro mediante la técnica del tracto abreviado y que ha sido objeto de severas críticas por algún sector de la doctrina.

Por último, no cabe duda que un modo anormal de terminar el procedimiento expropiatorio es el desistimiento de la expropiación, que podrá tener lugar antes de que se haya verificado la transmisión dominical.

Otra cuestión distinta es la planteada por la Resolución de 29 de julio de 2002, en la que al socaire de una retroacción de las actuaciones, el Ayuntamiento correspondiente pretendió desistir de una expropiación urbanística y solicitó la cancelación de los asientos registrales, excediéndose con ello del contenido de la sentencia.

JÓSE LUIS GÓMEZ-FABRA GÓMEZ  
Registrador de la Propiedad



# Las causas de preferencia crediticia tras la Ley Concursal (\*)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CAUSAS DE PREFERENCIA: 1. LA IGUALDAD DE LOS ACREEDORES Y LA LEY DEL DIVIDENDO. 2. EL PRIVILEGIO. 3. LA CONFUSIÓN ENTRE PRIVILEGIO Y DERECHO REAL DE GARANTÍA.—III. ¿UN *TERTIUM GENUS*?: LA PREFERENCIA CONCEDIDA A LOS CRÉDITOS POR CUOTAS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO O PLAZOS DE COMPRAVENTA Y AL FINANCIADOR.—IV. LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS EN LA LEY CONCURSAL Y SU PRELACIÓN: 1. LOS SUPERPRIVILEGIOS. 2. CRÉDITOS CON PREFERENCIA SOBRE DETERMINADOS BIENES DEL DEUDOR. 3. PRIVILEGIOS GENERALES. 4. LOS CRÉDITOS ORDINARIOS. 5. CRÉDITOS SUBORDINADOS.—V. LA CONVIVENCIA ENTRE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE PREFERENCIA CREDITICIA.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) ha introducido importantes cambios en el sistema de preferencias crediticias. Uno de los mayores logros de esta norma es la simplificación del concurso llevada a cabo, no sólo mediante la unificación de los diversos procedimientos existentes hasta ahora, sino también mediante haber conseguido que todas las causas de preferencia crediticia en el concurso deriven de un único texto, acabando así con la imagen de «laberinto» con que tan gráficamente ilustrara la prelación de créditos en el concurso SALGADO DE SOMOZA (1). Es de lamentar, sin embargo, que la LC no haya derogado todas las preferencias establecidas en las leyes anteriores, que seguirán aplicándose en la ejecución singular mediante el ejercicio de las tercerías de mejor derecho. La coexistencia de dos

---

(\*) Este trabajo se corresponde con la comunicación presentada a las XXV JORNADAS DE ESTUDIO DE LA DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *El nuevo sistema mercantil*.

(1) *Labyrinthus creditorum ad litem per debitorem comunem inter illos causatam*, Lugduni, 1757.

sistemas inarmónicos de causas de preferencia, el antiguo para la ejecución singular y el nuevo para el procedimiento concursal, no sólo pone de relieve la falta de justificación de ciertos privilegios, sino que impide, de momento, la pretendida «poda» de privilegios que con tanto énfasis propugna la LC.

Cabe elogiar al legislador, entre otras cosas, por la elección del término concurso que, acuñado por AMADOR RODRÍGUEZ (2) y recogido por otro español, SALGADO DE SOMOZA, se impuso también en gran parte de Europa gracias al éxito de la obra de este último tratadista en Europa central. El término concurso, además, ilustra como ningún otro la situación de concurrencia de varios acreedores en su derecho a cobrar con cargo a los bienes de un deudor común e insolvente.

Pues bien, dada la escasez en la doctrina española de estudios sobre privilegios, parece acertado abordar esta materia, siquiera sea para coadyuvar a la mejor comprensión de los profundos cambios que ha realizado la LC en el sistema de preferencias crediticias, eliminando privilegios antiguos, creando otros nuevos y, lo que es aún más innovador, introduciendo causas de subordinación o «despreferencia» que anulan los privilegios y los derechos reales de garantía, postergando a los acreedores que incurren en ellas.

## II. LAS CAUSAS DE PREFERENCIA

1. *La igualdad de los acreedores y la Ley del dividendo.* Como afirma PAOLO GAETANO (3), la regla conforme a la cual todos los acreedores son iguales en su derecho a cobrar con cargo a los bienes del deudor común siempre ha sufrido excepciones, justificándose la desigualdad de trato por el reconocimiento, a favor de ciertos créditos, de una causa legal de preferencia. Son causas de preferencia aquellas cualidades del crédito que, recogidas por la ley, permiten a sus titulares anteponerse, para el cobro, a quienes carecen de ellas o las ostentan de inferior rango. Las causas de preferencia siempre son de creación estrictamente legal, no habiendo más número que las expresamente establecidas por la ley con tal función. Históricamente son únicamente dos las causas de preferencia reconocidas por la ley: los privilegios y los derechos reales de garantía. El *privilegium exigendi* otorga una acción personal que permite al acreedor que lo goza anteponerse a los demás, con el efecto de reforzar su derecho haciéndolo más seguro. De otro lado, los derechos reales de garantía permiten a su titular oponer su derecho frente a todos y cobrar con preferencia con cargo al valor de la cosa afectada. En total

---

(2) *Tractatus de concursu, et privilegiis creditorum in bonis debitoris*, Génova, 1665.

(3) *Privilegi*, Nuovo Digesto Italiano, Turín, 1940, págs. 508 a 511.

armonía con lo anterior se regulan las causas de preferencia en los artículos 1.922 a 1.924 del Código Civil (en adelante, CC), en los que, bajo el título de la clasificación de créditos, se otorga preferencia para el cobro con cargo a determinados bienes a los acreedores hipotecarios y pignoratícios, pero también a otros acreedores que carecen de derecho real de garantía y que son, por ello, simplemente privilegiados. Éstas son también, las causas de preferencia recogidas en los artículos 913 a 919 del Código de Comercio (en adelante, CdC) que quedarán derogados al entrar en vigor la LC. Por su parte, en los artículos 580 a 585 del CdC se recogen los privilegios marítimos, cuya complejidad puso de manifiesto ALONSO LEDESMA (4), y que, como las preferencias del Código Civil, se mantienen vigentes para la ejecución singular, mientras que la hipoteca naval se regula en la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval (en adelante, HN). Las demás preferencias crediticias, establecidas en leyes especiales, se ajustan siempre al modelo de una u otra causa de preferencia: El privilegio o el derecho real de garantía.

La LC, adoptando la terminología del Código Civil, dedica la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo III, Título IV a la clasificación de créditos, e introduce en los artículos 89 a 93 LC importantes novedades. Así, hay que considerar las causas de preferencia en ellos establecidas como verdaderas excepciones a la ley del dividendo. En efecto, al decir el apartado V de la Exposición de Motivos que: «*Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*», no sólo se está enunciando por primera vez en nuestro ordenamiento la máxima de la *par conditio creditorum*, sino que se establece con carácter de regla general y en el sentido de que todos deben sufrir idéntico perjuicio, proporcional al montante de sus créditos y a la insolvencia del deudor. Esta regla, que parte de la doctrina quería encontrar en el artículo 1.911 del CC cuando enuncia el principio de responsabilidad patrimonial universal y ordena que «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*», queda ya formulada y permite, ahora sí, considerar que las causas de preferencia son de interpretación estricta, sin que sea posible la integración analógica ni la interpretación extensiva de las mismas, al prohibirlo el artículo 4.2.º del Código Civil. Esta conclusión hay que extenderla a los créditos contra la masa, pues no hay mayor causa de preferencia que la resultante de calificar un crédito como no concursal, dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 154.1.º LC: «*Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta*». Otra

---

(4) *Los privilegios marítimos*, Civitas, Madrid, 1995.

novedad, en esta materia, es que la LC elimina, ciertamente, alguno de los privilegios tradicionales, aunque crea a su vez otros nuevos que no se reducen a los que la citada norma denomina como tales, dado, por un lado, que los créditos contra la masa son verdaderos privilegios que ocupan el rango superior en la jerarquía de preferencias y, por otro, que la introducción de la categoría de créditos postergados convierte en privilegiados a todos los ordinarios. Parece un acierto la eliminación de la distinción entre muebles e inmuebles a los efectos de dotar de preferencia a determinados créditos que les afecten. Sin embargo, al enumerar el artículo 90 LC los créditos que gozan de privilegio especial, asalta la duda de si las causas de preferencia reconocidas por la citada norma siguen siendo el privilegio y el derecho real de garantía o si ha nacido un *tertium genus*.

2. *El privilegio*. Ninguna norma de nuestro ordenamiento define lo que sea un privilegio. La LC no acomete esta tarea y aunque, a diferencia del Código Civil, no rehúye la utilización del término privilegio, cabe reprocharle la incorrecta utilización del mismo porque ni son privilegios todos los que la ley denomina como tales, ni todos los privilegios que establece la ley reciben aquella denominación. En efecto, de un lado, se habla de privilegio como sinónimo de causa de preferencia satisfactiva, calificando así a las garantías reales de privilegios especiales y, de otro, no se incluyen en el término ciertos créditos a los que se concede una especial preferencia satisfactiva, como es el caso de los créditos contra la masa.

Siguiendo a GULLÓN (5) podemos definir el privilegio como un adjetivo, una cualidad que se predica del crédito para indicar que su titular podrá anteponerse a otros acreedores, si llega a concurrir con ellos en su derecho de ser satisfecho con cargo al valor de los bienes del deudor. Naturalmente, el privilegio sólo tiene sentido cuando el deudor es insolvente, dado que en caso contrario todos los acreedores cobrarán por completo cuanto se les deba. Su finalidad es reforzar la seguridad del crédito privilegiado mediante aumentar las posibilidades reales de satisfacción del mismo y su origen ha sido siempre estrictamente legal, por lo que no tiene más causa que la ley sin que, de modo alguno, pueda nacer del pacto entre un acreedor y su deudor. Desde el Derecho romano, el privilegio se ha justificado, como resalta POPLAWISKI, por razones de equidad, necesidad o utilidad social. Por ser un accesorio del crédito, el privilegio depende de éste y todas sus vicisitudes le afectan. Tradicionalmente, se distinguían dos tipos de privilegios, según se atendiera para su concesión a las especiales circunstancias de la persona del acreedor (privilegios personales) o, por el contrario, a la causa que origina el crédito (privilegios reales). Entre los privilegios personales se encuentran hoy, entre

---

(5) «Comentario al artículo 1.921 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pág. 2064.

otros, los créditos salariales de los números 1 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), mientras que los privilegios reales se denominan así, no porque otorguen a su titular el poder de perseguir la cosa afectada por el derecho de preferencia, pues el privilegio se extingue cuando el objeto sobre el cual recae sale del patrimonio del deudor, sino porque debido a la especial vinculación del nacimiento del crédito con una cosa del deudor (como es el caso del privilegio del vendedor o del artesano del art. 1922.1.º del Código Civil) establecen una preferencia singular al afectar única y exclusivamente a ciertos bienes del deudor. Así, los privilegios personales se convierten en privilegios generales, que afectan a todos los bienes del deudor, ostentando el acreedor el derecho de preferencia sobre todos ellos; mientras que los privilegios reales dan lugar a los créditos con privilegio especial, sin que el acreedor pueda ejercitar su preferencia más allá del valor de realización del bien afectado por la misma.

Por su parte, los derechos reales de garantía coinciden con los privilegios en ser causas de preferencia. En efecto, estos derechos que la ley restringe a la prenda, la hipoteca y la anticresis son, precisamente, por ser causa de preferencia, *numerus clausus*, de modo que queda fuera de la autonomía privada la creación de cualquier otro tipo de derecho, con efectos reales o no, que lleve aparejado el derecho de preferencia satisfactiva. Sin embargo, a diferencia del privilegio, que es un accesorio puramente legal, cualquier acreedor puede reforzar su derecho pactando con su deudor prenda o hipoteca en garantía de su crédito. En esta línea, y tras hacer notar que no encuentra muchas razones para la distinción, indica ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (6) que la principal diferencia entre el privilegio y la hipoteca es «*la eficacia de la hipoteca frente a los actos de enajenación o gravamen anteriores a la constitución de la misma, al respetarse el derecho del acreedor hipotecario frente a una adquisición anterior de un tercero, sin que este efecto se observe en los privilegios*». Sin embargo, y disintiendo de este prestigioso autor, es de notar que aquel resultado es una simple consecuencia de la aplicación del artículo 32 del Decreto de 8 de febrero 1945, por el que se aprueba la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) conforme al cual: «*Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*». En efecto, el acreedor hipotecario adquiere su derecho real de quien aparece como dueño en el Registro y conforme al artículo 34 LH será respetado en su derecho. Por su parte, quien ostenta un privilegio sobre una cosa perteneciente a su deudor no lo inscribe, ni puede hacerlo, dado que no es un derecho

---

(6) *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Ed. Comares, Granada, 1995, págs. 138 y 139.

real, pero lo goza en la medida en que el bien afectado por el mismo siga perteneciendo a su deudor, de modo que si éste adquirió el objeto sobre el cual recae la preferencia y lo inscribió, aunque hubiera una adquisición anterior a la suya (art. 1.473 del CC), el privilegio existirá para el acreedor del adquirente de buena fe en la medida en que éste, su deudor, goce de la protección del artículo 34 LH, pero lo perderá si la adquisición del deudor cede ante otra anterior. Ello es así porque el privilegio no añade al crédito ordinario más que el derecho de preferencia sobre los bienes de un deudor común a varios acreedores.

A diferencia del privilegio, la hipoteca y la prenda no son simples derechos de crédito a los que la ley añade el derecho de preferencia para reforzar su seguridad, no se extinguen al salir del patrimonio del deudor, sino que por ser garantías reales el derecho de preferencia satisfactiva es consustancial a su naturaleza, también, cuando el objeto afectado pertenece a quien no es deudor. Además, los privilegios pueden ser generales y afectar a todos los bienes del deudor, mientras que los derechos reales sólo afectan a bienes concretos. El privilegio se otorga a ciertos acreedores en razón del interés social, equidad o necesidad de su crédito, mientras que la hipoteca y la prenda garantizan aquellos créditos cuyos titulares han sido más diligentes que los demás y han aprovechado las ventajas que, para todos, tiene pactar una garantía real. El privilegio tiene su límite en el poder de agresión sobre el patrimonio del deudor enunciado en el artículo 1.911 del CC conforme al cual: «*Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*», mientras que las garantías reales son, también, una excepción al enunciado principio al aumentar la garantía del acreedor mediante permitirle agredir un patrimonio distinto. Ambas instituciones tienen una finalidad de garantía que les es común, pero orígenes distintos y, lo que es más importante, funciones radicalmente diferentes. Así, los privilegios de distinto rango no concurren entre sí para el pago, sino que siguen el orden que les otorga la ley y que depende de la «calidad» del privilegio, pero concurriendo varios del mismo rango se les aplica la ley del dividendo. Las hipotecas, por el contrario, obtienen su rango de la antigüedad, de modo que la más antigua es preferida a la más moderna y no se produce jamás la concurrencia entre varias del mismo rango. La impropiedad terminológica no pasaría de la mera anécdota si no fuera por la posibilidad de que, al calificarse la prenda y la hipoteca de «privilegios» se acabe pensando que todos los créditos con privilegio especial son derechos reales o que todos los privilegios especiales tienen eficacia real. Como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 29 de abril de 1988: «*la equiparación entre privilegios y derechos reales de garantía provocaría una desarmonía con los principios básicos de nuestro sistema hipotecario, cuales son los de publicidad y especialidad, que al consolidar la seguridad de las garantías reales han hecho posible el desarrollo del*

*crédito y la mejora de sus condiciones, contribuyendo innegable y decisivamente al desarrollo de la economía nacional*». Téngase en cuenta, además, que las hipotecas pueden ser privilegiadas, como ocurre cuando a ciertas hipotecas se une un privilegio con el resultado de derogarse la regla *prior tempore potior iure*, y cuyo ejemplo tenemos hoy, todavía, en la hipoteca del acreedor refaccionario anotado al amparo de lo dispuesto en el artículo 64 LH, que le confiere el derecho a ser pagado con anterioridad a otros acreedores hipotecarios más antiguos con el plus valor introducido por el refactor sobre la finca refaccionada.

La existencia de hipotecas que no precisan pactarse (hipotecas legales) y que históricamente han contribuido a reforzar los créditos de ciertas personas impedidas de exigir las suficientes garantías (pupilo, mujer casada), no resta valor a la distinción. Ello es así porque tales hipotecas precisan hoy inscribirse para quedar válidamente constituidas, a diferencia de los privilegios, que no precisan publicidad alguna, puesto que éstos no afectan a los bienes más allá del patrimonio del deudor, por lo que no perjudican a terceros adquirentes del mismo. Por el contrario, los derechos reales sólo tienen eficacia frente a terceros si se han publicado, precisamente porque es esencial a su naturaleza el ser oponibles *erga omnes*. Tan radicales diferencias entre privilegio y derecho real de garantía hacen que, aunque ambos sean causa de preferencia y otorguen, por tanto, a su titular el derecho de anteponerse a otros acreedores a la hora de cobrar, no todos los efectos del derecho de preferencia les sean comunes. Así, una de las consecuencias de ostentar un crédito privilegiado es la posibilidad de ejercitar la tercería de mejor derecho, paralizando la ejecución que un acreedor no privilegiado o con privilegio inferior lleve a cabo sobre los bienes del deudor común. La razón que lleva a un acreedor a actuar así no es otra que la de proteger su derecho impidiendo que los bienes (del deudor) afectados por su derecho de preferencia salgan de su patrimonio y hagan inútil el privilegio. Ahora bien, dado que los derechos reales de garantía permiten a su titular perseguir los bienes afectados, cualquiera que sea su poseedor o propietario, y seguir ejercitando sobre ellos no sólo el derecho de satisfacción, sino también el de preferencia, no tiene sentido que el acreedor hipotecario o pignoraticio ejercite la tercería de mejor derecho, dado que subastado el bien para pagar a otro acreedor, el tercero lo adquiere con la carga hipotecaria. Aún más, es, precisamente, la LC quien introduce una nueva diferencia entre privilegio e hipoteca, al permitir el artículo 56.4 que continúe la ejecución de la garantía hipotecaria, a pesar de haberse declarado el concurso, cuando el concursado no sea el deudor, sino un tercer adquirente de la finca hipotecada. Tampoco está de más recordar aquí que el privilegio es una garantía gratuita dispuesta por la ley para amparar a los más débiles, a los más necesitados o a quienes tienen méritos especiales mientras que, por el contrario, las garantías reales están al alcance de cualquiera que sea previsor y pueda pagarlas.

3. *La confusión entre privilegio y derecho real de garantía.* La LC, y éste es uno de los mayores reproches que cabe hacer a la nueva norma, utiliza incorrectamente el término privilegio, como se pone de manifiesto ya en la misma Exposición de Motivos, cuando en el apartado III dice: «Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial». Esta confusión se mantiene a lo largo de todo el articulado, y de modo especial en el artículo 90 LC que, bajo el rótulo «Créditos con privilegio especial», se refiere a créditos hipotecarios, anticréticos y pignoraticios en los apartados 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º El Código Civil no incurrió en tal error, ya que al referirse a la clasificación de créditos en los artículos 1.922 y 1.923 (que seguirán por cierto vigentes también tras la entrada en vigor de la LC) alude siempre a «la preferencia» de que gozan los créditos que se enumeran con relación a determinados bienes del deudor, entre cuyos créditos coexisten los privilegiados con los derechos reales de garantía. Así, a pesar de que en el apartado 2 *in fine* del artículo 89 LC se dice que: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley», con lo que parece reconocerse que no todas las causas de preferencia son privilegios, pues de otro modo se trataría de un pleonasma, no parece que la distinción legal haga referencia al derecho real de garantía, sino a los créditos contra la masa que, pese a gozar del derecho de preferencia, la ley se resiste a llamar privilegiados, a pesar de serlo, como se verá más adelante.

En efecto, si analizamos los supuestos de créditos «con privilegio especial» recogidos en el primer apartado del artículo 90 LC, nos encontramos con que se otorga «privilegio» a todos los créditos hipotecarios, a los garantizados con prenda sin desplazamiento y a todos los créditos garantizados con anticresis. También reconoce «privilegio» a los créditos refaccionarios sobre los objetos refaccionados (art. 90.1.3.º), sin distinguir entre los créditos refaccionarios privilegiados y los que constituyen un derecho real de garantía. Ahora bien, como en el segundo apartado del mismo artículo 90 se exige, para que los créditos enumerados puedan ser clasificados con privilegio especial, que la respectiva garantía esté constituida «con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores», nos encontramos con que, aparte del privilegio de los créditos salariales refaccionarios, gozarán de preferencia los créditos refaccionarios anotados o inscritos del artículo 1923.3.º del CC que, como afirma MEZQUITA (7), son verdaderas hipotecas legales. Hay que incluir también la hipoteca legal y oculta de la comunidad de propietarios del artículo 9.e) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (en adelante, PH), que tiene

---

(7) *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 298 y sigs.

también naturaleza refaccionaria, dado que la LC exceptúa de inscripción a la hipoteca legal tácita. En efecto, como no hay en nuestro ordenamiento vigente hipotecas tácitas, sino que la hipoteca nace exclusivamente de la ley o del pacto expreso, no cabe duda de que la LC se refiere a la hipoteca legal oculta de la comunidad de propietarios por los gastos de conservación del piso o local, derecho que se ejercerá sobre el elemento privativo que recae sobre el mismo y que, por excepción, afecta a los sucesivos adquirentes a pesar de no estar inscrita. En cuanto a los créditos con garantía de valores que se recogen en el apartado 5.º como privilegiados, no son sino créditos pignoratícios, de modo que, probablemente, no era necesario distinguirlos de los del número 1.º, mientras que el número 6.º otorga preferencia a los créditos pignoratícios con desplazamiento de la posesión.

### III. ¿UN *TERTIUM GENUS*?: LA PREFERENCIA CONCEDIDA A LOS CRÉDITOS POR CUOTAS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO O PLAZOS DE COMPRAVENTA Y AL FINANCIADOR

Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.1.4.º LC gozan de «privilegio» especial: «*Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago*». En consecuencia, se clasifican como preferentes tres créditos distintos: primero, el crédito del arrendador financiero para el cobro de las cuotas periódicas a cargo del arrendatario, preferencia que se ejercerá sobre el valor del bien arrendado; segundo, el crédito del vendedor correspondiente al precio aplazado del objeto vendido, que se ejercerá, a su vez, sobre el referido objeto; y, tercero y último, el crédito del «*financiador*», caso de haberlo, de las anteriores operaciones. Se trata aquí de determinar cuáles sean los requisitos que la ley impone a los titulares de tales créditos para la obtención de esta preferencia, pero también de averiguar el alcance de la misma.

1. *El privilegio del arrendador financiero.* Una primera lectura del precepto causa una considerable dosis de perplejidad, pues carece de sentido que el arrendador financiero obtenga un privilegio sobre el bien arrendado, dada la obviedad de que no pierde el dominio hasta que se ha efectuado el pago completo de las cuotas del arrendamiento y ejercitado el derecho de opción de compra por el arrendatario mediante el pago del último plazo, además de que el arrendatario carece del poder de disposición sobre una cosa que es ajena. En estas condiciones, es evidente que el privilegio es imposible, sim-

plemente, porque la cosa sobre la cual se ejercita la preferencia no pertenece al deudor sino al mismo acreedor. La primera pregunta que, probablemente, cabe formularse, es la razón de que una ley que pretende podar privilegios haya querido introducir uno nuevo en favor, precisamente, de un acreedor (el arrendador financiero) que se eleja mucho de ser débil o estar necesitado de la protección extra que le haga merecedor de una garantía legal superior a los restantes acreedores (no debe olvidarse que el privilegio es «gratis»). Es cierto que el arrendador financiero mantiene, por razón de su crédito, una especial vinculación con la cosa sobre la cual recae la preferencia, pero tal relación no genera en el patrimonio del deudor un incremento que justifique el privilegio, dado que el arrendatario sólo puede adquirir la propiedad tras haber extinguido su deuda con el arrendador mediante el pago de todas las cuotas del arrendamiento y otra última correspondiente al ejercicio del derecho de opción de compra. Por esta razón, no parece que la inclusión de este privilegio se deba a presiones por parte de los grupos interesados, dado que no se entiende el interés que para éstos pueda tener gozar de un privilegio cuando tienen la propiedad. La razón debe, por tanto, ser otra. Así, cabe pensar que lo pretendido por el legislador fuera evitar que el impago provocara la consolidación definitiva del dominio en el arrendador financiero, lo que no parece desdeñable en el caso del «leasing» inmobiliario. Sin embargo, esta razón tampoco parece plausible, habida cuenta de que *«La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa»* (art. 61.2 LC) y el artículo 84.2.6.º LC contempla, entre los créditos contra la masa, *«los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso»*. En consecuencia, si el arrendamiento continúa vigente, y continuará siempre que a la administración concursal le interese la adquisición del objeto cedido en leasing, el arrendador cobrará con cargo a la masa. Si, por el contrario, la administración concursal (o el propio concursado) instara la resolución del contrato, el arrendador mantiene la propiedad y cobra las cuotas vencidas con posterioridad a la declaración del concurso con cargo a la masa, de modo que sólo es concursal el crédito del arrendador, tras la resolución del contrato, por las cuotas vencidas con anterioridad a la declaración del concurso (art. 62.4 LC).

Ahora bien, como el incumplimiento contractual anterior a la declaración del concurso no parece facultar para pedir la resolución una vez se haya declarado éste, sino sólo el pago como acreedor concursal, es posible que se tratara de proteger al arrendatario financiero que se encuentre en esta situación. Sin embargo, es de notar que, en tal caso, la resolución contractual no

opera la vuelta del dominio al arrendador, sino sólo el retorno de la posesión, de modo que el privilegio que dispone la LC para el arrendador financiero en el artículo 90.1.2.º es un despropósito completo, puesto que los privilegios recaen siempre y por definición sobre un patrimonio ajeno, el del deudor, por lo que es imposible ostentar un privilegio sobre una cosa propia del acreedor. El despropósito consiste, por tanto, en que para ostentar la preferencia dispuesta en el citado precepto, el arrendador financiero debería transmitir, previamente, la propiedad del objeto del leasing al arrendatario concursado. Sea como fuere, la LC dispone en el apartado 2 del mismo artículo 90 que: «*Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores*», lo que implica la necesidad de inscribir el contrato de leasing inmobiliario en el Registro de la Propiedad, inscripción que habitualmente se practica bajo la denominación de arrendamiento con opción de compra. Por cuanto se refiere al arrendamiento financiero mobiliario será precisa su inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, RVPBM). En efecto, en la citada ley, el vendedor a plazos puede elegir entre ejercitar la reserva de dominio o reclamar el precio, en este caso con privilegio y en esta misma línea, parece encontrarse la razón del equívoco. En efecto, ya bajo la anterior LVBMP denunció BERCOVITZ (8) la precaria situación en que se encontraba el comprador a plazos con reserva de dominio si se producía la quiebra o concurso del vendedor, propugnando que se entendiera la reserva de dominio como una suerte de prenda sin desplazamiento, de modo que los acreedores del vendedor concursado no pudieran realizar el valor del objeto vendido a plazos si el comprador cumplía con su obligación de pago. Ahora bien, una cosa es que la reserva de dominio se contemple como una condición, que sólo opera si se incumple con la obligación de pago, y otra muy distinta pretender que es posible reservarse el dominio del objeto vendido y, además, cobrar con preferencia sobre su valor. Nótese, a estos efectos, que ninguna preferencia otorga la LC al arrendatario financiero, caso de que el concursado sea el arrendador, porque al no afectar el concurso a la continuidad del contrato, las cuotas se integrarán en la masa activa, pero no el objeto arrendado mientras el arrendatario cumpla su parte en el contrato.

2. *El privilegio del vendedor a plazos.* El referido artículo 90.1.4.º LC establece también un privilegio en favor del vendedor para el cobro del precio aplazado adeudado. Parece absolutamente justo que un sistema que consagra

---

(8) «Comentario a la STS de 11 de julio de 1983», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 3, septiembre-diciembre 1983, pág. 876.

la consumación de la compraventa y, por tanto, la transmisión de la propiedad del objeto vendido al comprador, por la entrega y sin necesidad de pagar el precio, reconozca en favor del vendedor un privilegio especial sobre el valor de la cosa vendida. Es más, al indicarse expresamente que se confiere tanto al vendedor de cosa mueble como al de inmueble, se deshace un error histórico que privó de privilegio al vendedor de inmueble, aunque el artículo 1922.1.º del CC lo haya seguido manteniendo para el vendedor de mueble.

El derecho histórico español reconoció siempre unas especiales garantías al vendedor. Así, el vendedor que no hubiera aplazado el pago no perdía el dominio de la cosa, aunque la entregara, hasta que se le pagara el precio por completo, pero tal reserva de dominio operaba, en la práctica, a modo de condición resolutoria, de modo que el vendedor podía elegir reclamar sólo el precio, pero con la preferencia que le otorgaba ser titular de una hipoteca legal que sólo se perdió tras la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero 1861. Como es sabido, la finalidad de nuestra primera Ley Hipotecaria era aumentar la seguridad del tráfico jurídico y fomentar el crédito territorial, dando plena seguridad a los adquirentes de derechos reales inmobiliarios, compradores y financiadores, y para tal menester era necesario acabar con las hipotecas generales que afectaban a todos los bienes, incluso futuros, del deudor, y también con las hipotecas ocultas (dispensadas de inscripción). Dado que todas las hipotecas legales eran, hasta entonces, ocultas, se acomete la labor de eliminar cuantas no sean absolutamente necesarias para la defensa de los intereses que se consideran más débiles, además de imponer la obligatoriedad de la inscripción de toda hipoteca, ya sea legal o convencional. Tal es la razón de que el artículo 353 dispusiera la posibilidad de que los vendedores, que gozaban de una hipoteca legal que la Ley Hipotecaria elimina al no recogerla entre las subsistentes, pudieran exigir su inscripción, respetando así los derechos adquiridos con anterioridad. Al efecto, el artículo 347 establecía que: *«Los que a la publicación de esta Ley tengan a su favor alguna hipoteca legal de las no exceptuadas en el artículo 354, podrán exigir en el término de un año, que la persona obligada por dicha hipoteca constituya e inscriba en su lugar una especial suficiente para responder del importe de la obligación asegurada por la primera»*. Por su parte, el artículo 353.9.º reconoce el derecho a exigir la inscripción de una hipoteca legal: *«En favor de los vendedores sobre la cosa vendida por el precio de la misma cuyo pago no haya sido aplazado»*. El vendedor a plazos, por su parte, no estaba desasistido, puesto que si pactaba hipoteca ésta era privilegiada (se anteponía a las demás, incluso más antiguas) y, en todo caso, podía ejercitar la automática resolución de la venta con efectos frente a terceros, incluso no habiendo pactado condición resolutoria expresa, siendo ésta la razón de que se impusiera la obligatoriedad de hacer constar el aplazamiento de pago en la inscripción registral. De este modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 10

de la citada LH: *«En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago»*, y el artículo 11 volvía a exigir que *«Si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará si ésta se ha verificado pagando al contado o a plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago»*.

2.1. Requisitos legales para ostentar el privilegio del vendedor. Justificado, no sólo históricamente sino también por la cualidad del crédito, el privilegio establecido por la LC a favor del vendedor, resta todavía analizar cuáles sean los requisitos que se le imponen para gozar de dicha preferencia. Las consideraciones que se realicen serán aplicables al arrendador financiero que haya transmitido la propiedad del objeto al arrendatario, dado que, en otro caso, tal como vimos en líneas anteriores, es imposible que ostente privilegio. La perplejidad producida por la redacción de la primera parte de este artículo 90 LC se acrecienta con la segunda parte de la norma, en la que extiende el privilegio del arrendador y del vendedor a los financiadores *«sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago»*. Lo primero que cabe plantearse es si la exigencia de pactar reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria se refiere sólo al financiador, o debe entenderse que se aplica también al arrendador financiero y al vendedor. El segundo interrogante es más complejo, porque cuestiona la posibilidad de pactar la reserva de dominio y la prohibición de disponer en un arrendamiento cuando, por definición, por este contrato no se transmite el dominio y sólo el dueño goza del poder de disposición sobre una cosa. Puede pensarse que el legislador ha cometido una errata y que quería decir «vendidos» y no «arrendados», de modo que la obligación de pactar estas garantías se refiera únicamente al vendedor, pero esta interpretación también plantea problemas, porque el vendedor de inmueble difícilmente podrá pactar una prohibición de disponer e inscribirla en el Registro de la Propiedad, habida cuenta de que conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la LH no tienen acceso al Registro las prohibiciones de disponer establecidas en contratos onerosos. Es posible que, simplemente, se quisiera decir «bienes arrendados o vendidos» y que las discordancias apuntadas se deban a un intento de enumerar supuestos de garantía que no deben ser aplicados a todos los casos. Sea como fuere, lo que es seguro es que no puede referirse sólo al arrendamiento financiero, por la razón de que, en tal caso, el financiador es el propio arrendador. En efecto, dado que se trata de que los financiadores obtengan igual privilegio que los arrendadores y vendedores sobre los bienes objeto del contrato, es evidente que la norma no puede referirse a los bienes arrendados, pues el arrendador financiero ya ostenta el privilegio (siquiera sea imposible en la

práctica por las razones anteriormente expuestas). La interpretación, en consecuencia, debe ser que la preferencia se ejercita únicamente, como corresponde a ser el privilegio especial, sobre los bienes arrendados «o vendidos», y que falta una coma y añadir «siempre que se hubiere garantizado la compraventa» antes del final de la oración «*con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago*». Es decir, que, en definitiva, el precepto debió decir: «Son créditos con privilegio especial: 4.º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos, siempre que se hubiere garantizado la compraventa con reserva de dominio, prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago».

En cuanto a la prohibición de disponer como garantía en la compraventa, por la imposibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, se aplicará sólo en las ventas de muebles a plazos, cuya ley, por cierto, parece darnos la pista del origen del error. En efecto, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM) dispone en su artículo 7 el contenido mínimo del contrato, imponiendo que consten las circunstancias siguientes: «10. *La cláusula de reserva de dominio, si así se pactara, así como el derecho de cesión de la misma o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico.* 11. *La prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador*». Pues bien, dada la similar finalidad económica perseguida con la venta a plazos y el arrendamiento financiero, y dado también que en la Disposición Adicional primera de la misma LVPBM se regulan ciertos aspectos del contrato de arrendamiento financiero, parece posible que el propio legislador cayera en el error de no diferenciar suficientemente aquellos contratos entre sí.

Si tal como se viene afirmando en este trabajo, carece de sentido dotar de un privilegio especial al arrendador financiero, dado que se ejercita la preferencia sobre los bienes arrendados y éstos pertenecen al mismo titular del crédito, también parece absurdo que se exija al vendedor la reserva de dominio como garantía para el ejercicio de la tan traída preferencia. Así, el requisito de pactar reserva de dominio no puede imponerse en modo alguno al vendedor, porque en tal caso pierde el privilegio al ser propietario. La exigencia de pactar reserva de dominio sólo tiene algún sentido en el caso de que un tercero financie la compraventa, de modo que, ya pagado el vendedor se subrogue el prestamista en sus acciones. De otro lado, la posibilidad de pactar prohibición de disponer como presupuesto para la obtención del privilegio por el vendedor queda reducida a las venta a plazos de bienes muebles, dado

que no son inscribibles las ventas de inmuebles con tal limitación (arts. 26 y 27 LH). En consecuencia, el elenco de garantías de que puede disponer el vendedor a plazos de un inmueble, si desea gozar de privilegio, queda reducido a uno sólo: la condición resolutoria. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo 90.2 LC, es también necesario que tal garantía haya sido «*constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros*», de modo que deberá pactarse expresamente en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, tal como exige la vigente Ley Hipotecaria en su artículo 11.

Sin embargo, todavía cabe otra interpretación del precepto, pudiéndose entender que el requisito de pactar garantías para la compraventa se impone, sólo, para que el financiador de la venta pueda ostentar el mismo privilegio que el vendedor, pero no para la calificación del crédito del vendedor como privilegiado. Nótese que el artículo 7.11 de la propia LVPBM exige el pacto expreso de la prohibición de enajenar en el contrato como requisito para la aplicación de los beneficios de la ley al contrato de venta de bienes muebles a plazos, por lo que no es necesario reiterar en el artículo 90.1.4.º tal exigencia, al remitirse a ella el mismo artículo 90.2 LC. La última postura interpretativa, si bien no permite conciliar completamente el precepto con la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero y la concesión de un privilegio al arrendador, sí evita la doble incongruencia de exigir reserva de dominio al que ya lo tiene (el arrendador), o a quien de pactarlo le supone perder el privilegio (el vendedor). De aceptarse que los requisitos impuestos *in fine* por el precepto se aplican sólo al financiador, el vendedor de inmueble cumpliría con los requisitos de publicidad al constar en la inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 LH, la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, sin que sea óbice lo establecido en el artículo 11 LH cuando afirma que: «*la expresión del aplazamiento de pago, conforme a lo establecido en el artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita*». En efecto, una cosa es que para ejercitar la acción resolutoria con efectos frente a terceros sea necesario pacto expreso e inscripción de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad, y otra, muy distinta, que el aplazamiento de pago que consta en el Registro pueda ser ignorado por el acreedor a quien se pretende oponer un simple privilegio pues, en este caso, el vendedor no reclamará que retorne a su patrimonio el dominio de un bien que ha adquirido un tercero a su deudor, sino simplemente, el pago preferente. En efecto, las consecuencias del privilegio se reducen a que se le pague con preferencia respecto de otros acreedores de su comprador, con el valor del inmueble vendido, teniendo en cuenta que su derecho de crédito consta inscrito en el Registro de la Propiedad por imperativo del artículo 10 LH. Otra cosa sería pretender que, como consecuencia de constar inscrita la condición resolutoria o la reserva de domi-

nio pueda el vendedor ejercitar su preferencia crediticia frente a terceros, lo que dotaría al crédito de eficacia real y sólo podría acontecer con las mismas garantías y publicidad que exige la LC al financiador. Desde esta perspectiva, el vendedor a plazos que no hubiera instado la resolución por incumplimiento con anterioridad a la declaración del concurso gozaría de un crédito con privilegio especial para el cobro con cargo al valor del objeto vendido, pero, además, este crédito tendría eficacia real y, por tanto, podría ejercitarse frente a terceros adquirentes de la finca vendida con condición resolutoria inscrita, de modo que dejaría de ser un simple privilegio y se acercaría mucho a una verdadera garantía real.

2.2. La preferencia del financiador. Si, como afirma el artículo 90 LC, el financiador de la compraventa a plazos goza de un privilegio especial sobre los bienes vendidos (no sobre los arrendados, ya que en el contrato de leasing arrendador y financiador son la misma persona), es preciso averiguar la naturaleza de tal preferencia, que la ley califica de privilegio y condiciona a que el vendedor pactara condición resolutoria, se reservara el dominio o impusiera al comprador prohibición de enajenar. Otra vez cabe reprochar a la nueva ley la falta de técnica en este punto. En efecto, salvo el caso del prestamista para la compra de un bien mueble, que tendrá privilegio si vendedor y comprador pactaron la prohibición de disponer, en los demás supuestos que la ley contempla no cabe hablar propiamente de privilegio, por la razón ya repetida de que el privilegio sólo puede ejercitarse sobre bienes del deudor, y es evidente que si el vendedor pactó reserva de dominio es él, y no el deudor, quien ostenta la propiedad del objeto vendido sobre el cual recaería la preferencia, de forma que no quedaría dentro del patrimonio del comprador concursado. En tales condiciones, si el objeto vendido tiene algún valor, lo que interesa a la administración concursal es mantener la vigencia del contrato y, en tal caso, no hay lugar para privilegio especial dado que el financiador cobrará con cargo a la masa. Distinto es el caso si se pactó condición resolutoria, dado que en tanto no se ejercite la propiedad continuará siendo del comprador concursado y, que según parece deducirse del artículo 62.1 LC, tras la declaración de concurso, no puede instarse la resolución por incumplimiento anterior a tal declaración salvo en los contratos de tracto sucesivo.

Lo que sí es posible y razonable es que el prestamista financiador se subrogue en las acciones que competen al vendedor, ya que su mera existencia evidencia que el crédito de este último ha sido satisfecho por un tercero y que, por tanto, no se ha extinguido sino que, simplemente, se ha producido una novación modificativa en la persona del acreedor, adquiriendo el financiador el crédito con todos sus accesorios, incluso el privilegio. Ahora bien, ¿por qué se hace depender la existencia del privilegio del pacto de resolución en garantía del precio, prohibición de disponer o reserva de dominio? De un lado, no cabe entender que el financiador se subroga también en tales dere-

chos, puesto que ni la condición resolutoria es un derecho real o un accesorio del crédito que pueda transmitirse con el mismo, ni se puede transmitir el dominio mediante la simple cesión de la reserva realizada por el vendedor. Lo que, probablemente, pretende la norma es hacer depender el privilegio de la existencia de cualquiera de las garantías referidas con la idea de impedir la transmisión del objeto sobre el cual recae la preferencia, a un tercero de buena fe, vinculando así el privilegio a la efectiva constitución de aquellas garantías, de modo que la publicidad registral garantice el ejercicio del derecho de preferencia frente a terceros. En definitiva, que si el comprador vende a un tercero, habiéndose pactado prohibición de enajenar, condición resolutoria o reserva de dominio, podrá ejercitar el financiador las acciones del vendedor por efecto de la subrogación, pero también su derecho de preferencia contra cualquier adquirente del objeto financiado. De este modo, se vendría a configurar una nueva causa de preferencia, distinta del privilegio y de la hipoteca, mediante vincular el derecho de preferencia a la existencia de unos pactos que, sin constituir derechos reales de garantía, ni tampoco verdaderos derechos reales, aparecerían como un *tertium genus* al ser innegable que cumplen una función de garantía de tipo fiduciario y que, debido a la publicidad registral, gozan de eficacia frente a terceros. Parece confirmar la naturaleza híbrida de esta garantía lo dispuesto en el artículo 155.3 LC para el pago de los créditos con privilegio especial, por cuanto afirma que: «*Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros*», de modo que no se sigue la regla propia de los privilegios, que es el pago por razón de la calidad de su crédito, sino la específica de las hipotecas, *prior tempore potior iure*, que dota de preferencia a la más antigua. Sea como fuere, para que el financiador de la compraventa a plazos pueda obtener el privilegio que le concede el artículo 90.1.4.º LC es preciso que el contrato objeto de inscripción, la compraventa, refleje no sólo el pacto de alguna de las garantías descritas en el citado precepto, sino también el préstamo concertado con todos los datos necesarios para su oponibilidad a terceros.

En conclusión, parece que puede reproducirse en nuestro sistema la polémica habida en otros países de nuestro entorno, sobre la naturaleza personal o real de ciertos privilegios especiales. En Francia, la mejor doctrina clásica en la materia, encarnada por TROPLONG (9) y POPLAWSKI (10), ha de-

---

(9) *Des privilèges et hypothèques*, T. I, Melines, Cans et Compagnie, Bruselas, 1844-1848, pág. 64.

(10) *La notion de privilège en droit romain et en droit civil française*, Burdeos, 1913, pág. 24.

fendido la eficacia real de los privilegios especiales, e incluso de otros privilegios, postura propiciada por la dicción del artículo 2.095 del Code al establecer que la preferencia derivada del privilegio se ejercita, incluso, frente a los acreedores hipotecarios (*«le privilège est un droit que la qualité de la créance donne á un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires»*). Nótese, cómo los privilegios especiales de la ley concursal se gradúan conforme a su antigüedad, rompiendo la vieja regla conforme a la cual las hipotecas son preferidas a los privilegios. También en Italia se produjo la polémica en torno a si los privilegios son o no auténticos derechos reales, decantándose la mayoría de la doctrina, de la que son exponente GERMANI (11), RUISSI (12), GAETANO (13) y CHIRONI (14), a favor de considerar simple cualidad del crédito a los privilegios generales y auténticos derechos reales a los privilegios especiales, mientras que RUGGIERO (15) mantiene que los privilegios, aunque sean especiales, no van más allá de una afección puramente personal. Sea como fuere, la obligatoriedad de inscribir las garantías impuestas por el apartado 2 del artículo 90 LC parece apuntar a la afección real. Téngase en cuenta al efecto que, en los países a los que se ha hecho referencia, los privilegios especiales sobre inmuebles se inscriben en el Registro de la Propiedad.

#### IV. LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS EN LA LEY CONCURSAL Y SU PRELACIÓN

La LC titula la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo III del título IV *«De la clasificación de los créditos»* y ordena, en el artículo 89.1 que *«Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados»*. Parecería, por tanto, que no hay más créditos privilegiados que aquellos calificados como tales por la ley en los artículos 90 (créditos con privilegio especial) y 91 (créditos con privilegio general), dada la dicción del último apartado del artículo 89, al afirmar que: *«Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados»*. Ahora bien, el propio artículo 90.2 LC, al negar cualquier tipo de *«privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley»* nos pone sobre

---

(11) *«Sulla natura giuridica dei privilegi»*, en *Rivista di Diritto Agrario*, núm. 4, ottobre-dicembre, 1934, pág. 577.

(12) *I privilegi*, UTET, Turín, 1980, págs. 20 a 25.

(13) *Privilegi*, Nuovo Digesto Italiano, Turín, 1940, págs. 508 a 511.

(14) *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Bocca editori Milán-Turín-Roma, 1917, págs. 140 y sigs.

(15) *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, Reus, Madrid, 1994.

la pista de que hay, a lo largo del articulado, otras preferencias que no se han calificado de privilegios, y que encontramos en el artículo 84-2 LC cuando, al enumerar los créditos contra la masa, ordena que sean satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154.1 LC, el cual, a su vez, ordena que los créditos contra la masa se pagarán antes de proceder a la satisfacción de los créditos concursales. Aquellos créditos, que no forman parte de la masa pasiva, reciben un trato absolutamente preferencial por lo que, aunque no se les califique de privilegiados, podríamos decir que constituyen verdaderos superprivilegios, ya que se anteponen a todos los créditos concursales, incluso a los privilegiados, si bien para su pago se realizarán únicamente bienes no afectos a privilegio especial (art. 154.3 LC). Tras los créditos contra la masa vienen, en orden jerárquico, los calificados en los artículos 90 y 91 LC como privilegiados, aunque la preferencia de los créditos sobre la masa únicamente afecta, por lo que supone de reducción patrimonial, a los créditos con privilegio general, a los ordinarios y a los postergados. En pos de los privilegiados siguen los que se califican de ordinarios. Ahora bien, dado que tras los créditos ordinarios aparece una nueva clase de acreedores, los postergados, que el artículo 92 LC denomina «*créditos subordinados*», que sólo cobrarán con cargo a lo que quede, si queda, tras pagar a todos los anteriores, puede afirmarse que también los créditos ordinarios son privilegiados, puesto que gozan del derecho de preferencia respecto de los subordinados.

1. *Los superprivilegios.* Confirma cuanto se afirmaba líneas arriba en torno a la calificación como privilegiados de los créditos contra la masa, lo dispuesto en el artículo 154.1 LC al ordenar que, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deduzca de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Es, precisamente, esta cualidad de anteponerse para el cobro a cualquier otro crédito, lo que los convierte en privilegiados. No obstante, y a pesar de que se les haya bautizado en este escrito como «superprivilegiados» hay que realizar ciertas matizaciones. De un lado, y aunque la propia ley les concede más beneficios, como el de ser satisfechos a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso (art. 154.2 LC) no son privilegios por tal razón sino, exclusivamente, por gozar del derecho de preferencia sin afectar bienes concretos del deudor y sin gozar del poder de persecución sobre los mismos. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 154.3: «*Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial*» o, lo que es lo mismo, se ejercita la preferencia para el cobro, en general, sobre todos los bienes del deudor, dejando a salvo los bienes concretos afectos a privilegio especial o garantía real. El de los créditos contra la masa es, por tanto, un superprivilegio relativo, dado que se antepone a cualquier otro privilegio general, pero no a los créditos con preferencia especial

sobre ciertos bienes, sean créditos hipotecarios, pignoraticios, simples privilegios o ese *tertium genus* al que se hace referencia líneas arriba. Con esta disposición se consagra la regla conforme a la cual los créditos con preferencia especial sobre ciertos bienes se anteponen siempre a los que gozan de privilegio general, cuya única excepción en nuestro ordenamiento, es el privilegio salarial del artículo 32.1 ET. Cabe señalar, al respecto, que aún cuando se mantiene la vigencia de dicho precepto, a partir de la entrada en vigor de la LC, la regla últimamente expresada dejará de tener excepciones, dado que en la ejecución singular el acreedor hipotecario no goza de preferencia, al no serle útil la tercería de mejor derecho y consagrarse esta preferencia salarial como un crédito contra la masa.

Por cuanto se refiere a la prelación de los créditos no concursales entre sí, caso de resultar insuficientes las deducciones realizadas de la masa activa para el pago de los créditos no concursales, dispone el artículo 54.3 LC que: «*lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos*», de modo que la regla de la *par conditio creditorum* torna a sufrir una excepción al no aplicarse la ley del dividendo, puesto que los acreedores cuyos créditos venzan antes serán pagados con prioridad a los de vencimiento posterior. Nótese cómo la vieja regla del artículo 1.924 del CC (derogada por la LC) conforme a la cual los créditos obrantes en documento público gozan de preferencia entre sí conforme a su antigüedad, de modo que el más antiguo se antepone al más moderno, ha sido sustituida por la regla de la prioridad en el vencimiento (16). Cabe preguntarse si, en la hipótesis de que varios créditos contra la masa venzan, al mismo tiempo debe acudir al reparto proporcional, como parecería lo sensato. Aunque tampoco se indica, parece que agotado el patrimonio del concursado que no esté afecto a preferencia singular, y existiendo sobrante tras el pago de los créditos con privilegio especial, dicho sobrante quedará afecto al pago de los créditos contra la masa antes de procederse al pago de los créditos con privilegio general. De cualquier modo, el orden de enumeración de los créditos contra la masa que se contiene en el artículo 84.2 LC no hace referencia a la prelación.

Conforme a lo dispuesto en el último precepto citado, son créditos contra la masa, o, como aquí se ha dado en llamarlos, superprivilegiados, los siguientes:

1.1. Los créditos por salarios de los últimos treinta días, anteriores a la declaración del concurso, y siempre que su cuantía no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Como se ve, se corresponden con los del

---

(16) Ver la crítica de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ a esta supresión en *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Granada, 2004, págs. 268 a 270.

artículo 32.1 ET, si bien el privilegio pierde cierta potencia puesto que ya no goza de la preferencia que ostentaba sobre los créditos hipotecarios, al realizarse a costa del valor de los bienes no afectos a privilegio especial, a prenda o a hipoteca.

1.2. Los créditos por costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración de concurso, así como los ocasionados por la asistencia y representación del deudor, que vienen recogidos en el artículo 84.2.º y 3.º LC, y que se acomodan, a grandes rasgos, a los recogidos en el artículo 1924.2.º-A del CC como «*gastos de justicia y de administración del concurso*».

1.3. Los créditos por alimentos del deudor y de las personas a quienes éste estuviera legalmente obligado a prestarlos, tal como se recoge en el artículo 84.4 LC, que vienen a coincidir con el privilegio general otorgado en el artículo 1924.2.º F y G, de modo que estos créditos ganan en rango.

1.4. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso, tal como aparece tipificado en el artículo 84.5.º LC. Este privilegio parece muy conveniente en cuanto permita la continuidad de la empresa del concursado. Se incluyen los créditos salariales del artículo 32.3 ET, abarcando también a las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo. Con parecido sentido, los créditos correspondientes a obligaciones contraídas por la administración concursal o por el concursado autorizado y sometido a intervención (art. 84.9 LC).

1.5. Los que deriven de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado, que continúan en vigor tras la declaración de concurso, tal como se describen en el artículo 84.6.º LC. Es de resaltar que no pierde su vigencia el contrato por el mero hecho de haberse declarado el concurso, sino que las obligaciones pendientes a cargo del concursado se realizarán con cargo a la masa (arts. 61.1 y 2 LC). No obstante, la administración concursal o el propio concursado podrán solicitar la resolución en interés del concurso y, en tal caso, sólo serán pagadas con cargo a la masa las obligaciones vencidas con posterioridad a la declaración del concurso (art. 62.4 LC).

1.6. Los créditos de los acreedores con preferencia singular que el artículo 90 LC califica de especialmente privilegiados cuando se pagaren sin enajenar los bienes especialmente afectos, y los demás previstos en el artículo 84.7.º LC.

1.7. Los créditos correspondientes a la devolución de contraprestaciones recibidas por el deudor como consecuencia de la rescisión concursal de actos realizados por éste (art. 84.8.º LC).

1.8. Los créditos derivados de obligaciones legales. Cabe resaltar que, por cuanto se refiere a los alimentos legales, la obligación de prestar alimentos impuesta al concursado en un procedimiento judicial de capacidad, filia-

ción, matrimonial o menores, sólo se satisfará con cargo a la masa activa, tal como establece el artículo 47.2 y 3 LC, si los alimentistas «no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos» y previa autorización del juez del concurso que resolverá sobre su procedencia y cuantía. De otro lado, no deben contarse entre ellas las derivadas del pago de impuestos y contribuciones a la Seguridad Social, por cuanto vienen garantizadas con privilegio general en el artículo 91.2.º y 4.º

Gozan de idéntica preferencia los derivados de la responsabilidad civil extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso. Resulta difícil comprender la razón de que el crédito correspondiente a la indemnización de un daño causado por el concursado sea superprivilegiado si el daño se produce después de la declaración del concurso y sólo ostente privilegio general si se produce antes de tal declaración (art. 84.10.º LC) (17). Este privilegio es, también, de nueva acuñación, sin que tuviera parangón en la legislación anterior.

1.9. Finalmente, se deja la puerta abierta en el artículo 84.11.º LC a «Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración». Entre ellas, cabe reseñar la preferencia establecida en el artículo 34.1 LC al disponer que: «Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa», así como la que corresponde al acreedor que haya ejercitado, en interés de la masa, la acción de responsabilidad por daños y perjuicios contra los administradores concursales, preferencia que se ostentará sobre el valor de la indemnización recibida para el reembolso de los gastos necesarios soportados por el titular del privilegio.

2. *Créditos con preferencia sobre determinados bienes del deudor.* Son los que el artículo 90 LC denomina, incorrectamente, «Créditos con privilegio especial» y que gozan de la máxima prelación entre los créditos concursales, aunque conforme a lo dispuesto en el artículo 155.2 LC, la administración concursal podrá optar por atender a su pago con cargo a la masa, sin realización de los bienes o derechos afectos. La preferencia se ejercita única y exclusivamente sobre el objeto afectado por la misma, de modo que si no resultare satisfecho por completo el pago, el acreedor concurrirá por el resto con los ordinarios. Si concurrieren varios créditos para ser pagados con cargo a un mismo bien, se aplicará la regla *prior tempore potior iure*, propia de los créditos hipotecarios, de modo que los más antiguos cobrarán cuanto se les deba, excluyendo a los posteriores que cobrarán con cargo a lo que quede, si queda, y así sucesivamente. Ahora bien, téngase en cuenta que no todos los créditos con preferencia singular son hipotecarios, cuya antigüedad

---

(17) En idéntico sentido opina ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ en *El Registro de la Propiedad...*, cit., Granada, 2004, pág. 237.

viene determinada sin posibilidad de error por la inscripción registral constitutiva. En efecto, de un lado, nos encontramos con los créditos salariales refaccionarios del artículo 32.2 ET que se ven ahora recogidos en el artículo 90.3.º LC y que, como es obvio, ni siquiera constan por escrito, por lo que caso de concurrir con otros créditos privilegiados, les será difícil probar su prioridad. De otro, surge el problema de determinar cuál sea la fecha por la que se mida la prioridad de los créditos reseñados en el artículo 90.4 LC, que establece un privilegio a favor de los arrendadores financieros, vendedores a plazos y, en su caso, del prestamista o financiador. En efecto, estos créditos se originan como consecuencia de un simple contrato y el hecho de que se exijan ciertas garantías (condición resolutoria, prohibición de disponer) no los convierte en derechos reales. La inscripción registral no es requisito constitutivo de tales garantías, sino mero presupuesto de su oponibilidad a terceros y de su derecho de preferencia, por lo que cabe preguntarse si debe prevalecer la fecha de otorgamiento del contrato, o la de su inscripción. Sin embargo, parece necesario para mantener la seguridad en el tráfico, que la fecha a tener en cuenta sea la de la inscripción registral, evitando así, por ejemplo, que un crédito hipotecario pueda verse postpuesto a un crédito privilegiado anterior, pero inscrito con posterioridad.

Como novedad reseñable respecto de la legislación anterior, cabe indicar que la garantía hipotecaria, como cualquier otra causa de preferencia, desaparecerá si se produce alguna de las causas de postergación que califican a un crédito de subordinado, conforme a lo dispuesto en los artículos 92.5.º y 93 LC, por estar el acreedor especialmente relacionado con el deudor.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 90 LC, gozan de preferencia singular:

2.1. Los créditos hipotecarios. Se refiere la norma tanto a la hipoteca inmobiliaria como a la mobiliaria (art. 90.1.1.º LC), ya sea convencional o legal, incluida la hipoteca legal oculta de la comunidad de propietarios por los gastos de conservación del inmueble del artículo 9 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (en adelante, LPH) y el crédito refaccionario anotado o inscrito.

2.2. Los créditos pignoraticios. Gozan de preferencia los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento (art. 90.1.1.º LC), los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta (art. 90.1.5.º LC) y, por supuesto, los créditos garantizados con prenda con desplazamiento de la posesión (art. 90.1.5.º LC). Cabe resaltar que, a efectos de la prelación de estos créditos, si llegaran a concurrir con otros créditos con preferencia singular sobre el mismo bien, los que basan su garantía en valores representados mediante anotaciones en cuenta carecen de un título con fecha fehaciente, mientras que sí gozan de éste los que se garanticen con prenda con o sin desplazamiento de posesión. Gozan también de preferencia singular los créditos garan-

tizados con anticresis (art. 90.1.3 LC), especie de prenda en la que el acreedor recibe los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses del crédito garantizado y, después, al capital.

2.3. El crédito del vendedor a plazos, y el del financiador en su caso, con las garantías descritas en el artículo 90.1.4.º LC, y el del arrendador financiero, caso de que haya transmitido la propiedad. (Acúdase al epígrafe III de este comentario para evitar reiteraciones.)

2.4. Los créditos refaccionarios (art. 90.1.3.º LC) *«sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado»*. Carece nuestro Derecho positivo de una definición de crédito refaccionario y, aunque olvidado por la doctrina durante muchos años, últimamente este tema ha recobrado cierto interés. En la actualidad, la jurisprudencia acepta sin fisuras la definición de DE ÁNGEL (18), conforme a la cual *«es refaccionario todo crédito nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble»*. De esta definición se sigue que es refaccionario el crédito del constructor y, en general, de los partícipes en una obra inmobiliaria, desde el arquitecto al peón albañil. Basándose en la causa misma del privilegio, que se justifica porque el acreedor refaccionario introduce en el patrimonio del deudor un bien con el que aumenta el valor de aquel, MEZQUITA (19) mantiene que es refaccionario *«todo crédito que se haya generado como consecuencia del adelanto de una prestación, con la consecuencia de haber incrementado el patrimonio del deudor en una cosa concreta o de la realización de una labor de construcción de mejora útil en cosa ajena»*. Según esta última postura, el crédito refaccionario puede nacer tanto de una labor de conservación, reparación o construcción de una cosa del deudor, como de la venta de un objeto sin percibir el correspondiente precio, siendo irrelevante, al efecto, la naturaleza mueble o inmueble del objeto. La postura de la jurisprudencia en este tema se resume en un par de sentencias, relativamente recientes. La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), de 21 de mayo de 1987 [Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (en adelante, RJ) 1987/4432] afirma que *«el crédito refaccionario no nace sólo del contrato de préstamo, sino también de toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario»*. Con el privilegio refaccionario no sólo se protege al que presta dinero para la construcción de una obra, sino a cualquier financiador de la cons-

---

(18) *Los créditos derivados del contrato de obra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 201.

(19) *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 273 y sigs. Ver también, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El Registro de la Propiedad...*, cit., Granada, 2004, págs. 189 a 213.

trucción, por que *«el que adelanta su prestación concede crédito»*, continúa afirmando la STS citada al decir que *«un contrato de obra con suministro de materiales, que se va pagando mediante certificaciones mensuales de lo realizado, abonándose entonces un 50 por 100 mediante la entrega de letras a 90 días implica, al menos durante ese plazo, la concesión de crédito»*. Cabe también reseñar la STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/856), en la que se reconoce la cualidad refaccionaria de un crédito causado por el impago del material eléctrico vendido y empleado en una edificación.

Ahora bien, para que el crédito refaccionario obtenga el privilegio especial la LC exige (art. 90.2) que *«la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores»*. En consecuencia, todos los créditos refaccionarios no anotados al amparo de lo dispuesto en el artículo 42-8.º LH pierden, en el concurso, el privilegio de que gozaban conforme al artículo 1.923-5.º del CC, mientras que se mantiene, únicamente, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 ET que permite a los obreros cobrar con preferencia con el valor de los objetos fabricados para el empresario concursado, siempre que aún sean propiedad de éste o se encuentren bajo su posesión. De este modo, el constructor, refactor, prestamista para una obra, y cualesquiera otros acreedores refaccionarios que pretendan obtener el privilegio deben acudir, necesariamente, a la anotación del crédito que, como dispone el artículo 59 LH, puede realizarse sin necesidad de otorgar documento público y sin el consentimiento del deudor, dado que tal anotación preventiva constituye una verdadera hipoteca legal.

Por cuanto se refiere a los créditos refaccionarios mobiliarios del artesano constructor, reparador o conservador, protegidos hasta ahora en el artículo 1.922-1.º del CC, parece que deben desaparecer, salvo que se entienda que la posesión de tales bienes por el acreedor es suficiente para su oponibilidad a terceros.

3. *Privilegios generales.* Los créditos con privilegio general recaen sobre todos los bienes del deudor, sean muebles o inmuebles, y gozan de preferencia sobre los créditos ordinarios y los subordinados. Podríamos decir que ocupan el tercer escalón en el podium de la jerarquía de preferencias, ya que antes de proceder a su pago deben satisfacerse los créditos contra la masa o superprivilegiados, y a los créditos con preferencia singular, de modo que ejercerán su privilegio sobre los bienes no afectos a prenda, hipoteca o privilegio especial y sobre el remanente de éstos, si lo hubiera. Así, dice el artículo 156 LC que: *«Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez*

*pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número*». En consecuencia, el artículo 91 no sólo enumera los privilegios generales sino que, además, establece su prelación, de modo que cada uno de aquéllos se antepone al siguiente y así sucesivamente conforme a su numeración. Sólo en el caso de que concurrieran varios de igual rango se aplicaría la regla del dividendo o pago a prorrata. Son privilegios generales:

3.1. Los créditos por salarios. El artículo 91.1.º LC otorga privilegio a los créditos salariales no refaccionarios recogidos en el artículo 32.3 ET. Se protegen así los salarios que quedan fuera del alcance del «superprivilegio salarial» del artículo 84.2.1.º LC, y también del privilegio refaccionario del artículo 90.1.3.º, manteniendo el límite del triple del salario mínimo multiplicado por los días pendientes de pago. Igual que ya hiciera el ET, se asimilan al salario los créditos derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional que se extiende ahora a «*los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso*». Este privilegio se somete a plazo, de modo que la preferencia de los asalariados sólo puede invocarse durante el año siguiente a contar desde el día en que debió percibirse el salario. Se trata de un plazo de prescripción, no de caducidad, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final decimocuarta de la LC.

3.2. Los créditos por retenciones tributarias y de seguridad social, correspondientes a cantidades «*debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal*» (art. 91.2.º LC).

3.3. Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso. Vienen recogidos en el artículo 91.3.º LC, que contemplan dos tipos de privilegios a los que se iguala en rango: por un lado, un privilegio nuevo a favor de los trabajadores autónomos y, en general, de todos los profesionales liberales ligados con el concursado mediante un arrendamiento de servicios; de otro, se recoge el antiguo privilegio del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) conforme al cual: «*los créditos en dinero por la cesión de derechos de explotación tienen la misma consideración que la de los devengados por salarios o sueldos en los procedimientos concursales de los cesionarios, con el límite de dos anualidades*», precepto que quedará derogado a partir de septiembre de 2004. El privilegio que corresponde al cedente de una propiedad intelectual por los derechos de explotación de la misma se reduce, en la nueva ley, en la medida en que se limita a los derechos devengados en los últimos seis meses.

3.4. Los créditos tributarios y demás de Derecho público, y los de la seguridad social que no gocen de otro privilegio. Se limita la cuantía de la preferencia al 50 por 100 del valor de los créditos (art. 91.4.º LC).

3.5. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. Son los correspondientes a daños producidos antes del concurso, dado que los posteriores a tal declaración no son créditos concursales, sino contra la masa (art. 84.2.10.º LC). No se limita a la indemnización debida por el concursado a la víctima, como parecería sensato, sino que tendrá idéntica preferencia el asegurador que haya pagado a la víctima como consecuencia del ejercicio por ésta de la acción directa y ostente un crédito contra el concursado. Se dota de prelación, sin embargo, a las indemnizaciones por daños personales no asegurados, que gozan de la misma prelación que los créditos tributarios (un grado más). No se acierta a comprender por qué estos créditos son simples privilegios generales de cuarto o quinto orden, mientras que si se produce el daño después de la declaración de concurso pasan a ostentar la calidad de créditos contra la masa.

3.6. Los créditos de quien hubiere solicitado la declaración de concurso salvo que fueren subordinados (art. 91.6.º LC). Básicamente, convierte en privilegiado a cualquier crédito ordinario, de modo que la razón del privilegio parece radicar en un supuesto interés social en la declaración de concurso. Parece bastante discutible y habrá que esperar para determinar, en la práctica, si la rapidez en la declaración del concurso favorece la conservación de la empresa y el pago al conjunto de los acreedores, o si, por el contrario, la impaciencia del acreedor aquí privilegiado conduce a un resultado poco deseable. Sea como fuere, la preferencia se limita a la cuarta parte del valor de sus créditos.

4. *Los créditos ordinarios.* Son todos aquellos créditos concursales que no gozan de preferencia alguna, ni especial ni general. Tales créditos se pagarán con el remanente que quede, si queda, tras pagar a todos los acreedores anteriores. Sin embargo, estos créditos no ostentan el último lugar en el escalafón jerárquico de la preferencia satisfactiva, sino que se anteponen a todos los créditos subordinados. Esta es la razón de que se afirmara en líneas anteriores que son también privilegiados, puesto que habiendo créditos postergados, aquéllos gozan de preferencia sobre éstos y, por tanto, se convierten en los privilegiados de menor rango, a pesar de su denominación de «ordinarios». Téngase en cuenta, además, que cualquiera de estos acreedores puede convertirse en privilegiado mediante instar la declaración de concurso.

5. *Créditos subordinados.* Si, como se decía en el epígrafe segundo de este escrito, las causas de preferencia califican los créditos que las ostentan permitiendo a su titular anteponerse a otros acreedores a la hora de ser satisfechos con cargo a un deudor común, podría completarse ahora aquella defini-

ción agregando que lo anterior sólo es así de momento, que y tras la entrada en vigor de la LC, sólo lo será fuera del concurso, porque tras la declaración de éste, siempre que el crédito hipotecario, pignoraticio o privilegiado se califique de subordinado, perderá la preferencia. En efecto, la LC ha venido a consignar una serie de causas de postergación del crédito que se enumeran en los artículos 92 y 93 y que califican, a su vez, el crédito de subordinado. Estas causas de postergación son más potentes que las de preferencia, en la medida en que anulan esta última de tal modo que el acreedor que la ostentara no sólo la pierde, sino que queda relegado para el pago, incluso, respecto de los acreedores ordinarios, de modo que coloca a cuantos la poseen en idéntica situación de «desprivilegio», con independencia de la cualidad anterior de su crédito. De otro lado, y a diferencia de las causas de preferencia, su origen no es estrictamente legal sino que puede nacer del pacto entre acreedor y deudor (art. 92.2.º). Como excepciones a la igualdad de los acreedores y para no vulnerar lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, son de interpretación más que estricta, restrictiva, sin que puedan ampliarse, en ningún caso, a supuestos no contemplados expresamente en la norma ni interpretarse de forma extensiva. Si la subordinación del crédito fuera consecuencia de un pacto, la interpretación del mismo, en caso de duda, deberá ser favorable a la no existencia de la misma, por aplicación de las normas generales de interpretación de los contratos al constituir una renuncia de derechos, sin que quepa, a mi entender, el pacto de subordinación sobre créditos futuros.

Las causas de subordinación legal, como las de preferencia, se establecen teniendo en cuenta la propia calidad del crédito y los méritos (en este caso negativos) del acreedor, que son la culpa o dolo de éste, o la especial relación de su titular con el deudor. En atención a lo expuesto, son créditos subordinados por la ley:

5.1. En atención a la culpa o dolo del acreedor. Son subordinados por causa de negligencia los créditos comunicados tardíamente, con las salvedades previstas en el artículo 92.1.º LC; también son postergados, pero por dolo del acreedor, los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado. Se contempla, en este último caso, el crédito del cómplice del fraude contra el transmitente de los bienes tras el ejercicio por los acreedores de la acción de rescisoria, por lo que parece absolutamente justificada la postergación (20).

5.2. En atención a la calidad del crédito. Se subordinan por esta causa los créditos por intereses de cualquier tipo, incluidos los moratorios,

---

(20) Opina ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ que la causa de subordinación de unos créditos es la necesidad de determinar un momento preciso de concurrencia de los créditos. *El Registro de la Propiedad...*, cit., pág. 242, Granada, 2004.

salvo los garantizados con prenda o hipoteca hasta donde alcance su garantía (art. 92.3.º LC), y los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias (art. 92.4.º LC).

5.3. Por razón de la especial vinculación del deudor con el acreedor. Conforme a lo dispuesto en el artículo 92.5.º LC son subordinados: «*Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1.º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural*». El artículo 92.1 considera especialmente relacionado con el deudor persona física al cónyuge o pareja estable, y a quien lo hubiera sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso; a los ascendientes, descendientes o hermanos del concursado y a sus cónyuges (son los abuelos, padres, hijos y hermanos del concursado, pero también los padrastros y madrastras, cuñados, yernos y nueras del mismo); y, finalmente, a los ascendientes, descendientes o hermanos del cónyuge o pareja del concursado (suegros del concursado, hijos de su pareja o consorte y cuñados). De otro lado, conforme al artículo 92.2 LC resultan postergados, por tener especial relación con la persona jurídica concursada: los socios que respondan personal e ilimitadamente de las deudas sociales y los que sean titulares de un 10 por 100 del capital social, o sólo un 5 por 100 en los casos previstos por el artículo 93.2.1.º LC; los administradores, liquidadores y apoderados de la sociedad, y las sociedades que formen parte del mismo grupo que la entidad concursada y sus socios.

La causa de esta postergación no es otra que la presunción de fraude (21), pues el legislador sospecha que no hay un verdadero crédito a favor de las personas que considera especialmente relacionadas con el deudor. Ahora bien, a diferencia de la subordinación contemplada en el artículo 93.3 para los adjudicatarios o cesionarios de créditos postergados, la presunción de fraude es *iuris et de iure*, por lo que no cabe probar la real existencia del crédito. Son comprensibles las sospechas del legislador, pero debiera haberse dejado como una presunción *iuris tantum*, como mínimo, en lo referente a la postergación de los créditos de los familiares del concursado persona natural. Téngase en cuenta que la garantía de un crédito hipotecario, por ejemplo, se extingue y relega al acreedor al último puesto, si el deudor hipotecario se convierte en la pareja de hecho de la hermana (o hermano) del acreedor hipotecario, sin que éste pueda evitarlo. Hasta ahora, la hipoteca era la garantía más segura que un acreedor diligente podía pactar para la seguridad de su crédito, lo que por sí solo justificaba su carestía. Cabe pensar, que en un

---

(21) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad...*, cit., Granada, 2004, pág. 245. Este autor entiende que esta presunción debe ser impugnable ante los Tribunales por el perjudicado para no atentar contra la tutela jurisdiccional y no convertir la subordinación del crédito en una expropiación sin indemnización.

futuro, todos los créditos hipotecarios concertados por acreedor persona natural inserten una cláusula conforme a la cual se produzca el vencimiento inmediato de la obligación garantizada si se produjera, por un acto ajeno al acreedor, cualquier causa de postergación, sin desdeñar que la eliminación de la citada garantía pueda constituir uno de los supuestos legales de pérdida del derecho a plazo, susceptible de ser incluido, concretamente, en el artículo 1129.3.º del CC al disponer que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo *«Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras»*.

De otro lado, y por lo que respecta a los créditos hipotecarios que, por definición, pueden realizarse con cargo a bienes que no pertenecen al deudor, cabe preguntarse si la especial relación que supone la subordinación del crédito se extiende al concursado no deudor. En efecto, conforme al artículo 93 LC existe causa de postergación cuando acreedor y concursado estén «especialmente relacionados», pero ¿*quid* si el acreedor hipotecario está especialmente relacionado con el deudor, pero no con el concursado que sea tercer poseedor de la cosa hipotecada? o, incluso ¿qué ocurre si está especialmente relacionado con el tercer poseedor de la finca hipotecada, pero no lo estuvo nunca con el deudor? Como se dijo con anterioridad, las causas de postergación deben ser objeto de una interpretación más que estricta, restrictiva, en la medida en que rompen el principio de igualdad. Por ello, en el primer caso, dado que no hay relación entre el concursado y el acreedor, debe descartarse la posibilidad de postergación, mientras que en el segundo caso, falla la razón misma de la subordinación que es la presunción de fraude, puesto que acreedor y deudor no tenían relación alguna. Repárese, además, en las considerables desventajas que tal interpretación acarrearía para la seguridad del crédito, ya que, después de pactar una hipoteca con todas las garantías legales, el acreedor quedaría a expensas de su deudor, que podría deshacer su garantía a voluntad enajenando la finca hipotecada a cualquiera que estuviera en la lista de personas especialmente relacionadas con él.

## V. LA CONVIVENCIA ENTRE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE PREFERENCIA CREDITICIA

Como es sabido, la LC ha mantenido la vigencia de los artículos 1.922 y siguientes del CC en los que se establecen las causas de preferencia del viejo sistema y, aunque ha eliminado gran parte de los preceptos del Código de Comercio que se refieren a los privilegios mercantiles como consecuencia de haberse derogado el libro cuarto de este cuerpo legal, ha mantenido muchas de las normas especiales que establecen privilegios. Sin embargo, la vi-

gencia de los privilegios no contemplados en la LC no afecta al concurso, de modo que sólo pueden ejercitarse en la ejecución singular. Así, en el lapso de tiempo que medie entre la entrada en vigor de la LC y hasta que se lleve a cabo la recomendada reforma de los Códigos Civil y de Comercio, coexistirán dos sistemas de preferencia crediticia que, si no son incompatibles, sí son radicalmente distintos e inarmónicos. Sin entrar a analizar el tema en profundidad, por no ser éste el lugar apropiado, sí conviene apuntar alguna observación. Así, por ejemplo, desaparece la distinción entre privilegios mercantiles y civiles en las tercerías de mejor derecho, dada la derogación de los artículos 908 a 919 del CC, de modo que aquellos acreedores que ostentaran un privilegio conforme a los citados preceptos deberán comprobar si ostentan algún tipo de preferencia conforme a las normas del CC o a las normas especiales que continúan vigentes y establecen privilegios. Asimismo, podrá darse el caso de que, instada una tercería de mejor derecho por un acreedor privilegiado se declare el concurso y, en consecuencia, se suspenda la ejecución, de modo que el acreedor que gozaba de preferencia en la tercería la pierda al aplicarse la LC. Este efecto podría motivar a los acreedores ejecutantes a los que se oponga un crédito preferente en la ejecución singular, para instar la declaración de concurso, habida cuenta de que no sólo obtienen un privilegio en tal caso, sino que, además, pueden lograr que la preferencia que se les opone desaparezca en el concurso. Cabe también reseñar la posibilidad de que el acreedor hipotecario encuentre una razón para ejercer su preferencia en la ejecución singular. En efecto, dado que las causas de postergación operan sólo en el concurso, parece perfectamente posible que, detectada por el acreedor hipotecario la posibilidad de perder su garantía como consecuencia de que alguno de sus familiares mantenga relaciones de pareja con su deudor, ejercitara una tercería de mejor derecho para salvar su derecho de preferencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C.: *Los privilegios marítimos*, Civitas, Madrid, 1995.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Ed. Comares, Granada, 1995, págs. 138 y 139.
- *El Registro de la Propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso (especial estudio de la nueva Ley Concursal)*, Comares, Granada, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la LTS de 11 de julio de 1983», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 3, septiembre-diciembre 1983, pág. 876
- CHIRONI, G. P.: *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Bocca editori Milán-Turín-Roma, 1917, págs. 140 y sigs.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Los créditos derivados del contrato de obra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 201.

- GAETANO, P.: *Privilegi*, Nuovo Digesto Italiano, Turín, 1940, págs. 508 a 511.
- GERMANI, P.: «Sulla natura giuridica dei privilegi», en *Rivista di Diritto Agrario*, núm. 4, ottobre-dicembre, 1934, pág. 577.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 1.921 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pág. 2064.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.<sup>a</sup> D.: *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- POPLAWSKI, R.: *La notion de privilège en droit romain et en droit civil française*, Burdeos, 1913, pág. 24.
- RODRÍGUEZ, A.: *Tractatus de concursu, et privilegiis creditorum in bonis debitoris*, Génova, 1665.
- RUGGIERO DE, R.: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Reus, Madrid, 1994.
- RUISSI, G.; PALERMO, A., y PALERMO, C.: *I privilegi*, UTET, Turín, 1980, págs. 20 a 25.
- SALGADO DE SOMOZA, F.: *Labyrinthus creditorum ad litem per debitorem comunem inter illos causatam*, Lugduni, 1757.
- TROPLONG, *Des privièges et hypothèques*, T. I., Melines, Cans et Compagnie, Bruselas, 1844-1848, pág. 64.

M.<sup>a</sup> DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO  
Profesora Doctora de Derecho Civil  
de la Universidad Pública de Navarra

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS



# Versión revisada de los comentarios de urgencia al Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, tomando en consideración las Resoluciones de 26 de febrero y 2 de octubre de 2003 y determinados artículos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. ARTÍCULO 1. OBJETO.—III. ARTÍCULO 2. LA FALTA DE CALIFICACIÓN EN PLAZO. *DIES A QUO* DEL PLAZO PARA CALIFICAR Y CALIFICACIÓN DESESTIMATORIA DEL REGISTRADOR SUSTITUTO CUANDO NO HUBO PREVIA CALIFICACIÓN EN PLAZO.—IV. ARTÍCULO 4. SISTEMA DE SUSTITUCIONES O MODO DE FUNCIONAMIENTO DEL CUADRO DE SUSTITUCIONES.—V. ARTÍCULOS 5 A 8. EL PROCEDIMIENTO PARA LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO.—VI. ARTÍCULO 9. DISTRIBUCIÓN DE LA REMUNERACIÓN ARANCELARIA ENTRE LOS REGISTRADORES INTERVINIENTES.—VII. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. CRITERIOS A LOS QUE DEBERÁ AJUSTARSE EL CUADRO DE SUSTITUCIONES.—VIII. DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. PLAZO DE CLASIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN.—IX. DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. RÉGIMEN TRANSITORIO SOBRE CALIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS.

## I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto 1039/2003, en adelante RD, desenvuelve fundamentalmente, o al menos lo pretende, los artículos 19 bis-4 y 275 bis de la LH, argumento que le titula y, además, clarifica el artículo 18-2 LH y reforma el artículo 360 del RH sobre horario de la oficina registral.

Desde un punto de vista global o general, podemos decir que el RD es confuso en la redacción y terminología utilizadas que abren no pocas interrogantes en la materia que regula; establece algunas previsiones notablemente desarraigadas del texto legal que pretende desarrollar y otras precisas y oportunas, y corrige excesos de la LH tal como la modificó la Ley 24/2001. El principal problema del RD que comentamos es que el texto que trata de desarrollar es francamente malo, es decir, los preceptos introducidos en la LH por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, son confusos en el fondo y en la forma y con tal precedente y superior jerárquico hay que reconocer que es muy difícil hacer desarrollos correctos sin superar, traicionar o dejar de lado el texto legal, lo que, por definición, no puede hacer el RD que comentamos que sólo puede aspirar a ser un desarrollo de la Ley. Con eso y todo, lo mejor, lo más importante del RD 1039/2003 es que deja resuelto de una manera clara, y esperemos que definitiva, la no libre elección de Registrador calificador y lo hace tanto en una brillante y clarificadora Exposición de Motivos, que es el mejor texto de todo el RD, como en su artículo 4 y en su Disposición Adicional primera en sintonía perfecta con lo que había sido, desde el primer momento de vigencia de la Ley 24/2001, la posición de la Junta de Gobierno del Colegio y también la posición de la DGRyN manifestada con toda claridad en la Resolución de 4 de julio de 2002; aunque sólo fuera por esta razón, el RD que vamos a analizar ya merecería un juicio favorable. Los problemas en su aplicación, que los habrá y no pocos, se salvarán con las disposiciones ministeriales previstas en la Disposición Final tercera del RD, con las circulares colegiales y con el buen sentido y hacer de los Registradores.

## II. ARTÍCULO 1. OBJETO

Sobre el artículo 1 del RD que fija su objeto, nada que decir, salvo que el confesado en él parece quedarse corto respecto al ámbito efectivamente regulado en el RD que, como sabemos, aclara el plazo para calificar e inscribir y las horas de apertura de la oficina registral. Es cierto, no obstante, que la materia dominante es la que dice el artículo y titula al mismo RD.

## III. ARTÍCULO 2. LA FALTA DE CALIFICACIÓN EN PLAZO. *DIES A QUO* DEL PLAZO PARA CALIFICAR Y CALIFICACIÓN DESESTIMATORIA DEL REGISTRADOR SUSTITUTO CUANDO NO HUBO PREVIA CALIFICACIÓN EN PLAZO

En cuanto al artículo 2-1 del RD parece decir lo mismo que el artículo 18-3 LH; pero, obsérvese que en el artículo de la LH se dice: «el interesado

podrá instar del Registrador ante quien se presentó el título», y el RD define a ese interesado como uno de los previstos en el artículo 6 LH.

Si en el artículo 18-3 LH, el titular del derecho, cuyo procedimiento se regula en el RD, se denominaba «interesado», concepto hipotecariamente vago, impreciso y literalmente desconectado de cualquier relación con la presentación del título, dando así entrada a posibles interpretaciones más o menos extravagantes, registralmente hablando, desde la legislación administrativa, como la que resultaría de aplicar el artículo 31 de la Ley 30/92; ahora, el RD define al interesado como cualquiera de los previstos en el artículo 6 LH y nosotros debemos de concretar la determinación legal añadiendo: «cualquiera de los interesados previstos en el artículo 6 LH» que haya efectuado la presentación, pues no dejaría de ser extraño que si la escritura de compraventa la presenta en el Registro el comprador, el Banco que le ha concedido el préstamo garantizado con hipoteca sobre la misma finca comprada en escritura presentada después pueda ejercer ante el Registrador la opción contemplada en el artículo 18-3 LH y 2-1 del RD (art. 6-c LH).

Por otro lado, podría haber aprovechado el RD para resolver la cuestión de si lo que concede al presentante en su artículo 2-1 es una opción puramente alternativa o, por el contrario, como sostiene GARCÍA GARCÍA: «el derecho a poner en mora al Registrador» si no califica en el improrrogable término de tres días desde que le requiera el presentante, una vez transcurridos los quince que como plazo máximo para calificar establece el artículo 18-2 LH y aclara la DA 2.<sup>a</sup> del RD que lo es para calificar e inscribir. Las consecuencias son muchas y no siempre armónicas, incluso cabe entender que si el presentante opta por la prórroga y el Registrador territorialmente competente califica dentro de ella, no hay reducción arancelaria del 30 por 100; cabe pensar que se está pidiendo implícitamente en la solicitud de calificación, lógicamente también de inscripción, en su caso, aunque el artículo no lo diga, durante la prórroga de los tres días que si el competente no lo hace se ponga en marcha la calificación sustitutoria; cabe sostener que improrrogable sólo quiere decir que si no califica en esos tres días el Registrador competente, no queda otro remedio al presentante que desistir de la inscripción, dejar caducar el asiento de presentación o solicitar la calificación del sustituto; y, en fin, cabe deducir que transcurridos los quince días iniciales, la solicitud al Registrador competente de calificación en prórroga se puede hacer en cualquier día que esté todavía vigente el asiento de presentación y, si esto fuera así, no se dice en ningún sitio que se prorrogue el plazo de vigencia del asiento de presentación en el caso de que la intimación al Registrador competente se produzca dentro de los últimos quince días de vigencia del asiento de presentación. Conveniría haber aprovechado el Real Decreto para aclarar, en la manera y con los límites que un RD puede hacerlo, el alcance y significado de la opción o secuencia de actuaciones concedida al presentante por el artículo 18-3 LH.

Aunque quede siempre expedita la habilitación de desarrollo que el RD concede al Ministro de Justicia en su DF 3.<sup>a</sup>, las posibilidades de una auténtica aclaración estrictamente interpretativa se van reduciendo por las posibilidades cada vez más reducidas del instrumento normativo.

El párrafo segundo del artículo 2 del RD 1039/2003, prácticamente reproduce el artículo 18-2 LH, pero sugiere dos observaciones:

A) La primera, que puede no haber plazo para calificar por no haber calificación que hacer de la subsanación si el presentante, ante la primera calificación desestimatoria, en todo o en parte suspensoria de la inscripción pretendida, opta por recurrir, desistir o pedir la intervención del Registrador sustituto, pero no por subsanar.

B) La segunda, que no se entiende bien el inciso final del artículo 2-2 b) del RD, que nos dice: «En estos casos, el asiento de presentación tendrá la vigencia que establece el artículo 18 LH», pues el artículo 18 LH no regula el plazo de vigencia del asiento de presentación (arts. 17-2, 255 y 323 LH, 97 y 436 RH), sino sólo el plazo para calificar cuya única relación con la vigencia del asiento de presentación y, por lo tanto lo único que podemos entender que quiere decir el artículo que comentamos, es la posible prórroga del mismo hasta que se cumplan los quince días de que dispone el Registrador territorialmente competente para calificar e inscribir.

El párrafo tercero del artículo 2 del RD es completamente lógico y aclara que si no calificado el título presentado en el Registro por el Registrador competente durante el plazo máximo que para calificar e inscribir tiene y como consecuencia de ello se acude al sustituto, si éste, a su vez, calificase desestimatoriamente, el presentante tendrá derecho a pedir la calificación sustitutoria que no dejará, por ello, de ser una segunda calificación como la que se pide cuando la del Registrador competente es desestimatoria; de otro modo se haría de peor condición al presentante de un documento que no se calificó en plazo que al que lo fue de un título calificado en plazo cuando uno y otro supuesto no dependen del presentante. Esta es una previsión plausible del RD por absolutamente adecuada a su rango, por oportuna además de por técnicamente correcta.

#### IV. ARTÍCULO 4. SISTEMA DE SUSTITUCIONES O MODO DE FUNCIONAMIENTO DEL CUADRO DE SUSTITUCIONES

Dejamos el artículo 3 del RD para estudiarlo luego con los que regulan el procedimiento de ejercicio del derecho a instar la aplicación del cuadro de sustituciones y nos ocupamos ahora del artículo 4 del RD. Este artículo es esencial y leído conjuntamente con la brillante y clarificadora Exposición de

Motivos del RD, lo que viene a significar es que el Registrador que ha de efectuar la calificación de los títulos presentados a inscripción no puede ser elegido por los sujetos referidos en el artículo 6 de la LH, sino que ha de estar predeterminado o preestablecido en virtud de algún mecanismo objetivo, automático y definido por el Estado como la competencia territorial o, como en este caso sucede, respecto de la operativa del cuadro de sustituciones, por la rotación automática del mismo, tal y como la explica el artículo 4 del RD.

La defensa de los intereses de los terceros, expresión bajo la que «se engloba con carácter general a toda la comunidad», la coordinación armónica de los intereses de los terceros con los de las partes y la defensa objetiva, en sí y por sí, del Ordenamiento Jurídico, es decir, el control puro de legalidad exige esta solución que está vinculada a la consecución y afianzamiento de la seguridad jurídica, todo lo cual ni está en el mercado, ni resulta dispositivo para las partes o influenciado por ellas de cualquier modo, incluidos los incentivos, en ninguno de sus aspectos.

La libre elección del Registrador calificador por las personas referidas en el artículo 6 LH haría depender de las partes la defensa de los derechos y legítimas posiciones jurídicas de la comunidad y la de la legalidad, objetivos por completo ajenos a los específicos de las partes, que son de la exclusiva competencia del Estado, el cual designa al Registrador competente mediante el juego de los mecanismos antes citados.

La libre elección del Registrador por las personas referidas en el artículo 6 de la LH conllevaría una degradación o devaluación del nivel de seguridad jurídica y del de seguridad del tráfico jurídico sin correlativo incremento de contenido y/o densidad en otros valores, principios constitucionales o derechos fundamentales, lo que nos llevaría de modo irremisible a la inconstitucionalidad de la norma que articulara y ofreciera tal posibilidad.

El precepto es claro en un tema esencial para la configuración de nuestro sistema registral y no admite interpretaciones contrarias a lo que en él con toda evidencia se proclama en armonía con la Exposición de Motivos y con la Resolución de 4 de julio de 2002 de la DGRyN. Cuestiones de orden menor como, por ejemplo, en relación con el párrafo segundo del artículo que comentamos, determinar qué sucede cuando el Registrador sustituto, gozando de una comisión especial de servicios (art. 552 RH), tuviera varios Registradores accidentales a cargo de su Registro, se podrán resolver perfectamente con la previsión de desarrollo para la que queda habilitado el Ministro de Justicia.

## V. ARTÍCULOS 5 A 8. EL PROCEDIMIENTO PARA LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO

Además de los aspectos procedimentales recogidos en el artículo 2 del RD para el caso de que dentro del plazo máximo al efecto no se hubiera verificado la calificación por el Registrador competente, artículo ya examinado, las peculiaridades procedimentales en el ejercicio del derecho regulado en el Real Decreto 1039/2003 vienen recogidas en sus artículos 3 y 5 a 8, de los que haré una exposición conjunta y comentada con criterio cronológico.

Los Registradores harán constar en las notas de calificación, por definición, las que desestimen total o parcialmente la pretensión de inscripción, el derecho a la aplicación del cuadro de sustituciones, como resulta del artículo 5-1 RD; se sobreentiende que además deberán hacer constar los recursos que caben contra la calificación y los plazos de los que dispone el presentante para iniciar cualquiera de estas opciones.

El presentante, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la recepción de la notificación de la nota de calificación o, si se trata del supuesto de no haber efectuado la calificación en plazo, en cualquier tiempo, lógicamente mientras esté vigente el asiento de presentación, según el artículo 6-1, inciso primero del artículo 6 del RD (obsérvese la redundancia en la que incurre el art. 19 bis-4-1.<sup>a</sup> LH cuando dice que «el interesado deberá ejercer sus derechos en los quince días siguientes a la notificación de la calificación negativa durante la vigencia del asiento de presentación», si tenemos en cuenta la prórroga automática por sesenta días del asiento de presentación prevista en el art. 323 LH en caso de calificación desestimatoria, es decir, la primera parte de la definición del plazo para ejercer el derecho a pedir calificación sustitutoria contenido en el artículo que comentamos engloba y presupone necesariamente la segunda) podrá:

A) Solicitar una nueva calificación del Registrador sustituto al Registrador calificador, es decir, al territorial competente (art. 3-1 RD), quien indicará al presentante el Registro ante cuyo titular puede ejercer tal derecho (art. 5-1 RD). Esta solución suscita los siguientes comentarios:

- a) El primero, una cierta incongruencia con la previsión legal del artículo 19 bis-4 LH, que prevé que la solicitud se curse al Registrador del cuadro de sustituciones, incongruencia menor y en parte salvada por el artículo 6-1 RD.
- b) El segundo se refiere a la posible dificultad que el Registrador sustituido pueda tener para determinar al sustituto de los seis posibles cuando se le pida la siguiente aplicación del cuadro de sustituciones, sin que el Registrador sustituido haya recibido o podido recibir aún la notificación del Registrador sustituto prevista en el artículo 6-2

RD; si se opta, para solucionar el problema, por la aplicación del criterio de que el Registrador sustituido asigne al Registrador sustituto sin esperar a las notificaciones referidas se corre el riesgo, caso de que no se hayan consumado, por la razón que sea, alguna o algunas de las pretensiones anunciadas en tal sentido que habrán hecho correr la rotación sin efectiva calificación sustitutiva, se corre el riesgo, digo, de acumularlas en alguno o algunos Registradores del cuadro involuntaria o voluntariamente, es decir, manipulando el cuadro y resultando al final una mecánica similar a la libre elección del Registrador sustituto. Esto se podía haber evitado si la petición se hiciera ante el Registrador sustituido y éste se encargara de tramitar la puesta en marcha de la calificación sustitutoria hasta su efectiva y rápida asignación a un Registrador sustituto; no parece que haya otro mecanismo, pero éste choca con la dicción expresa del artículo 19 bis 4 LH, que prevé que la solicitud se curse al Registrador del cuadro, obstáculo que se podría salvar con un apoderamiento a tal fin del presentante al Registrador sustituido. Por otro lado, la mecánica establecida evidencia la desconfianza del legislador en que el Registrador sustituido, que podrá ver mermados sus honorarios en un 50 por 100, colabore en la ejecución eficaz de este derecho del presentante.

- c) El artículo 6-5 del RD nos dice que el Registrador sustituido únicamente podrá trasladar su oposición a que el Registrador sustituto atienda la petición del interesado cuando el título cuya inscripción se pretende hubiese sido ya objeto de inscripción. Este supuesto sólo podemos entenderlo si lo referimos a la petición de calificación sustitutiva por no tener noticia el presentante de la inscripción del título que presentó en el Registro en su día al no notificársele o no recibir la notificación de la calificación e inscripción del título hechas en el plazo señalado en el artículo 18-2 LH o fuera de tal plazo sin perjuicio de la reducción arancelaria correspondiente en este último caso o de otras responsabilidades si no se hubieren hecho las notificaciones o se hubieren hecho inadecuadamente (arts. 58 y 59 de la Ley 30/92). Sería recomendable admitir otros supuestos de oposición como el de la calificación positiva hecha y notificada en plazo, cuando aún no se haya practicado la correlativa inscripción (recordemos la dicción literal del art. 6-5 del RD) que no podría dar lugar a una calificación sustitutoria o el no transcurso del plazo, es decir, discrepancias en su cómputo, en la hipótesis de que la calificación sustitutoria se pretenda por no haber efectuado el Registrador competente su calificación dentro del plazo máximo del artículo 18-2 LH. La menor rigidez, dentro del carácter excepcional y tasado, del traslado al Registrador sustituto, para que se inhiba, de las causas de oposición

viene corroborada por la pérdida de honorarios para el Registrador sustituido, es decir, por el carácter sancionador del precepto. Procedimentalmente hablando, parece que estas causas de oposición no permiten al Registrador sustituido obstaculizar el ejercicio del derecho del presentante, sino sólo dar traslado del justificante documental de la causa al Registrador sustituto para que éste se inhiba; lo que no dice el artículo es lo que podría suceder si el sustituto no se aviene a aceptar la eficacia de la causa de oposición alegada.

- d) El cuarto comentario tiene por objeto la intervención del Colegio en el procedimiento prevista en el artículo 5-2 RD, al objeto de designar sustituto, porque parece impecable que el Colegio tenga el deber de facilitar a los interesados o, mejor, presentantes, a solicitud de éstos y a través de su sede central o de sus sedes autonómicas o de los Delegados Provinciales el cuadro de sustituciones que les resulte de aplicación, es decir, los seis Registradores sustitutos del territorial competente para calificar el título cuya inscripción se pretende. Ahora bien, que el Colegio tenga que indicar, en su caso, al presentante el «Registrador sustituto que le corresponda en relación con el título correspondiente», como nos dice el artículo 5-2 RD, es algo más difícil de entender desde el nivel de regulación de la norma que comentamos, pues en el RD no se prevé mecanismo alguno para que el Colegio pueda conocer tal dato. Es posible que el Ministro de Justicia, al amparo de la habilitación de desarrollo contenida en la DF 3.<sup>a</sup> del RD dicte una Orden Ministerial que posibilite que el Colegio cumpla con el deber que le impone el artículo que comentamos; es posible que el propio Colegio emita alguna circular a sus colegiados que estructure adecuadamente el suministro de la necesaria información para que pueda cumplir el deber que le impone el RD. En este sentido, el pasado día 5 de agosto, el Vicedecano del Colegio remitió un correo electrónico a los colegiados en el que nos dice que «cada vez que se os solicite la intervención del Registrador sustituto, lo comunicuéis a la Secretaría del Colegio (por teléfono), indicando la fecha y hora de la solicitud, el título que va a ser objeto de calificación sustitutoria y la dirección, teléfono, correo electrónico, etc., del peticionario a fin de poder establecer, en cada caso, a quién de los diferentes compañeros corresponde rotativamente la sustitución». En el caso contemplado en la comunicación del Vicedecano se supone que al Registrador sustituido se le ha instado la aplicación del cuadro de sustituciones y éste ha indicado al presentante el Registro ante cuyo titular puede ejercer su derecho, conforme al artículo 5-1 del RD 1039/2003; además, en cumplimiento de la comunicación colegial que comentamos, el Registrador sustituido se ha

puesto en contacto con la Secretaría del Colegio para suministrar los datos a que se refiere la misma, es decir, la fecha y hora de la solicitud, el título que va a ser objeto de calificación sustitutoria y la dirección, teléfono, correo electrónico, etc., del peticionario para indicarle el «Registrador sustituto que le corresponda en relación con el título correspondiente», Registrador sustituto que ya le habrá sido comunicado por el Registrador sustituido en cumplimiento del deber que a éste le impone, como dije, el párrafo primero del artículo 5 del RD 1039/2003, por lo que la intervención del Colegio, en tal caso, sólo podrá servir para confirmar o no, en definitiva, para reforzar y garantizar la correcta aplicación del cuadro de sustituciones (no debería ser pensable la hipótesis en la que el Colegio y el Registrador sustituido discrepen respecto al Registrador sustituto y si tal hipótesis fuera pensable por no articularse los mecanismos que la impidan debería establecerse una vía rápida de solución de la discrepancia).

Si al Colegio se le pide la indicación del Registrador sustituto concreto antes de pedirle al Registrador sustituido la aplicación concreta del cuadro de sustituciones, el Colegio no sólo no tendría datos fiables y suficientes para atender tal solicitud, sino que entiendo que no debería proceder a suministrar contestación alguna hasta tanto no se haya procedido a solicitar «una nueva calificación del Registrador sustituto al Registrador calificador» (art. 3-1 RD) y el Registrador sustituido indique al presentante, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 5-1 del RD, el Registro ante cuyo titular puede ejercer tal derecho. Si entendemos que, una vez hecha la solicitud a que se refiere el artículo 3-1 del RD, el presentante puede pedir la información sobre el Registrador sustituto indistintamente al Registrador sustituido o al Colegio, en tal caso sería el Colegio el que tendría que ponerse en comunicación con el Registrador sustituido para obtener la información suficiente que le permita cumplir con el deber que le impone el artículo 5-2 del RD.

Por lo demás, en relación con el tema que contemplamos, sólo añadir dos sugerencias:

- a) Sería quizá conveniente que el Registrador sustituto comunicara a la Secretaría del Colegio el efectivo ejercicio del derecho a solicitar la calificación sustitutoria a que se refiere el artículo 6-1 del RD. Esto va ligado a la cuestión, aquí planteada, de si la rotación avanza con la simple solicitud de la misma al Registrador sustituido o si, por el contrario, para que tal avance se produzca, es necesario que se ejercite efectivamente el derecho ante el Registrador sustituto.
- b) Por otro lado, estimo que sería también conveniente que el Servicio de Estudios del Colegio pudiera contar con la documentación calificada, los antecedentes registrales y las dos calificaciones, caso de ser

discrepantes, para hacer una evaluación, creo que muy conveniente, al menos al principio de la aplicación del cuadro de sustituciones sobre el impacto que el «nuevo procedimiento» pueda tener, en su caso, sobre las calificaciones efectuadas. La remisión por los Registradores implicados al Colegio podría articularse de oficio o a solicitud de cualquiera de ellos. Las calificaciones deberían ser evaluadas por la Comisión de Calificación del Colegio y las conclusiones a que tal Comisión llegue ser elevadas a la Junta de Gobierno del Colegio a los efectos que ésta estime pertinentes.

- c) Debería quedar claro si el artículo 5 del RD ofrece al presentante dos alternativas que quedan a su elección para saber quién es el Registrador sustituto que le «corresponda en relación con el título correspondiente» o sí, como yo creo, el deber primario de suministrar tal información corresponde al Registrador sustituido en el momento en el que se le solicite una nueva calificación (arts. 3-1 y 5-1 del RD).
- d) Por último, deberían establecerse los oportunos mecanismos que impidieran la discrepancia en la designación entre el Colegio y el Registrador sustituido y, caso de producirse, establecerse la designación que deba prevalecer. Y todo lo dicho, bajo la absoluta convicción de que todos los Registradores, con nuestra Junta de Gobierno al frente, estamos plenamente convencidos de que, como dice el Vicedecano en su comunicación, la correcta aplicación de la calificación sustitutoria y del mecanismo de rotación del cuadro de sustituciones repercutirá en el fortalecimiento de la función y del sistema registrales.

B) Pedir la intervención del Registrador sustituto a través de éste (art. 19 bis-4 LH y 3-2 RD) aportándole el testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original, que tendrá derecho el presentante a retirar del Registro donde se hubiese presentado (art. 19 bis-4-1.<sup>ª</sup> LH y 6-1 RD). El RD añade, en cuanto a la documentación a presentar al Registrador sustituto y respecto a lo previsto en el artículo 19 bis-4-1.<sup>ª</sup> LH, el original de la documentación presentada, que si es lo que se retira del Registro competente territorialmente deberá motivar la oportuna nota de retirada al margen del asiento de presentación del título (art. 427-3 RH). El párrafo segundo del apartado tercero del artículo 6 del RD nos dice que, a los efectos de informar al Registrador sustituto, en el supuesto de que haya transcurrido el plazo para calificar y el Registrador sustituido no lo haya hecho, éste deberá entregar gratuitamente al interesado en el mismo día en que se presente a retirarlo o en el día hábil siguiente el testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original. Este párrafo suscita los siguientes comentarios:

- a) Primero, una observación de pura sistemática, pues empieza diciendo: «A estos efectos...» y refiriéndose al artículo 6-3 del RD a la información registral como algo diferente de la aportación del título inscribible y documentos complementarios por testimonio u originales, es claro que su ubicación es incorrecta en el artículo 6-3 del RD que trata de la información registral al Registrador sustituto y debiera figurar a continuación y como parte del párrafo primero del artículo 6 que se refiere a la aportación documental.
- b) El testimonio al que se refiere el párrafo tercero del apartado segundo y el apartado primero del artículo 6 del RD, así como el artículo 19 bis-4-1 de la LH se supone o entiende que ha de ser notarial, pues el testimonio es un documento de elaboración completamente ajena al procedimiento registral, aunque choque con esta idea la imposición temporal de entregarlo en el mismo día en el que el presentante acuda a retirarlo o en el día hábil siguiente. El testimonio deberá además entregarse al presentante gratuitamente, es decir, a cargo del Registrador que no calificó en plazo. Estas limitaciones, es decir, la gratuidad y el apremio temporal en el plazo de su entrega al presentante no parece que se den en el caso de calificación desestimatoria. Por otro lado, la gratuidad y el apremio temporal hacen pensar que por testimonio debemos entender una copia del documento hecha por el mismo Registrador, lo que es una total anomalía, ya que el Registrador sólo puede y debe expedir publicidad de los asientos registrales y no de documentos autorizados por otros funcionarios que están en el Registro para ser calificados e inscritos y de los que él no es archivero natural.
- c) Por último, la preposición «de», antepenúltima palabra del párrafo que comentamos, sobra.

Una vez que el Registrador sustituto haya recibido el original o el testimonio del título presentado y no calificado o calificado desestimatoriamente, deberá:

A) Notificarlo al Registrador sustituido en el mismo día de su recepción o en el día hábil siguiente al domicilio, fax o dirección de correo electrónico del Registro (art. 19 bis-4.<sup>a</sup>-7.<sup>a</sup> LH y arts. 6-2, primer inciso y 10 del RD) añadiendo este último o por cualquier otro medio telemático que permita tener constancia tanto de su emisión como de su recepción «por los medios técnicos apropiados», siendo la constancia de la emisión una novedad introducida por el artículo 10 del RD. Se aclara así el apartado primero de la regla segunda del artículo 19 bis-4 LH en cuanto nos dice que: «El Registrador sustituto que asuma la inscripción del título lo comunicará al Registrador sustituido», debemos convenir que una cosa es la recepción del título por

el Registrador sustituto y otra distinta el momento en que el Registrador sustituto asume la inscripción del título, expresión imprecisa que parecía situar la notificación del Registrador sustituto al sustituido en el momento, por definición siempre inmediatamente posterior a la calificación estimatoria, en el que el Registrador sustituto asumiera la inscripción del título.

B) Al tiempo que el Registrador sustituto notifica al sustituido lo antes dicho, solicitará de él la información registral completa necesaria para el adecuado ejercicio de la función calificadora si no se le ha aportado al Registrador sustituto por el presentante que solicita su intervención o si la aportada con el original o testimonio del título inscribible y la documentación complementaria se considera insuficiente (art. 19 bis-4-2.<sup>a</sup> LH y 6-2 RD). Hay que reconocer que se mejora la literalidad del párrafo primero de la regla segunda del párrafo 4.º del artículo 19 bis LH que preveía que el Registrador sustituto antes de asumir la calificación podría, con esta finalidad, solicitar información registral completa; es más lógica y correcta la fórmula empleada por el RD. Por otro lado, no se entendía muy bien la expresión «El Registrador sustituto que asuma la inscripción...», además de lo antes dicho, porque no parece que el Registrador sustituto pueda hacer otra cosa ante la petición del presentante que ejercer la función, mezcla de derecho y deber, de calificar por sustitución la titulación que le ha sido presentada, sin perjuicio de poder o, mejor, deber alegar alguna causa de abstención, como luego veremos.

Por otro lado, deberíamos entender que la información registral del Registrador sustituido al Registrador sustituto, en la medida en que su finalidad es surtir efectos sólo frente al Registrador sustituto y al exclusivo fin de que éste pueda llevar a cabo la calificación sustitutoria no debe estar sujeta a formalidad alguna sin perjuicio de su veracidad e integridad derivadas del principio de lealtad intrainstitucional más exigente, si cabe, que el de cooperación administrativa; a formalidad que no informalidad que viene confirmada por la exigencia de que la información sea suministrada por el Registrador sustituido al Registrador sustituto el mismo día de la recepción de la solicitud o el día hábil siguiente por los medios de comunicación antes previstos en el artículo 10 del RD. El plazo señalado puede ser insuficiente si el título se refiriera a muchas fincas, por lo que sería aconsejable que cuando hubiera calificación desestimatoria de documentos afectantes a muchas fincas, los Registradores territorialmente competentes formaran un expediente interno con la información registral necesaria, de suerte que cuando les fuera solicitada en cumplimiento de lo previsto en el artículo que comentamos la pudieran emitir sin problemas en el plazo establecido por la Ley, a cuyo cumplimiento debe contribuir decisivamente la recuperación informática de los archivos registrales.

Así pues, el Registrador sustituido debe entregar al presentante y a solicitud de éste, original o testimonio del título inscribible presentado y de la

documentación complementaria y debe suministrar la información registral completa y necesaria para el ejercicio de la función calificadora al Registrador sustituto y a su solicitud que formulará éste a aquél en el mismo día de la recepción del título inscribible o en el hábil siguiente junto con la notificación al Registrador sustituido de la solicitud de su intervención (de la del sustituto, se entiende; arts. 19 bis-4-2.<sup>a</sup> LH y 6-2 RH).

Antes ya hemos hecho referencia a la información registral que el Registrador sustituido debe remitir al sustituto y a su solicitud. Además de esta información registral inicial que suministra el Registrador sustituido al sustituto cuando recibe la notificación de éste de haber sido requerida su intervención para la calificación sustitutiva, el Registrador sustituido durante los diez días hábiles siguientes a la recepción de tal comunicación seguirá informando, de forma gratuita y continuada, sobre cualquier circunstancia que pueda afectar «al despacho del asiento solicitado». Sobre este extremo cabe hacer dos comentarios:

A) La limitación a diez días del plazo de tiempo durante el que el Registrador sustituido debe suministrar la información continuada de la finca parece coherente con la regla 3.<sup>a</sup> del párrafo cuarto del artículo 17 bis de la LH, que da al Registrador sustituto un plazo de diez días para calificar, contados desde la notificación al Registrador sustituido de la decisión de asumir la inscripción del título presentado a su calificación sustitutoria, según terminología del artículo 17 bis-4 LH; sin embargo, el indicado plazo durante el que el Registrador sustituido ha de suministrar al Registrador sustituto información registral, no es congruente con el artículo 6-4 del RD, que establece un plazo máximo para calificar al Registrador sustituto de quince días a contar desde la fecha de la aportación completa de la documentación correspondiente, teniendo en cuenta que es el Registrador sustituto quien decide cuando la documentación aportada es completa a efectos de calificación. Esta incongruencia parece resolverse en el último párrafo del artículo 6-3 del RD, que nos dice que «Lo anterior se entiende sin perjuicio de la obligación del Registrador sustituido de suministrar, transcurrido el plazo señalado cualquier otra información registral que pudiera afectar al despacho del asiento solicitado». Hubiera sido mejor que el redactor del RD hubiese impuesto al Registrador sustituido la obligación de informar al sustituto hasta que éste notificase a aquél haber verificado la calificación. En todo caso, debería de quedar claro que la calificación del Registrador sustituto causa estado y vincula al sustituido en el día en que la fecha el Registrador sustituto, de suerte que si la situación registral informada cambiare después de la fecha de la calificación, el Registrador sustituido no podría oponerse a practicar la inscripción de la minuta de la misma, lo que no significa que en algún otro caso pudiera, pero creo que es interesante dejar claro este supuesto en especial.

De todos modos parece un error nada desdeñable la contradicción en cuanto al plazo para calificar que se organiza entre, por un lado, los artículos 18-2 LH (como norma general) y 6-4 del RD y, por otro lado, la regla tercera del párrafo cuarto del artículo 19 bis de la LH (como norma especial aplicable al caso y supuestamente desarrollada por el RD).

B) No se entiende muy bien la imposición de la gratuidad en el suministro de la información registral continuada, pues el Registrador competente-sustituido ha cumplido su deber de calificar en plazo aunque de forma desestimatoria con la pretensión de inscripción del presentante y la colaboración administrativa no significa gratuidad, ni siquiera la colaboración intrainstitucional, como puede verse en la solicitud de la expedición de notas simples a través de Registro, diferente del que las ha de expedir. De todos modos y con carácter excepcional, ante la claridad de la norma y su rango no cabe otra solución que acatarla y prestar el servicio, además de gratuitamente, con veracidad, integridad y diligencia en cumplimiento de un deber de lealtad intrainstitucional dotado de un nivel más intenso de exigencia que el de cooperación inter administrativa. Lo que parece claro es que no diciendo nada en contra el RD, la primera información de la situación registral que hace el sustituto al sustituto no debe ser gratuita.

C) Por último, insistir en la incorrecta formulación del texto, pues no es adecuado decir que el contenido de tal información se refiere a «cualquier circunstancia que pudiera afectar al despacho del asiento solicitado»; quizá hubiera sido mejor referir el objeto de la información a cualquier circunstancia registral que fuera relevante para la calificación del título presentado; sin embargo, el autor del RD insiste en esta fórmula en el párrafo tercero del apartado tercero del artículo 6, influido, sin duda, por el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 19 bis-4 LH, que circunscribe la información «a cualquier nueva circunstancia registral que pudiera afectar a la práctica del asiento», en línea con la también incorrecta formulación inicial contenida en el párrafo primero de la regla segunda del artículo 19 bis-4 LH, cuando dice que: «El Registrador sustituto que asuma la inscripción del título...».

Y, en fin, el Registrador sustituido hará constar la comunicación recibida del sustituto en la que éste le notifica habersele solicitado la calificación sustitutiva en el mismo día de su recepción o en el día hábil siguiente por nota al margen del asiento de presentación, indicando que se ha instado la aplicación del cuadro de sustituciones, la identidad del Registrador sustituto y el Registro del que sea titular, es decir, el Registro cuya titularidad plena, accidental o interina le atribuye, a requerimiento del presentante, la función calificadora por aplicación del mecanismo de rotación automática del cuadro previsto en el artículo 4 del RD (art. 19 bis-4, párrafo segundo de la regla segunda y art. 6-5 RD). Sería conveniente que el Registrador sustituido hicie-

ra constar al margen del asiento de presentación del título todas las incidencias de la calificación sustitutoria, pero esto debe preverlo una norma y no hay ninguna que específicamente autorice a practicar tales asientos.

Por su parte, el Registrador sustituto que obviamente no debe presentar el título sometido a su calificación, deberá, en cambio, expedir recibo de la documentación presentada por el interesado si éste se lo solicitase. Este recibo se sujeta al régimen establecido en el artículo 419 RH, pero, por lo antes dicho, sin referencia alguna al asiento de presentación o a la presentación que no hace el Registrador sustituto. Estimo que tanto el recibo regulado en este artículo 6-4 del RD, como el regulado en el artículo 419 RH deberían ser emitidos obligatoriamente por los Registradores como resultado de un derecho del presentante o del solicitante de la calificación sustitutoria a que se le entregue (en este sentido, véanse los arts. 35-c y párrafo tercero del art. 70, ambos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/92).

El plazo para efectuar la calificación el Registrador sustituto es el de quince días a contar desde la fecha de la aportación completa, a su juicio, de la documentación correspondiente, según el artículo 6-4 del RD. Ese plazo y su *dies a quo* no coinciden con lo que dice la regla tercera del párrafo cuarto del artículo 19 bis LH, como regla especial sobre la materia, aunque coincide plenamente con la regla general del artículo 18-2 de la misma LH, al menos hasta que ha sido interpretada por la DA segunda del RD, de la que luego nos ocuparemos.

En cuanto a que el día inicial del cómputo se fije en aquél en el que se haga la aportación completa de la documentación correspondiente, nada que objetar, salvo que entiendo que hubiera sido mucho mejor dejar claro que la aportación ha de serlo de la misma documentación que le fue presentada al Registrador sustituido, pues la presentación de documentación relevante distinta, es decir, la que no tenga el oportuno sello de entrada del Registro territorialmente competente, no puede ser tenida en cuenta por el Registrador sustituto o la presentación de la documentación requerida en la nota de calificación desestimatoria, puesta por el Registrador sustituido, debe provocar la abstención del Registrador sustituto, abstención no regulada en el RD de la que parece haber algún atisbo en la LH, si en este sentido interpretamos la frase: «El Registrador sustituto que asuma la inscripción del título...» utilizada en el inciso primero del párrafo primero de la regla segunda del párrafo cuarto del artículo 17 bis LH. No obstante, el asunto ha quedado resuelto en el sentido apuntado en el apartado añadido a la regla 5.<sup>a</sup> del párrafo cuarto del artículo 19 bis de la LH en la Ley 62, de 30 de diciembre de 2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al decirnos que: «En la calificación, el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el Registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran ma-

nifestado su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención, no pudiendo versar sobre ninguna otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma...».

Una vez efectuada la calificación por el Registrador sustituto, ésta puede ser estimatoria o desestimatoria de la pretensión de inscripción. A una y a otra se refieren respectivamente los artículos 7 y 8 del RD, respectivamente.

Sobre el artículo 7 del RD, que reproduce prácticamente la regla tercera del párrafo cuarto del artículo 19 bis LH, podemos hacer los siguientes comentarios:

A) Se rectifica, para adaptarlo a la regla general del artículo 18-2 LH, el plazo del Registrador sustituto para calificar, según vimos, aunque esto resulta más bien del artículo 6-4 RD.

B) Se racionaliza la terminología legal que dice: «ordenará al Registrador sustituido que extienda el asiento solicitado», por «comunicará la autorización de la operación registral al Registrador sustituido».

C) Obliga al Registrador sustituto a remitir al Registrador sustituido, directamente o a través del presentante, el texto comprensivo de los términos en los que ha de quedar redactado el asiento correspondiente, es decir, a minuta del asiento y la documentación recibida y por él calificada, copia de la cual el RD le obliga a conservar en su propio archivo.

D) Se establece en el RD como novedad, respecto al texto legal, el plazo de tres días hábiles desde la recepción de la documentación correspondiente para practicar materialmente los pertinentes asientos registrales, plazo que puede extenderse hasta quince días si el Registrador lo solicita a la DGRyN en los dos primeros días del plazo por vía electrónica o telemática, y la Dirección General, apreciando la concurrencia de justa causa, lo autoriza. Esta novedosa previsión del RD, que excepciona la previsión legal del artículo 18-2 LH, según la interpreta la DA segunda del propio RD, puede dar lugar a problemas en su aplicación práctica si tenemos en cuenta que la DGRyN ha de contestar prácticamente de modo inmediato para no poner al Registrador sustituto en la situación de incumplimiento del plazo, ya que en ningún sitio se dice, ni debiera decirse, que el plazo para practicar el asiento se interrumpe o suspende por la solicitud de la prórroga a la DGRyN y hasta que ésta responda.

Por otro lado, esta excepción al artículo 18-2 LH, tal y como ha quedado interpretado por la DA segunda del RD, explicaría el plazo de diez días para calificar atribuye al Registrador sustituto la regla tercera del párrafo cuarto del artículo 19 bis LH, que se quedó a medio camino en el intento de repartir no sólo los aranceles, cosa que sí que hizo, sino también el plazo de quince días para calificar e inscribir entre el Registrador sustituto y el sustituido.

E) El Registrador sustituido extenderá el asiento solicitado que contendrá las circunstancias generales previstas en la legislación hipotecaria, según

el tipo de asiento de que se trate, haciendo constar en él, además, la identidad del Registrador sustituto y el Registro del que fuere titular y le legitimare para hacer la calificación según el funcionamiento del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 4 del RD.

F) Practicado el asiento, el Registrador sustituido comunicará esta circunstancia al Registrador sustituto y devolverá el título al interesado o, mejor, al presentante, como dice la LH, con nota al pie de aquél extendida conforme a la legislación hipotecaria.

El artículo 8 del RD regula los casos de calificación desestimatoria total o parcial del título y según él:

A) Cuando el Registrador sustituto desestime la pretensión solicitada formulará su calificación desestimatoria, suspensiva o denegatoria:

- a) Si su intervención fue debida a falta de calificación en plazo del Registrador sustituido, comunicará a éste la desestimación, con objeto de que extienda las oportunas notas de calificación al margen del asiento de presentación y devolverá a los interesados el título y la documentación complementaria aportada, lo que se supone que hace el papel de la notificación de la calificación a la que se refiere el artículo 322 LH, notificación que se tendrá que ajustar a lo establecido en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/92. Por otra parte, no olvidemos que en la hipótesis que comentamos el presentante puede instar otra nueva calificación conforme al cuadro de sustituciones, según prevé el párrafo tercero del artículo 2 del RD.
- b) Si su intervención fue debida a una calificación previa desestimatoria del Registrador competente sustituido, la calificación que vale frente al presentante es la de este último, como se desprende, no del RD, que no aborda esta hipótesis a diferencia de la anterior estudiada, sino de la regla quinta del párrafo cuarto del artículo 19 bis LH, la cual viene confirmada en su doctrina por el inciso final del apartado primero de la regla 5.<sup>a</sup> del párrafo cuarto del artículo 19 bis de la LH, introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuando nos dice que el recurso que, en su caso, el interesado interponga ante la DGRyN, «deberá ceñirse a los defectos señalados por el Registrador sustituido con los que el Registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad».

En ambos casos, devolverá a los interesados el título y la documentación complementaria aportada a los efectos de que puedan recurrir ante la DGRyN, en la vía judicial, desistir de la inscripción o, como se desprende del artículo 2-3 del RD, para el caso de aplicación del

cuadro por falta de calificación en plazo, pedir nueva calificación conforme a éste.

B) Sin embargo, si la calificación del Registrador sustituto concluye que el título es parcialmente inscribible, lo que quiere decir que es parcialmente denegatoria y ello coincidiese con la calificación en idéntico sentido del Registrador sustituido, el RD, al igual que hace la regla cuarta del párrafo cuarto del artículo 19 bis LH, se aparta del criterio anterior sostenido para el caso de calificación totalmente desestimatoria del Registrador sustituto coincidente con la del sustituido y aplican a tal supuesto la misma solución que jugaría si la calificación del sustituto hubiera sido confirmatoria frente a una calificación desestimatoria del Registrador sustituido, sin olvidar, claro está, el consentimiento que a la inscripción parcial ha de prestar el interesado en todo caso (de solicitud del interesado hablan los arts. 19 bis-2 y 322-3 LH).

Creo que el régimen regulador debería responder a la idea fundamental de acoger unitariamente la calificación más benigna, es decir, la que posibilite en mayor medida la inscripción pretendida. Así, si la calificación del sustituido es desestimatoria denegatoria por considerar insubsanables los defectos detectados en su calificación y la del Registrador sustituto es desestimatoria suspensiva por considerarlos subsanables, deberá prevalecer ésta y el Registrador sustituto podrá autorizar la inscripción si se subsanan los defectos a su satisfacción, segunda calificación ésta del sustituto que se someterá al plazo del artículo 6-4 RD computado desde que se le entregó la subsanación, aportación que el Registrador sustituto deberá comunicar al sustituido para que éste la haga constar por nota al margen del asiento de presentación conforme al artículo 97-2 RH. Sólo si las dos calificaciones denegatorias coinciden en la cantidad y calidad de los defectos detectados deberá prevalecer frente al presentante la calificación del Registrador sustituido en virtud de su superior competencia territorial natural. Éste es, como dije, el criterio acogido por la Ley... en el inciso final que añade a la regla 5.<sup>a</sup> del párrafo cuarto del artículo 19 bis de la LH que, al referirse al recurso que en su caso interponga el interesado ante la DGRyN declara que «...deberá ceñirse a los defectos señalados por el Registrador sustituido con los que el Registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad», es decir, a los extremos respecto de los cuales Registrador sustituido y sustituto hubieren coincidido en considerarlos como defectuosos.

La Ley..., en el último inciso del apartado segundo de la regla 5.<sup>a</sup> del párrafo cuarto del artículo 19 de la LH, establece una novedad cuando permite al Registrador sustituto, para fundar su decisión, pedir informe al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que lo evacuará a través de sus servicios de estudios, todo ello bajo la responsabi-

lidad del Registrador y sin que pueda excederse del plazo de calificación. Sobre esta novedad cabe hacer los siguientes comentarios:

A) Se trata de dar a la segunda calificación un respaldo colegial, una dimensión que trasciende al criterio puramente personal del Registrador sustituido, una objetividad y calidad contrastadas y, al tiempo, siendo uno de los fines del Servicio de Estudios del Colegio el de armonizar la calificación registral, un carácter más previsible, reforzando así la seguridad jurídica, en el sentido de previsibilidad de la calificación, de quien acude a la inscripción de sus títulos en el Registro.

B) El informe del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores no sustituye a la calificación del Registrador sustituto, como juicio intelectual personal y profesional de adecuación al Ordenamiento y a los antecedentes registrales del negocio cuya titularidad resultante se pretende inscribir, por lo que sea cual sea la calificación registral y el sentido del informe recabado, con el que podrá o no coincidir la calificación del Registrador sustituto, queda intacta la posibilidad de exigir a éste, como al sustituido y como siempre, la indemnización de los daños y perjuicios causados directa y necesariamente por su calificación cuando la misma presuponga una ignorancia inexcusable del Derecho aplicable al caso calificado. Queda claro que el Colegio, la Junta de Gobierno del mismo o el Director del Servicio de estudios no contraerán responsabilidad alguna por consecuencia del informe emitido si el Registrador, bajo su exclusiva responsabilidad profesional y firma, funda en tal informe la nota de calificación en la que estimo que para nada debería hacer referencia alguna a tal informe.

C) El informe del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores deberá ser evacuado en plazo tal que su toma en consideración por el Registrador sustituto no le lleve a sobrepasar el plazo de calificación. Si el Registrador sustituto excediera el plazo de calificación por poder disponer del informe colegial, la responsabilidad por tal conducta recaería exclusivamente sobre el Registrador sustituto que solicitó el informe y no sobre el Colegio ni ninguna de sus instancias, ya directamente, ya subsidiariamente o por derivación.

## VI. ARTÍCULO 9. DISTRIBUCIÓN DE LA REMUNERACIÓN ARANCELARIA ENTRE LOS REGISTRADORES INTERVINIENTES

Por su parte, el artículo 9 del RD aborda la distribución arancelaria correlativa a la distribución de funciones y responsabilidades entre el Registrador sustituto y el sustituido. De esta materia se ocupan también el párrafo cuarto del artículo 18 de la LH y la regla sexta del párrafo cuarto del artículo 19, también de la LH.

Si la calificación sustitutoria favorable se realiza como consecuencia de una previa desestimatoria del Registrador sustituido, los aranceles devengados como consecuencia de la práctica del asiento se distribuirán al 50 por 100 entre ambos. Esta regla no plantea, en principio, problema alguno de comprensión si el Registrador sustituido formuló una calificación denegatoria o suspensiva total, pues los honorarios se devengarán si se practica el asiento y esto sólo será posible como consecuencia de la calificación total o parcialmente estimatoria del Registrador sustituto. Tampoco planteará problemas esta norma si las calificaciones de los dos Registradores son coincidentemente desestimatorias. Sin embargo, en la hipótesis de la regla cuarta del párrafo cuarto del artículo 19 bis LH podría la solución arancelaria del artículo 9-1 del RD producir problemas, problemas que no se producirían si se acudiera al criterio general de aceptación unitaria de la calificación más favorable.

Si la calificación sustitutoria se realiza como consecuencia de no haber calificado en plazo el Registrador sustituido, entonces se produce (art. 18-4 LH y art. 9-2 RD) una reducción arancelaria del 30 por 100, que correrá exclusivamente a cargo de los honorarios del Registrador sustituido, de suerte que el Registrador sustituto percibirá el 50 por 100 del arancel aplicado, y el Registrador sustituido el 20 por 100 de los honorarios devengados como consecuencia de la correspondiente aplicación arancelaria (criterio confirmado por Resolución de la DGRyN de 2 de octubre de 2003). El artículo 9-2 del RD resulta intrínsecamente contradictorio, pues la proposición teórica que formula no se aviene bien con la clarificación o ejemplificación que subsigue; en efecto, en su primera parte se dice que la calificación realizada fuera de plazo producirá una reducción arancelaria del 30 por 100 en los aranceles y parece con ello que no hay intervención del Registrador sustituto, pues es el Registrador competente territorialmente quien califica, intervención que según la literalidad del precepto es la que se remunera, aunque tal función se desempeñe con retraso, es decir, más allá del plazo de quince días del artículo 18-2 LH, salvo que medie la intimación del párrafo tres del artículo 18 LH, hecha al Registrador competente inicialmente para que, transcurrido el plazo de quince días, califique en el improrrogable de tres, pues no tiene sentido darle esa prórroga para reducirle los aranceles, dado que se desincentivaría radicalmente la calificación del Registrador natural, criterio desautorizado por la Resolución de la DGRyN, de 2 de octubre de 2003, que entiende perfectamente compatible la reducción arancelaria automática del 30 por 100 con el despacho dentro del plazo «conminado» de tres días que ya implica calificación fuera de plazo. Sin embargo, en la ejemplificación que el propio precepto incorpora, continuando con el comentario al artículo 9-2 del Real Decreto 1039/2003, se ha producido sustitución en la calificación como consecuencia del retraso en calificar, por lo que al Registrador sustituido sólo le queda la función de inscribir por cuyo desempeño, ni el precepto del RD que comentamos, ni la LH imponen reducción arancelaria

alguna al suponer que tal función se realiza dentro de plazo. Lo que conjura el precepto, con total lógica, es la interpretación según la cual el retraso en la calificación produce una rebaja general de los aranceles del 30 por 100 que afecta tanto a los que ha de percibir el Registrador sustituto, como el sustituido; pero, lo que debemos entender no es menos extraño, tratándose de un precepto sancionador que exigiría la mayor precisión posible en su formulación y rechazable, y es que el retraso en la calificación por el Registrador sustituido que lleva a la aplicación del cuadro da lugar a una reducción en los aranceles que éste ha de percibir por hacer la inscripción, se supone que en plazo, de un 30 por 100.

Parecía a quien escribe estos comentarios, no en vano lo eran y siguen siendo de urgencia, que el precepto circunscribía la reducción arancelaria por no calificar en plazo al caso de que se pidiera la aplicación del cuadro de sustituciones, no si el Registrador natural, transcurrido el plazo de quince días al que se refiere el artículo 18-2 LH, pero durante la vigencia del asiento de presentación califica porque ni es intimado por el presentante, ni éste pide el cuadro, o aunque califique intimado si lo hace en el plazo de tres días que le da el artículo 18-3 LH y el artículo 2-1 del RD; no obstante ello, la DGRyN ha dejado resuelto el tema claramente y en sentido contrario al aquí expuesto en Resoluciones de 26 de febrero y 2 de octubre de 2003, concretamente en esta última se nos dice que «...aunque se califique en esos tres días, ya se está haciendo fuera de plazo, lo que por lo tanto lleva consigo la consecuen- te reducción arancelaria, dado que la calificación no ha tenido lugar en el plazo de quince días, plazo que reiteran los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 97 de su Reglamento. El hecho de que se conceda un plazo de tres días más, reconoce al Registrador que no ha calificado en plazo la posibilidad de hacerlo ahora, si bien con la reducción, en lugar de que se acuda directamente a la aplicación del cuadro de sustituciones, lo que, en todo caso, supondrá una menor merma de sus ingresos, puesto que la aplicación del cuadro de sustituciones le implicaría el cobro únicamente del 20 por 100 de la minuta, dado que el 50 por 100 restante sería del Registrador sustituto». *Roma locuta causa finita.*

Cada Registrador formula minuta por los aranceles que le corresponden bajo su responsabilidad y se entiende que cada uno deberá cobrarlos por su cuenta. Hablando de responsabilidad patrimonial directa del Registrador, indisolublemente ligada a la remuneración arancelaria, hay que decir, lógicamente, que cada Registrador responderá, en su caso, por lo que haya hecho, es decir, el Registrador sustituto responderá por los daños y perjuicios que se deriven de forma directa de errores inexcusables en el ejercicio de la función calificadora y el sustituido de los daños que deriven de la falta de coincidencia entre la minuta a la que se refieren el párrafo primero de la regla tercera del párrafo cuarto del artículo 19 bis LH y el párrafo primero del artículo 7

de la LH y la inscripción correlativa cuya firma por el Registrador sustituido no significa otra cosa que su conformidad o adecuación material a la referida minuta, no la conformidad del Registrador sustituido con ella.

#### VII. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. CRITERIOS A LOS QUE DEBERÁ AJUSTARSE EL CUADRO DE SUSTITUCIONES

Sobre la DA primera nada que decir, salvo respecto de la letra *b*) de su párrafo primero que introduce respecto del párrafo segundo del artículo 275 bis LH, dos novedades: el número de Registradores sustitutos para cada Registrador natural que se cifra en seis y un requisito nuevo, añadido por el RD, que no figura en la Ley, y que consiste en que el Registrador sustituto en ningún caso puede pertenecer a la misma localidad o plaza donde esté radicado el Registrador sustituido. Este nuevo requisito persigue, sin duda, evitar la existencia de relaciones previas entre el presentante y el Registrador sustituto para preservar la independencia en la calificación y el sentido de la aplicación del cuadro; es un requisito respecto al presentante, eventual solicitante del cuadro, similar al de la no reciprocidad entre Registrador sustituido y sustituto, por lo que respecta a la finalidad de uno y otro. En definitiva, el nuevo requisito puede dificultar al presentante el ejercicio del derecho a solicitar la calificación sustitutoria, pero le garantiza a él y a los terceros en general, es decir, a la comunidad, una mayor independencia de la misma, lo que es suficiente para considerar plausible su incorporación.

El primer cuadro de sustituciones que reemplaza al provisional (el establecido en la Resolución de la DGRyN, de 29 de octubre de 1984), aceptado por la DGRyN en Resolución de 4 de julio de 2002, se ha publicado en el *BOE* de 4 de agosto de 2004, y se modificará, lógicamente, cuando se modifique la demarcación.

#### VIII. DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. PLAZO DE CALIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN

La Disposición Adicional segunda es clara y terminante y matiza el artículo 18-2 de la LH en el sentido de declarar que el plazo para calificar de quince días computados desde el *dies a quo*, que el mismo precepto legal sanciona, es el plazo no sólo para calificar, sino también para inscribir. Esta Disposición ya ha suscitado abundante literatura antes de nacer, pues coincide con la que desde la entrada en vigor de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sostuvo la Junta de Gobierno del Colegio y muchos compañeros más que la defendieron verbalmente y por escrito, apoyándose, entre otros, en el artículo

lo 97-1 del RH, frente a otros compañeros que sostuvieron que el plazo del artículo 18-2 LH era sólo plazo para la calificación y no para la inscripción, apoyándose, entre otros, en el artículo 429 del RH. Ahora con la DA segunda hay una interpretación cuasi auténtica que inclina la balanza decididamente, por el momento, a favor de los primeros, al tiempo que recomienda una urgente revisión armonizadora del artículo 429 RH. Estando plenamente conformes con la idea del precepto, lo que no podemos dejar de destacar es que la lógica interna del propio RD queda maltrecha, pues el Registrador natural tiene menos plazo para calificar que el Registrador sustituto y menos plazo para inscribir cuando él mismo ha calificado previamente que cuando lo ha hecho el sustituto, como resulta de los artículos 6-4 y 7-2 del RD, por un lado, y, por otro, de la DA segunda que comentamos.

Se añade un apartado, el cuarto, al artículo 18 de la LH por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*BOE* de 30 de diciembre de 2003), que nos aclara que el plazo máximo para calificar e inscribir será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación. Pero si el título hubiere sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o el despacho del título previo, respectivamente. En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de calificación y despacho.

La reforma eleva a rango legal y en términos prácticamente coincidentes la que se hiciera en el artículo 97-2 del RH por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que fue declarado nulo, salvo el inciso final del párrafo reformado, por la sentencia de la Sala Tercera del TS de fecha 31 de enero de 2001, de suerte que la vigencia, en su caso, del artículo 97-2 del RH, anterior a la reforma y que ésta había anulado, queda ya sin duda derogado por la aclaración del nuevo régimen legal. En todo caso, queda claro:

A) Que dicha prórroga implicará la de los asientos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores (art. 432-2 RH) y que los asientos prorrogados como consecuencia de la prórroga de otro caducarán a los treinta días, contados desde el despacho del documento a que se refiera aquel asiento o desde su caducidad, salvo que el plazo de vigencia sea superior (art. 432-3 RH).

B) Y que el plazo de despacho de los títulos retirados por defectos subsanables, subsumido con el de calificación dentro del de quince días antes señalado, quedaba prorrogado, en el inciso final del párrafo segundo del artículo 97 del RH, introducido por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, hasta completar los quince días, en el caso de que la subsanación hubiera sido aportada dentro del plazo de prórroga de los quince días y fuera suficiente, a juicio del Registrador, para permitir su inscripción. La operati-

vidad de la mencionada reforma quedó en entredicho por la sentencia citada de la Sala Tercera del TS de 31 de enero de 2001 y su consecuente anulación del plazo de quince días en base a la idea matriz de que el Reglamento Hipotecario no podía alargar o, de otro modo, afectar la duración del asiento de presentación que venía establecida por Ley. Ahora, el inciso final del párrafo 2.º del artículo 18 de la LH añadido, como dijimos, por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, deja claro que «la Dirección General de los Registros y del Notariado podrá, a solicitud del Registrador competente, formulada dentro de los dos primeros días del plazo de despacho, ampliar hasta quince días más como máximo dicho plazo»; sobre esta novedad podemos hacer brevemente los siguientes comentarios:

- a) Los motivos o razones extraordinarios que impidan calificar y despachar en el plazo de quince días a que se refiere el apartado 4.º del artículo 18 de la LH, los tendrá que apreciar y alegar el Registrador y valorarlos la DGRyN sin criterios formulados apriorísticamente por la Ley, pero que tendrá que conformar la DG, formando así un cuerpo de doctrina que le permita resolver igualmente supuestos idénticos, conjurando así la arbitrariedad administrativa.
- b) El Registrador competente, el territorialmente competente, tendrá que formular la solicitud dentro de los dos primeros días del plazo de despacho, es decir, dentro de los dos primeros días desde la presentación del documento que para calificar e inscribir le concede la Ley.
- c) Como toda excepción se ha de interpretar restrictivamente, lo que significa que la ampliación, o mayor plazo concedido desde el día dieciséis inclusive, en adelante lo es para despachar el documento, no para calificar, calificación que debe haber quedado realizada dentro del plazo de quince días señalado en el artículo 18 de la LH. Lo que hace recomendable que la calificación, por definición favorable al despacho y su fecha consten de una manera indubitada o fehaciente, para que la prórroga del plazo de despacho no permita alegar al usuario del servicio registral calificación extemporánea con las graves consecuencias arancelarias que ello comporta.
- d) Parece claro que el plazo ampliable por la DGRyN, en todo caso por Resolución motivada y singular, podrá alcanzar el máximo de quince días, computados conforme a los artículos 47 a 50 de la Ley 30/92, es decir, por días hábiles, iniciándose el cómputo en el siguiente al en que vence el plazo ordinario de calificación y despacho; pero, nada impide, en principio, que la DGRyN, atendiendo las circunstancias del caso, conceda una prórroga inferior a la de quince días. Si así sucediera, sería posible entender que el Registrador instara una nueva prórroga fundamentada que, de concederse por el Centro Directivo,

no podría exceder, computada con la anterior, de quince días hábiles contados sin interrupción desde el siguiente al en que concluye el plazo ordinario y primero de quince días.

- e) La Resolución de la DGRyN, que resuelve la solicitud de ampliación de plazo de despacho es, en principio, recurrible en alzada y, potestativamente en revisión (art. 107-1 de la Ley 30/92), especialmente fundando el recurso en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.c) de la misma LRJAPyPAC, es decir, en que la Resolución tenga un contenido imposible, como sucedería si se denegare la prórroga del plazo de despacho en un supuesto evidentemente necesario, lo que podría conllevar, a mayor abundamiento sobre el carácter recurrible de la Resolución, la correlativa y automática sanción prevista en los artículos 18-4 LH y 9-2 del Real Decreto 1039/2003, tal como han quedado interpretados y aplicados por las Resoluciones de la DGRyN de 26 de febrero de 2003 y 2 de octubre de 2003. Sobre la posible suspensión del transcurso del plazo por la posible interposición del recurso habrá que estar a lo que resulta del artículo 111 de la LRJAPyPAC, Ley 30/92, es decir, en principio, la interposición del recurso no interrumpiría el devenir del plazo originario para calificación y despacho del documento.

En la línea apuntada, el inciso inicial del párrafo segundo del artículo 18 de la LH, reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, nos dice que: «El plazo máximo para calificar e inscribir será de quince días desde la fecha del asiento de presentación, días computados conforme a los artículos 57 a 60 de la Ley 30/92, es decir, contados desde el siguiente al asiento de presentación y computando tan sólo los días hábiles».

#### IX. DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. RÉGIMEN TRANSITORIO SOBRE CALIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS

La Disposición Transitoria única nos dice que la calificación e inscripción de los títulos presentados en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, con anterioridad a la entrada en vigor de este RD, se regirán por la normativa vigente en el momento de la presentación. Esto es lógico, pero es necesario entenderlo adecuadamente, es decir:

- A) Hay muchos preceptos en el RD que no son sino reiteraciones de normas ya contenidas en la LH, tal como ésta quedó redactada por la Ley conocida como «de acompañamiento», Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que, por tal razón, están en vigor desde el día 2 de enero de 2002.

B) Hay otros preceptos en el RD que comentamos que no son sino interpretaciones de los artículos reformados o introducidos en la LH por la Ley 24/2001, tales preceptos interpretadores, como la DA primera del RD, han de entenderse en vigor desde la fecha de vigencia de la Ley interpretada, es decir, desde el día 2 de enero de 2002.

C) Y, en fin, hay otros preceptos del RD radicalmente nuevos, como el artículo 7-2 RD, que en tanto son nuevos sólo se aplicarán a la calificación y despacho de documentos presentados en los Registros a partir del día 4 de agosto de 2003, inclusive.

VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD  
Registrador de la Propiedad de Xàtiva

# DICTÁMENES Y NOTAS



# La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (Hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)

*SUMARIO:* 1. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN REGISTRAL.—2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO.—3. HIPOTECA FLOTANTE: 3.1. SU RELACIÓN CON LA HIPOTECA DE MÁXIMO EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO. 3.2. POSIBILIDAD DE SU ADMISIÓN. EXAMEN JURISPRUDENCIAL.—4. CONCLUSIONES.—5. *POST SCRIPTA*.

## 1. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN REGISTRAL

El principio de especialidad hipotecario surge unido al derecho real de hipoteca (donde acuña su nombre de determinación), y precisamente para hacer frente y evitar las denominadas hipotecas generales que «gravitaban» sobre la totalidad del patrimonio del deudor, colocándole en una gravosa situación, pues la totalidad de sus bienes o derechos quedaban sometidos a una posible realización, consecuencia del derecho real de hipoteca, ya que no se había determinado o especificado sobre qué bienes concretos recaía la misma, y por lo tanto, todos quedaban afectos a la carga real. De este modo, surgió la necesidad de concretar, especificar o determinar, cuáles eran los bienes sobre los que recaían las hipotecas, y la cuantía exacta de la que respondían las fincas gravadas para evitar estas situaciones extremas para el deudor; y esto no era sino el contenido inicial del principio que examinamos.

Pero, no hay que olvidar que el principio de especialidad es un complemento del principio de publicidad registral, al que perfecciona, ya que mediante la correcta determinación de las hipotecas se consigue, a su vez, mayor garantía de autenticidad de lo publicado en el Registro, contribuyendo a mejorar el sistema de crédito territorial, y por tanto a renovar el sistema financiero existente.

Así se recoge en el Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA (1), y queda patente en la Real Orden de 10 agosto de 1855 (2), que decretaba la necesidad de acometer una Ley sobre hipotecas, basada en el principio de publicidad para acabar, precisamente, con las hipotecas generales. Posteriormente, estas mismas ideas se transcriben en la Ley de Bases del Código Civil de 1858 (3), y acaban reflejándose en la primera Ley Hipotecaria de 1861, en la que en su Exposición de Motivos (4) se recoge la idea de que la determinación de las hipotecas es presupuesto necesario de la publicidad registral.

Más tarde, el principio de especialidad sufre una extensión al resto de los derechos inscribibles, y también a los propios asientos y al modo de llevar los Registros. Se convierte, de este modo, en un principio regulador y necesario de todo el sistema registral. El principio de especialidad amplía su objeto y contenido, de manera que ya no sólo el derecho de hipoteca, sino todo lo que aparezca inscrito en el Registro debe estar perfectamente deter-

---

(1) Véase el artículo 1.784 del Proyecto de Código Civil 19851, en GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV, Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852, pág. 184.

Artículo 1.784: «no puede constituirse —la hipoteca— sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados».

Y al comentar este artículo, el autor afirma «que la publicidad no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales; la especialidad es el complemento necesario de aquel principio; sin ella sería imposible conocer la situación verdadera del inmueble que hubiera de servir de objeto a una obligación».

(2) Real Orden de 10 de agosto de 1855: «Excmo. Sr.: S.M. la Reina (q.D.g.) se ha servido determinar, por Real Decreto de 8 del actual, que la Comisión que V.E. preside se dedique preferentemente a la formación de una ley de hipotecas, confiando en que, convencida la Comisión de la urgencia de este trabajo, procurará llevarlo a término con la posible brevedad. S.M. desea que la nueva ley parta del principio de publicidad de las hipotecas, publicidad pedida por las Cortes de Toledo de 1539 y por las de Valladolid de 1555, y elevada a ley del reino; que, como incompatibles con aquella condición, no se reconozcan para lo sucesivo hipotecas generales; que se establezcan formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, y que se medite con detención sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas legales; y, en el primer caso, que se excogiten los medios de conciliar la supresión con los intereses que antes protegía el privilegio, y especialmente con las mujeres casadas, los menores y los incapacitados. De la ilustración y celo que tiene acreditados esa Comisión espera confiadamente S.M. que dará cima con perfección y prontitud a tan importante trabajo.- De Real Orden lo digo a V.E. para los efectos consiguientes.- Dios guarde a V.E. muchos años. Madrid, 10 de agosto de 1855».

Cfr. en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo I, vol. I, ed. Castalia, Madrid, 1989, págs. 111-112.

(3) La Base segunda declara que: «toda hipoteca será necesariamente especial».

(4) Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «la hipoteca general, aunque se limite a los bienes presentes y no se extienda, como es muy común a los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto está inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a la que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca, es el complemento de la publicidad».

minado e identificado, adquiriendo de este modo rango de principio hipotecario general.

Hoy, podemos describir el principio de especialidad registral, como el principio que exige la absoluta determinación o especificación de los distintos elementos de la relación jurídico registral. Esto implica, por tanto, que queden recogidos y perfectamente descritos en el Registro tanto la naturaleza, extensión y características del derecho real que se pretende inscribir, como de la finca sobre la que recae ese derecho y de sus titulares, en consonancia con lo establecido en los distintos artículos que aparecen diseminados por el cuerpo legal que recogen dicho principio (entre otros, los arts. 3, 8, 9, 12, 103, 119 LH, y 51, 54, 216, 219 RH). Asimismo, y en un sentido formal, el principio de especialidad exige o está en estrecha relación con el modo de llevanza del Registro, consecuencia de lo cual se articula un sistema propio de organización del Registro, que implica una serie de normas sobre el modo y forma de practicarse los asientos registrales, regulando la perfecta descripción de los derechos que contienen, con el fin de facilitar la publicidad registral, de la que, como ya hemos dicho, es complemento necesario, y que es la que, a mi juicio, sustenta y da importancia a este principio.

Pero, volviendo al origen del principio (y a su vez de este escrito), nos interesa ahora detenernos a analizar el principio de especialidad registral en relación con el derecho real de hipoteca, y las nuevas implicaciones o preocupaciones que en torno al mismo están surgiendo.

## 2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO

Si, como ya he comentado, el principio de especialidad se erige como principio fundamental en nuestro sistema hipotecario, más importante es todavía con respecto al derecho de hipoteca, para el que adquiere la denominación de principio de determinación (5). El principio de determinación, en este caso, se puede describir como la necesidad de individualizar o determinar los elementos integrantes de ese crédito hipotecario: la finca o derecho sobre el que recae, la obligación que garantiza, los sujetos intervinientes y, cómo no, la responsabilidad hipotecaria (o importe asegurado con la hipoteca, del que responde la finca con independencia de la obligación). Luego, a través del debido cumplimiento del principio de determinación, se debe conseguir que la hipoteca recaiga sobre bienes o derechos perfectamente determinados y en garantía de una obligación, también perfectamente determinada, con la cobertura hipotecaria asimismo establecida.

---

(5) El nombre de principio de determinación, con relación a la hipoteca, se debe a BERGES, y ha sido aceptado por el resto de la doctrina hipotecaria.

Si el derecho de hipoteca sujeta los bienes sobre que se impone, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH), se defiende la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, o se sea partidario de la unidad de crédito hipotecario como figura única distinta de sus elementos, el caso es que la estrecha relación entre el crédito asegurado y la hipoteca, hace que sea absolutamente necesario, para dar cumplimiento al principio de determinación, que esa obligación o crédito asegurado acceda al Registro de la Propiedad y que quede perfectamente definido y asegurado; pues sólo así se estará en verdaderas condiciones de garantizar la publicidad del Registro para los terceros. Y de esto, y perdonen por esta larga introducción, es de lo que va a tratar este artículo.

La determinación de la obligación garantizada con hipoteca se hace imprescindible. Es necesario que quede perfectamente descrita, y para ello, no sólo se permite el acceso al Registro de un derecho personal, sino que se hace indispensable su inscripción y la de todas sus vicisitudes, pues todo lo que afecte a esa obligación influirá de alguna manera a la hipoteca (art. 144 LH, y 240 RH).

La necesidad de individualizar y describir la obligación asegurada con hipoteca ha sido puesta de relieve, una y otra vez, por la jurisprudencia registral (6). Por ejemplo, la Resolución de 17 de enero de 1994 afirma que «el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. arts. 9.2 LH y 51.6 RH), lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstancialmente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, interés, plazo de vencimiento, etc.)». Además, para dar cumplimiento al principio de determinación hipotecaria, y como consecuencia del también casi dogma de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, existe un viejo axioma hipotecario: *1 obligación = 1 hipoteca*. La hipoteca (ordinaria o de tráfico) garantiza una única obligación que, además, ha de existir y debe conocerse y concretarse perfectamente. Éste podría ser el resumen del principio de determinación registral aplicado a la hipoteca (7).

Pues bien, hasta hora, y así planteadas las cosas, no encontramos controversia alguna, y esta exposición debería terminar aquí, sin haber puesto de relieve nada nuevo.

---

(6) Véase, entre otras, las Resoluciones de la DGRN de 4 de julio de 1984, 22 de marzo de 1988, 26 de mayo de 1986, 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991..., que luego se analizarán.

(7) Sin olvidarnos, por supuesto, aunque ahora no nos atañe, de la responsabilidad hipotecaria.

### 3. HIPOTECA FLOTANTE

Sin embargo, la práctica bancaria y la agilidad del tráfico y del crédito territorial parece que imponen una flexibilización al principio de determinación registral, para conseguir una garantía hipotecaria más útil a sus finalidades, que no son sino conseguir asegurar el mayor número posible de operaciones u obligaciones distintas o indeterminadas, favoreciendo el crédito territorial.

Para ello, se pretende garantizar, con una sola hipoteca, una serie de obligaciones distintas (generalmente operaciones propias de la actividad bancaria), ligadas normalmente a través de una cuenta corriente, sin que entre ellas exista un nexo causal y ni siquiera se funden o reúnan en una nueva obligación resultante de una novación. De este modo, se solucionan una multitud de problemas y dificultades prácticas, y se reduce el elevado coste que supondría para el deudor constituir una hipoteca distinta para cada una de esas obligaciones, tal y como exige el principio de determinación registral, lo que conllevaría una cadena de constituciones y cancelaciones de hipotecas.

Las ventajas de este tipo de hipotecas, como bien recoge CORDERO LOBATO (8), son muchas: se favorece al deudor, primer interesado en que la cobertura hipotecaria sea lo más amplia posible, pues se le permite rentabilizar los recursos invertidos en la garantía (disminución de costes derivados del múltiple aseguramiento, pérdida de valor que supone la afección del inmueble hipotecado); mayor ventaja para el acreedor que ve asegurados sus distintos créditos, obteniendo una superposición de garantías (9), lo que hace aumentar la colocación de capitales, y, en definitiva, fomenta el crédito territorial y se agiliza el tráfico, y por tanto se da cobertura a las necesidades del comercio.

Esta peculiar hipoteca es la que, a partir de la Resolución de 23 de diciembre de 1987, se ha denominado «flotante», nombre que ha sido asumido por la generalidad de la doctrina cuando no ha sido empeorado con otros calificativos tales como hipoteca sumidero (10), boina, paraguas (11), en saco común, etc.

---

(8) CORDERO LOBATO, E.: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales (CER), Madrid, 1997, págs. 18-23.

(9) Pues al reservarse los Bancos la posibilidad de la ejecución singular de las distintas obligaciones garantizadas, sin perder las garantías que ya tuviese, si le añadimos esta otra garantía global, se produce la superposición dicha.

(10) REY PORTOLÉS, M.: «Bombazo contra la hipoteca sumidero», en *Escritos varios sobre la hipoteca y anotaciones de embargo*, CER, Madrid, págs. 267-275.

(11) GARCÍA ARANGO y DÍAZ DE SAAVEDRA, C.: «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *RCDI*, núm. 593, julio-agosto de 1989, págs. 1113 y sigs.

Y estas hipotecas flotantes se caracterizan, como dice REY PORTOLÉS (12), «por intentar revestir de garantía real a un elenco de obligaciones presentes y/o futuras que ligen a un sujeto (normalmente una entidad de crédito) con otro (usualmente de solvencia personal no muy fiable), con la doble pretensión de que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor, y de que en ningún momento éstas sufran novación por refundición en el saldo de lo que no es más que una mera situación en la cuenta corriente contable entre aquellos dos sujetos». Éstas son las hipotecas flotantes en sentido estricto, o en su más pura esencia.

### 3.1. RELACIÓN CON LA HIPOTECA DE MÁXIMO EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO

Como las obligaciones que se pretenden cubrir con estas hipotecas (cobertura hipotecaria) son varias, distintas, incluso muchas de ellas futuras, o aunque sean presentes no se sabrá hasta el momento de la liquidación de la cuenta en la que se anotan, y previa elección del acreedor hipotecario, si van a resultar efectivamente cubiertas o no con la hipoteca, no queda más remedio, para dar cumplimiento al principio de determinación registral, que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria que las garantice, ante la imposibilidad de determinar, en el momento de la constitución de hipoteca, el importe, cuantía o incluso existencia de esas obligaciones.

Por esto, este tipo especial de garantía se asemeja o se encuadra dentro de las hipotecas de máximo, lo que me obliga a detenerme, aunque sea someramente, al análisis de esta figura y de su más característico exponente: la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito; ya que la DGRN, al resolver sobre hipotecas flotantes, aplica el régimen establecido para aquéllas por su similitud.

La hipoteca de máximo es una variante de las hipotecas de seguridad, en las que el principio de determinación hipotecaria se flexibiliza en aras de conseguir garantías hipotecarias, aun cuando el crédito que aseguran no haya nacido o no sea posible determinar su cuantía. Así, ROCA hace una perfecta aproximación a estas hipotecas de seguridad, y trasladando las ideas del derecho alemán, introducidas por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, define a la hipoteca de máximo como «la que se constituye por una cantidad máxima en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios

---

(12) REY PORTOLÉS, M.: «Hipoteca con cláusula de endowment. Hipoteca flotante», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, CER, Madrid, 1993, pág. 136.

extrahipotecarios» (13). En las hipotecas de máximo, como su nombre indica, al desconocerse el importe total de la obligación asegurada, se establece un máximo de cobertura hipotecaria o responsabilidad hipotecaria, que será la cantidad máxima de la que responderá la finca dada en garantía, sea cual sea el importe final de esa obligación asegurada.

Pues bien, dentro de las denominadas hipotecas de máximo, probablemente, la más significativa sea la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, que recoge expresamente el artículo 153 LH.

Esta hipoteca de máximo garantiza una única obligación, cuya cuantía se corresponderá con el saldo resultante de la liquidación del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, al cierre de la misma, que es cuando se produce la novación de las distintas obligaciones integrantes de esa apertura de crédito o cuenta comercial en una sola.

El crédito garantizado es el saldo definitivo de la ejecución de un contrato de cuenta corriente, y éste puede definirse como aquel contrato por el que una de las partes (acreditante) pone a disposición de la otra (acreditado) una cantidad máxima, por tiempo determinado, para que éste pueda disponer de una vez o de forma fraccionada de dicha cantidad, y realizar, si así lo considera, reembolsos parciales de la misma o volver a disponer de ella, abonando los correspondientes intereses por la cantidad dispuesta, o las comisiones, y así sucesivamente hasta que llega el plazo prefijado que es cuando se procede a la liquidación de la cuenta corriente que recogía esos movimientos u operaciones, con el fin de determinar el saldo definitivo de la misma, cuyo importe será el de la obligación garantizada con esta hipoteca; el cual lógicamente se desconocía en el momento de garantizar ese contrato de cuenta corriente, lo que lleva a establecer ese máximo de garantía hipotecaria.

El contrato de cuenta corriente de crédito es un contrato consensual y bilateral, atípico, que asume y recoge características propias de los contratos de los que es fusión (apertura de crédito simple y cuenta corriente); pero, a la vez, se diferencia de los mismos, teniendo identidad propia (14). En con-

---

(13) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 317.

(14) En torno a las características del contrato de cuenta corriente de crédito, véase entre otros: ROCA SASTRE R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «Derecho hipotecario», *ob. cit.*, págs. 335-338; CACHÓN BLANCO, J. E.: «El contrato bancario de apertura de crédito», en *Contratos bancarios y parabancarios*, págs. 541 y sigs.; GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 7.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1979, págs. 169-175, y *Contratos bancarios*, 1975, págs. 201-204; URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, págs. 867-868; EGEA IBÁÑEZ, R.: «La hipoteca de máximo», en *BCRP*, 1991, núm. 278, pág. 999; PRETEL SERRANO, J. J.: «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *RCDI*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, págs. 2830 y sigs.; GARCÍA-ARANGO, C.: «Patología actual de la hipoteca de máximo», *ob. cit.*, págs. 1118-1119; VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio de Derecho Mercantil*, II, págs. 440 y sigs.

creto, coincide con el de apertura de crédito simple, en que, como éste, implica la disponibilidad de una cantidad de dinero; y con el de cuenta corriente, en la posibilidad de efectuar reembolsos parciales a través de esa cuenta corriente que, al incorporarla en el contrato, entiendo que recoge el efecto propio del contrato de cuenta corriente que es la fusión o novación de todos los créditos singulares (los que puedan nacer de las relaciones de negocios entre las partes) en un solo crédito representado por la cuenta. Es decir, que cuando esas obligaciones ingresan en la cuenta pierden su individualidad para convertirse en simples partidas contables. Sin embargo, se diferencia de este último en que en la cuenta corriente de crédito no hay reciprocidad de las partes acreedora deudora, pues siempre el acreditante será el acreedor, que es el que concedió el crédito.

Definido de esta forma el contrato de cuenta corriente de crédito y la hipoteca de máximo que lo garantiza, ésta es admitida sin problemas por la doctrina y jurisprudencia registral, pues la consagra el artículo 153 LH, y, eso sí, siempre que se cumplan sus requisitos, a saber: *a)* determinación de la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada; *b)* fijación del plazo de duración del contrato; *c)* especificación de la clase de operaciones mediante las cuales se pueda utilizar el crédito en cuenta corriente—basta la indicación de las líneas fundamentales o de la relación jurídica básica que las une—; *d)* llevar el sistema de doble libreta o de certificación bancaria para justificar el saldo exigible, si se quiere utilizar el procedimiento judicial sumario.

Al producirse la refundición o novación de todos los créditos integrantes de la cuenta corriente de crédito, cuando se incorporan en la cuenta corriente, la obligación garantizada será una (y futura) y la hipoteca una; y la obligación, aunque no sea determinada *a priori*, sí es determinable, y por lo tanto el principio de determinación hipotecaria se cumple (una hipoteca = 1 obligación, y determinada), no hay obstáculo alguno para admitir la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito.

En resumen, es perfectamente inscribible y no contradice el principio de determinación, la hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito, porque se establece en garantía de una sola obligación futura que será la resultante de la liquidación de esa cuenta corriente con efectos novatorios, que es posible que se produzca por el nexo causal o relación jurídica básica que une las distintas obligaciones iniciales. Dos son, por tanto, y desde mi punto de vista, las razones determinantes de su admisibilidad: *1. Nexo causal entre las obligaciones*, y *2. Novación o refundición de las mismas en la cuenta corriente* (típico efecto del contrato de cuenta corriente).

### 3.2. POSIBILIDAD DE SU ADMISIÓN: EXAMEN JURISPRUDENCIAL

A raíz de la admisión de esta figura y su cobertura legal y jurisprudencial, basándose en ella y en la amplitud de contenidos que puede tener el contrato de cuenta corriente de crédito (15), han surgido y proliferado las *hipotecas flotantes*, hipotecas de máximo en garantía de una pluralidad de obligaciones distintas, que, y al igual que las del 153, con su inclusión en una cuenta corriente (de supuestos efectos novatorios), y estableciendo un máximo de responsabilidad hipotecaria se pretenden inscribir, pues ya se cumple de este modo con las exigencias derivadas del principio de determinación registral, según defienden sus defensores.

Pero, sin embargo, ¿es aplicable el artículo 153 LH a este tipo de garantías, y por lo tanto ha de permitirse este tipo de cobertura hipotecaria global (en el sentido de que son varias las obligaciones garantizadas, pero además sin conexión causal), o sólo si nos encontramos ante una verdadera hipoteca del 153 LH hemos de admitir su inscripción? ¿Son admisibles esas hipotecas flotantes, como hipotecas de máximo del 153 LH, o por el contrario, se trata de un tipo distinto de cobertura hipotecaria?

A mi modo de ver hay que distinguir la hipoteca del 153 LH, que requiere la existencia de distintas obligaciones que tienen su fuente en una concreta relación jurídica determinada (precisamente el contrato de cuenta corriente), y en las que existe verdadero acuerdo novatorio por el que las distintas obligaciones y operaciones pierden su sustantividad e individualidad al incorporarse en el saldo resultante de la cuenta corriente, que es la única obligación garantizada; de aquellas otras figuras que pretenden garantizar obligaciones muy distintas, sin nexo causal de cuenta corriente de crédito que las una, y que, en consecuencia, la inclusión en la cuenta corriente no puede producir los efectos novatorios, precisamente, por falta de esa relación jurídica básica de contrato de cuenta corriente.

Es perfectamente admisible una hipoteca global o flotante que pretenda garantizar varias obligaciones distintas, si todas ellas tienen su fuente en una

---

(15) «En cuanto al contenido del contrato, la obligación de conceder crédito que pesa sobre el Banco representa una promesa en blanco cuyo contenido no está predefinido de antemano, sino que se determina en cada caso por voluntad del cliente y a su requerimiento. Se concreta *in solutione* en muy diversas prestaciones, como: 1) entregas en efectivo; 2) pago de deudas del acreditado (recibos, facturas); 3) pago de cheques; descuento de letras del acreditado como tenedor; 5) aceptación de letras; 6) constituyendo fianzas y avales; 7) otorgando al cliente prórroga de una deuda vencida; 8) facilitando al cliente una carta de crédito... etc.». GARCÍA-ARANGO, C.: «Patología...», *ob. cit.*, págs. 1118-1119; y no se agota su contenido, como dice GARRIGUES.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el crédito en cuenta corriente se utiliza como contrato marco de otras figuras: por ejemplo, contrato de crédito para financiación exportación, o negociación de documentos (líneas de descuento), o avales (línea de avales).

misma relación jurídica (por ejemplo, hipoteca en garantía de aprovechamiento de aguas, o del pago de un arrendamiento, o en general cualquiera de tracto sucesivo); lo que ya es más discutido por la doctrina y rechazado sin paliativos por la jurisprudencia son esas hipotecas de máximo que garantizan diferentes obligaciones que, o bien surgen de varios tipos materiales —relaciones jurídicas especificadas en el título—, o bien nacen o se contraen en un amplio ámbito como, por ejemplo, «la actividad bancaria en general», o «los negocios típicos», sin especificar ni determinar una relación básica que las una. Al no tener esas obligaciones una relación causal común, se hará muy difícil, desde mi punto de vista, que puedan novarse o refundirse en una nueva; desde luego, imposible a través de su mera inclusión en cuenta; y es más probable, como luego se verá, si se pacta un acuerdo novatorio expreso, se declara la voluntad de novarlas en una nueva, que será la que se garantice con hipoteca, a pesar de que entre ellas no exista originariamente un nexo causal, una fuente; pero, esa conexión causal, sin embargo, aparecerá, y acabará siendo, justamente, la misma que produce la novación; estaríamos ante la hipoteca en garantía de una cuenta corriente novatoria. Esto nos llevaría a admitir, por tanto, la hipoteca del saldo de una cuenta corriente (sin más, sin contrato de apertura de crédito, etc.), a la que se otorgan, previo pacto, efectos novatorios.

La DGRN, a partir de 1987, mantiene un criterio absolutamente negativo en cuanto a la admisión de estas hipotecas de máximo en garantía de varias obligaciones, por vulnerar el principio de determinación registral.

No obstante, la doctrina se encuentra dividida: *a)* Rechazan la doctrina de la DGRN y abogan por la necesidad de flexibilizar criterios, entre otros, CORDERO LOBATO; en sus últimos escritos, REY PORTOLÉS; tibiamente, CELESTINO PARDO NÚÑEZ; GARCÍA GARCÍA, que da soluciones a los problemas planteados por la DGRN; GONZÁLEZ ROMÁN MORA aboga por una mayor flexibilidad en este tipo de hipotecas (16). *b)* Comparten la tesis de la DGRN y rechazan la admisión de estas hipotecas, sobre todo GARCÍA ARANGO, que hace una encendida defensa de los criterios de la Dirección; y además, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, PRETEL SERRANO, RICARDO EGEA, SALAZAR GARCÍA (17).

---

(16) Véase REY PORTOLÉS: «Hipoteca con cláusula de endowment. Hipoteca flotante», *ob. cit.*, págs. 108-139; CORDERO LOBATO, E.: «Hipoteca global (la determinabilidad del crédito garantizado)», *ob. cit.*; PARDO NÚÑEZ, C.: «La hipoteca flotante», en *Lunes* 4,30, núm. 32, 1989, págs. 25-32; GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras», en *BCNR*, núm. 300, 1993, págs. 1250-1253; GONZÁLEZ ROMÁN-MORA, R.: «La hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito», en *BCNR*, núm. 68, 2001, págs. 228-234.

(17) Véase GARCÍA ARANGO DÍAZ DE SAAVEDRA, C.: «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *RCDI*, 1989, núm. 593, págs. 1113-1151; PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo II, CER, Madrid, 1999, págs. 269-272; PRETEL SERRANO, J. J.: «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)», en

Veamos la evolución jurisprudencial en torno a la admisión o no de este tipo de hipotecas:

1.º En una primera etapa la DGRN, para favorecer el tráfico mercantil y los negocios, aceptó sin problemas coberturas globales o hipotecas globales que garantizaban obligaciones distintas. En este sentido, la Resolución de 5 de marzo de 1929 consideró que estaba determinada la cláusula de cobertura hipotecaria que incluía los créditos derivados de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otras que constasen en documento de giro y créditos que llevasen su firma, estableciendo la siguiente doctrina: «que en cuanto a la determinación de las obligaciones garantizadas, basta con establecer las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de las responsabilidades y para que los Tribunales en su día puedan declarar cuáles se hallan cubiertas por la garantía, y aunque los términos empleados en la escritura son de gran amplitud, no pueden ser tachados de vagos y confusos». La Resolución de 28 de febrero de 1933 consideró igualmente posible la hipoteca que garantizaba operaciones comerciales representables posteriormente por letras de cambio, sin limitación temporal, aunque con facultad de desistimiento unilateral de cada contratante.

En este mismo sentido, la Resolución de 16 de junio de 1936 considera inscribible la hipoteca que garantizaba operaciones de descuento de efectos, sin limitación temporal y con facultad de desistimiento, y mantiene la DGRN que esto es posible debido a que «la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces de sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a estas hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave a la economía nacional». Razones, por tanto, de agilidad y rapidez en el tráfico mercantil.

En resumen, no existía obstáculo alguno para inscribir este tipo de hipotecas «globales» o «flotantes», como consecuencia de la necesaria

---

*RCDI*, 2000, núm. 661, págs. 2830 y sigs.; EGEA IBÁÑEZ, R.: «La hipoteca de máximo», en *BCNR*, 1991, núm. 278, págs. 995 y sigs.; SALAZAR GARCÍA, J.: «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *BCNR*, 1992, núm. 294, págs. 2570 y sigs.

flexibilización del principio de determinación para favorecer el tráfico mercantil (18).

2.º En una etapa posterior, se produce un giro jurisprudencial importante, que empieza tímidamente con la Resolución de 28 de julio de 1984. En esta Resolución se rechaza la inscripción de la hipoteca pretendidamente en garantía de cuenta corriente de crédito, primero, por no establecerse el plazo necesario en este tipo de hipotecas; y segundo por no cumplirse el principio de determinación que exige que todas y cada una de las obligaciones que ha de garantizar la hipoteca (ya existentes al constituirse la hipoteca y que luego se refundirán en la única garantizada), deben estar perfectamente identificadas y no cabe utilizar la expresión de que quedan garantizadas con la hipoteca «diversas operaciones crediticias».

A partir de esta Resolución, se empiezan a percibir los nuevos criterios que redefinen el principio de determinación registral, basados en la accesoriedad de la hipoteca y en la eficacia *erga omnes* de la garantía real, lo que conduce a hacer imprescindible la absoluta determinación de la garantía hipotecaria, rechazando estas hipotecas «flotantes».

La archiconocida Resolución de 23 de diciembre de 1987 viene a confirmar y reafirmar el rechazo jurisprudencial a estas hipotecas y, recogiendo lo establecido en la anterior Resolución, amplía (por así decirlo) los motivos de contravención del principio de determinación. O lo que es lo mismo, redefine y establece más exigencias o requisitos que deben cumplirse para la no contravención de este principio.

En los hechos que dan lugar a esta Resolución se pretendía garantizar con hipoteca una serie de obligaciones, sin establecerse una relación jurídica que las uniera, y excluyendo expresamente los efectos novatorios que su inclusión en una cuenta corriente pudiera tener. Pero, para poder conseguir su inscripción, eso sí, se establece un máximo de responsabilidad hipotecaria, garantía de una obligación futura resultante de la liquidación de la cuenta corriente (19).

---

(18) Si existía dificultad para su inscripción, no era tanto por la falta de determinación del crédito como por la imposibilidad de ejecución sumaria de esas obligaciones distintas.

(19) En concreto, se constituye hipoteca con arreglo a lo previsto en el artículo 153 LH, con un máximo de responsabilidad hipotecaria de 61.600.000 pesetas, en garantía de la cantidad correspondiente al saldo de la cuenta corriente abierta por los otorgantes, y se enumeran entre los asientos que puede recoger esa cuenta, una serie de operaciones distintas, como son: el saldo que presente una cuenta existente en virtud de un préstamo hipotecario; el saldo que presente otra cuenta en virtud de un crédito que les tiene concedido la misma entidad bancaria; el importe de la deuda que los otorgantes mantienen con una mercantil, y las cantidades que por cualquier otro concepto resulten adeudar los comparecientes al Banco Español de Crédito. A continuación, se añade en la escritura que: «la hipoteca que se constituye es de superposición de garantía, sin que sufran modificación, alteración ni novación alguna de las obligaciones que se derivan de los títulos en que

La DGRN resuelve:

1. Falta el nexo causal o relación jurídica básica que una a las obligaciones que se pretenden garantizar con la hipoteca. Así se deduce de los fundamentos de derecho 2.º y 5.º donde establece que:

- El grupo de hipotecas reguladas en el artículo 153 LH (en garantía cuenta corriente de crédito o cuenta corriente) «no se corresponde exactamente con la delimitación de la garantía que se hace en el resto de la escritura», porque aquí falta la disponibilidad que caracteriza al contrato de cuenta corriente de crédito; ni tampoco puede considerarse como cuenta corriente porque no se ha pactado de forma expresa la novación de las obligaciones en la cuenta (art. 1.204 CC), sin que, en consecuencia, pierdan su autonomía y exigibilidad individual, a pesar de haber sido cuenta (Fundamento segundo).
- Y por eso, se rechaza la inscripción de este tipo de hipoteca, ya que con una misma hipoteca se pretenden cubrir una serie de obligaciones distintas que no tienen conexión causal, no nacen de una misma relación jurídica básica (ni cuenta corriente de crédito, ni cuenta corriente), e incluso se pretenden asegurar «el importe de otras obligaciones que quedan totalmente indeterminadas tanto en su futura existencia —que queda al arbitrio del Banco— como en cuanto a su fuente y causa: según la escritura, en el máximo garantizado pueden entrar también las cantidades que, por cualquier concepto, resulten adeudar los señores comparecientes al Banco...» (Fundamento quinto).

2. Y, además, no existe novación entre las distintas obligaciones, a pesar de que se anotan en una misma cuenta corriente (20), luego, no hay una sola y única obligación para garantizar con hipoteca, sino una pluralidad, y por lo tanto correspondería constituir varias hipotecas para garantizar cada una de ellas, y no una sola, como se pretende, que es la hipoteca flotante, que debemos rechazar. Esto es lo que se deduce de los fundamentos 1.º, 3.º y 4.º, que afirman:

- «Que solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente —que ya hemos dicho en el párrafo anterior que no

---

se fundan los créditos del Banco Español de Crédito, aunque sus importes hubieran sido adeudados en la cuenta hipotecaria, títulos que conservarán toda su fuerza y vigor, así como las acciones y derechos que, derivados de los mismos, asistan a dicho Banco...».

(20) Hay que tener en cuenta que en la escritura de constitución de hipoteca se excluye expresamente la novación de las obligaciones. Véase la nota anterior, donde se recoge esa exclusión expresa de los efectos novatorios.

existe— deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados, en aquella tal exigibilidad se funda, entonces, en un convenio previo por el que o bien una de las partes concede crédito a la otra hasta cierto límite, de modo que al irse destinando aquél al pago de otras obligaciones del acreditado con el concedente, éstas se extinguen total o parcialmente, quedando únicamente el deber de restituir el importe dispuesto de ese nuevo crédito abierto, o bien, ambas partes deciden que las recíprocas relaciones de crédito entre ellos pierdan, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada, y sean sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición deficitaria» (Fundamento 1.º). Cosa que desde luego no ha ocurrido en este caso al excluirse expresamente estos efectos.

- Y además, las obligaciones que se describen en la escritura no cumplen las exigencias establecidas para su determinación, ni siquiera las mínimas, a pesar de que debido a la accesoriadad de la hipoteca, la determinación de las obligaciones es una exigencia estructural de la hipoteca (Fundamento 3.º).
- Por eso, al no estar determinadas las obligaciones, ni refundirse en una nueva, que sería el saldo resultante de la cuenta corriente, que, además, también sería indeterminado, pues queda al arbitrio del Banco «destinar las cantidades que crea conveniente a reducir y en su caso cancelar dicho préstamo o crédito», concluye la DGRN que lo procedente, si se quiere que estas obligaciones reciban cobertura hipotecaria, sería constituir «una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica, y no una hipoteca única aplicable indistintamente y a elección del acreedor a cualquiera de ellas» (Fundamento 4.º).

Por lo tanto, la doctrina establecida en esta Resolución perfecciona el principio de determinación registral, de forma que a la necesidad de especificar todas las obligaciones, sin utilizar fórmulas globales (que ya exigió la Resolución de 1984), se añade:

- a) La necesidad de que esas varias obligaciones tengan nexo causal, tengan la misma fuente o relación jurídica básica que las una.
- b) La necesidad de que esas obligaciones se refundan en una sola; y esta novación sólo es posible cuando la cuenta bancaria aparece como elemento o sustrato del contrato de apertura de crédito o cuenta corriente, en el que se pactó dicha novación; porque la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos

personas carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva independiente por el saldo resultante.

Posteriormente y a raíz de esta Resolución, se suceden otras muchas que copian sus fundamentos y acogen los mismos motivos de rechazo:

1. Es necesario concretar las obligaciones inicialmente: no vale usar fórmulas genéricas, ni dejar su determinación al arbitrio del acreedor:

De este modo, y como ejemplo, rechazan la inscripción de hipoteca en garantía de obligaciones que no están perfectamente determinadas, sino que se deja amplitud y ambigüedad en su concreción: 27 de julio de 1999: «cualquier pago que los acreditados tuvieran con aquéllos»; 26 de noviembre de 1990: «obligaciones que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos»; 6 de junio de 1998: «importe de los débitos que por cualquier concepto...»; o bien que su concreción se deja a la elección del acreedor: Resolución de 27 de julio de 1999, 26 de noviembre de 1990, 27 de septiembre de 2000, 3 de noviembre de 2000.

2. Asimismo, reiteran la idea de la necesidad de que las obligaciones nacidas que se pretenden asegurar tengan una misma conexión causal que las una, en principio contrato de crédito en cuenta corriente o cuenta corriente, rechazando aquéllas que no tienen esa relación jurídica básica: 26 de noviembre de 1990, 6 de junio de 1998, 24 de julio de 1998, 6 de noviembre de 1990 (bien por falta de plazo, bien por falta de la disponibilidad propia de la cuenta corriente de crédito).

3. La DGRN vuelve a repetir los mismos argumentos acerca de la necesidad de que se produzca una verdadera novación de las distintas obligaciones en una sola, sin que esto se produzca por la anotación en cuenta de las mismas, pues la simple reunión contable no produce efectos novatorios en las siguientes Resoluciones: 27 de julio de 1999; 6 de junio de 1998; 24 de julio de 1998; 6 de noviembre de 1999; 27 de septiembre de 2000; 10 de julio de 2001. Asimismo, la DGRN considera que tampoco existe novación en el caso de reconocimiento de deuda (Resolución de 30 de marzo de 1998), ni por el vencimiento en cadena de las distintas obligaciones (Resolución de 27 de septiembre de 2000).

4. Además, en otras y nuevas Resoluciones, la DGRN termina por perfilar esas exigencias del principio de determinación, en relación a las obligaciones futuras que pretendan asegurarse con hipoteca (no olvidemos que la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito es futura y de máximo). Y respecto a éstas, la Dirección General, después de admitir la flexibilización del principio de determinación en materia de hipotecas, permitiendo las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición, afirma que sólo será posible constituir hipotecas en garantía de obligaciones futuras, si

en el momento de constituirse la hipoteca se determina la relación jurídica básica de la que nacerá esa futura obligación. Sus palabras textuales son: «para que una obligación futura pueda ser garantizada con hipoteca se requiere que en el momento de la constitución de la hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor» (Resolución de 17 de enero de 1994); y también, la Resolución de 28 de abril de 1999: «es preciso identificar al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretenda asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria». En idéntico sentido se pronuncian las Resoluciones de 11 de enero de 1995 y 7 de junio de 1999.

Por tanto y resumiendo toda la nueva doctrina de la DGRN, con palabras de CORDERO LOBATO (21), podemos decir que el principio de determinación registral sólo va a permitir la inscripción de hipotecas que integren en su cobertura obligaciones futuras o por el contrario ya nacidas, si en ambos casos provienen de una relación jurídica existente en el momento de constitución de la hipoteca.

Pero, sin embargo, una de las últimas Resoluciones que he examinado, la Resolución de 21 de junio de 2001, me ha llamado la atención, pues en ella la DGRN admite la inscripción de una hipoteca en garantía de la deuda resultante de la suma de los principales de diversas obligaciones anteriores, porque resulta clara la voluntad de los otorgantes de novar todas las deudas por una nueva y única, cuyas circunstancias (amortización, interés) quedan determinadas, refiriéndose a esta nueva obligación la responsabilidad hipotecaria. Se admite esta hipoteca porque se demuestra y resulta inequívoca en la escritura (otorgamiento tercero) (22), la voluntad de las partes de novar

---

(21) CORDERO LOBATO, E.: «La hipoteca global», *ob. cit.*, pág. 61.

(22) La escritura que se presenta a calificación recoge los siguientes extremos: Se pretende inscribir una hipoteca en la que determinadas personas físicas dicen que «como consecuencia de determinadas operaciones crediticias y financieras, en las que intervinieron como fiadores solidarios, que se encuentran vencidas, adeudan al día de la fecha al Banco los saldos que, previamente constatados y liquidados de mutuo acuerdo, ascienden a las siguientes sumas: por la póliza de crédito de fecha 27 de diciembre de 1996, la suma de 46.456.412 pesetas; por la póliza de afianzamiento de fecha de 17 de septiembre de 1994, la suma de 24.324.033 pesetas; por la póliza de comercio exterior de fecha 6 de agosto de 1997, la suma de 52.163.308 pesetas, y por la póliza de negociación de letras de cambio de fecha 6 junio de 1997, la suma de 29.317.207 pesetas, ascendiendo la totalidad de la deuda por los conceptos mencionados al importe de 152.260.960 pesetas que declaran reconocida, vencida y exigible». Además, determinada entidad mercantil representada por uno de los deudores ha convenido con el Banco la formalización de un préstamo que en este caso se le concede por el Banco de 8.000.000 de pesetas que la parte prestataria recibe a su satisfacción. Y la escritura concluye diciendo que todos los comparecientes y la entidad mercantil *«asumen de forma solidaria y entre sí y con res-*

todas las deudas a las que se hace referencia para que se conviertan en una nueva y única deuda solidaria, que es la que se va a garantizar con hipoteca. Pues bien, el Registrador de la Propiedad, probablemente abrumado y con la lección aprendida sobre la doctrina ya asentada de la DGRN, rechaza la inscripción, por contravenir el principio de determinación, al no quedar justificada la relación jurídica básica que une las distintas obligaciones (no hay cuenta corriente de crédito), y no producirse, desde luego, la novación requerida, pues el hecho de incorporarse a cuenta no produce efectos novatorios.

Es de agradecer que en este caso la DGRN confirme que la determinación del crédito es suficiente (pues aparecen todos perfectamente descritos), la conexión causal está clara, y la novación se deduce claramente de la escritura, pues no podría ser otra la solución, si, como ya he dicho anteriormente, los dos inconvenientes para la admisión de una hipoteca global son la falta del nexo causal y la novación de las obligaciones en una sola, y aquí no podemos encontrarlos.

Por último, en la Resolución de 12 de septiembre de 2003, la DGRN se muestra partidaria y admite la posibilidad de una hipoteca en garantía de varias obligaciones, cuando expresamente se señala que su inclusión en la cuenta implica su novación. A pesar de ello, termina por rechazar la inscripción pretendida porque persiste un obstáculo para la misma: el hecho de quedar al arbitrio del acreedor «si la deuda líquida, vencida y exigible se ha de introducir o no en la cuenta, y sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse». Es decir, la hipoteca sigue flotando porque siguen sin determinarse las obligaciones, quedando al arbitrio del Banco sobre qué obligaciones y en qué momento se extiende la cobertura hipotecaria.

#### 4. CONCLUSIONES

Siendo esto así, y haciendo mías las palabras de REY PORTOLÉS, para conciliar la doctrina de estas Resoluciones y conseguir la inscripción de las llamadas hipotecas globales o flotantes no queda más que:

- a) Que se establezca una hipoteca en garantía de una obligación futura única.

---

*pecto al Banco, renunciando a cualquier beneficio de orden, división y escisión, la total deuda resultante de la fijación de los saldos, de las operaciones financieras que fueron referidas, más el préstamo que por medio de la presente ha sido concedido por el Banco a la entidad mercantil y que asciende a un total de 160.260.960 pesetas, que todos ellos, en virtud de esta asunción solidaria de deuda reconocen adeudar al Banco en concepto de capital».*

- b) Que se establezca una relación jurídica básica entre las obligaciones que se generen hasta el momento del cierre, que conlleve la novación de todas ellas, y si esto no fuera así, que se pacte expresamente la eficacia novatoria de la cuenta corriente que las recoge (hipoteca en garantía de cuenta con finalidad novatoria), o bien la novación expresa conforme al artículo 1.204 del Código Civil.
- c) Que se precise exactamente las obligaciones, sin utilizar términos o expresiones amplias, y que se señalen los documentos e importes de las mismas.

No veo que no sea posible, siguiendo estos pasos, un gravamen en garantía de una obligación futura que surja por refundición (novación en ella) de un cúmulo de obligaciones bien perfiladas (sujetos, causa y cuantía). Sólo si no existe tal novación, o no podemos perfilar esas obligaciones, por lo menos en relación a la relación jurídica básica, es cuando creo que no puede inscribirse esa hipoteca y que se está evadiendo el principio de determinación.

Luego, la novación extintiva de las varias obligaciones en una sola se convierte en el eje central de esta polémica. La novación extintiva como medio de extinción de las obligaciones exige siempre la existencia del *animus novandi*, que no es sino la intención de extinguir una obligación y la correlativa de crear una nueva que la sustituye; y esta intención o voluntad debe ser clara y manifiesta, y por regla general debe manifestarse de forma expresa, mediante una declaración determinante al efecto, que constituye el acuerdo novatorio, tal y como se deduce del artículo 1.204 del Código Civil, y corroboran las STS de 22 de marzo de 1994, 28 de mayo y 23 de julio de 1996.

Si existe novación de las obligaciones, que sólo entiendo posible si entre ellas hubiera un nexo causal y una clara voluntad por parte de las partes intervinientes, hay nueva y única obligación garantizada con hipoteca, y sólo entonces será admisible la inscripción y constitución de estas hipotecas globales.

Creo, por lo tanto, que a parte de la tradicional hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito (perfectamente admitida), puede admitirse y flexibilizarse la postura jurisprudencial, admitiéndose un tipo de hipoteca que al constituirse «flota» sobre varias obligaciones perfectamente identificadas en una relación jurídica determinada, siempre que con base en ella y en la voluntad novatoria se refundan en una nueva y distinta obligación. Serían, y permítanme la expresión, la versión «lighth» de las hipotecas flotantes o sumidero. Se salvaguarda la doctrina jurisprudencial, y a la vez se amplía o flexibiliza el campo de esas hipotecas de máximo, restringidas en una interpretación muy estrecha a las cuentas corrientes de crédito.

Admito por tanto, una figura de hipoteca futura en garantía de una sola obligación, resultado de novar otras anteriores que se unen para formar esta

nueva (que, para qué engañarnos, en la práctica puede ser muy útil), pero no la admito si no hay verdadera novación, de forma que todas y cada una de esas obligaciones conservan su autonomía e individualidad, no me parece admisible esa figura porque no se cumple el presupuesto necesario de la unidad y autonomía de la obligación. Creo que en este estadio «puro» de la hipoteca flotante, sí se vulneran los principios de determinación registral y accesoriedad de la hipoteca.

Por lo tanto:

- Admisión de hipotecas en garantía de cuenta corriente crédito (153 LH).
- Admisión de hipotecas en garantía de obligaciones distintas que no tienen relación causal de apertura de crédito en cuenta corriente o de cuenta corriente (que produce la novación), pero en las que se pacta expresamente su novación, convirtiéndose la *causa novandi* en la propia relación jurídica básica que las une. Hipotecas flotantes en sentido amplio o ligero, que suponen la existencia de una hipoteca en garantía de una obligación futura: el resultado de esa novación.
- Rechazo de las hipotecas flotantes en sentido estricto, aquéllas en garantía de obligaciones cuya relación jurídica básica no está determinada, y no se produce verdadera novación de las mismas en una nueva y resultante garantizada con hipoteca. Necesidad de establecer en estos casos tantas hipotecas como obligaciones.

## 5. *POST SCRIPTA*

No obstante, no me parecería justo por mi parte, después de expresar mi parecer sobre este tema, no hacerme eco de las cuestiones y críticas que suscitó esta exposición (en su origen verbal, ponencia en un seminario de Derecho Inmobiliario Registral) entre el destacado auditorio de Registradores que tuvo a bien escucharme. Entre otras cosas se plantearon las siguientes cuestiones que, a su vez, han hecho que recapacite sobre distintos temas:

- La práctica registral nos enseña día a día que la inscripción de las hipotecas flotantes no es sólo posible sino una realidad. Muchos Registradores se muestran partidarios y practican la inscripción de este tipo de hipotecas en garantía de distintas obligaciones (sin nexo causal) siempre y cuando éstas estén perfectamente determinadas, con independencia de que exista o no novación de las mismas. No es tanto la novación de las obligaciones en una sola, sino su perfecta determinación, lo que se hace fundamental para la inscripción; por eso no pueden inscribirse estas hipotecas cuando las obligaciones no están determina-

das. Esto coincide, en parte, con lo expresado por mí, ya que la exigencia de perfecta determinación de la obligación asegurada con hipoteca es una exigencia estructural del derecho de hipoteca debido a su accesibilidad, o del conjunto indisoluble crédito hipotecario, pues no es concebible uno sin otro.

- Lo verdaderamente importante (sobre todo a efectos de ejecución) es que la garantía hipotecaria quede perfectamente determinada. Es el derecho real de hipoteca el que interesa al Registro.
- La rapidez y agilidad del tráfico mercantil y la prepotencia y dominio de las entidades financieras imponen sus criterios y exigen la práctica continua de este tipo de hipotecas globales en garantía de obligaciones distintas.

Ante todas estas observaciones, no he podido por menos que replantear mi tesis, y considerar que, tal vez, ha llegado el momento de intentar superar ese viejo axioma hipotecario: 1 obligación = 1 hipoteca. Probablemente sea conveniente volver a estudiar el principio de determinación en el derecho real de hipoteca, y luego ampliar el estudio de ese principio en relación con todo nuestro sistema registral para ver si las cosas son como las hemos planteado en estas líneas: el principio de determinación existe, es tal principio, y tiene ese contenido; o por el contrario, hay que superarlo: realmente no existe o tiene otro contenido diferente al que aquí se ha mantenido, o se ha superado por la práctica registral y por motivos socio-económicos que escapan del ámbito estrictamente jurídico, en cuyo caso cambiaría radicalmente lo que he mantenido hasta ahora.

Pero, eso, permítanme, es otro debate mucho más amplio y profundo, al que creo que merece la pena dedicarle tiempo y estudio, y en el que voy a intentar involucrarme para obtener una respuesta a estas dudas planteadas en futuros trabajos.

Pero mientras no confirmemos la no existencia del principio de determinación de la hipoteca, tal y como hasta ahora lo conocemos (necesidad de determinar la obligación garantizada y que sea sólo una), mantengo y creo que no puede admitirse la inscripción de las denominadas hipotecas flotantes.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil

## BIBLIOGRAFÍA

CACHÓN BLANCO, J. E.: «El contrato bancario de apertura de crédito», en *Contratos bancarios y parabancarios*, págs. 541 y sigs.

- CORDERO LOBATO, E.: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales (CER), Madrid, 1997.
- EGEA IBÁÑEZ, R.: «La hipoteca de máximo», en *BCNR*, 1991, núm. 278, págs. 995 y sigs.
- GARCÍA ARANGO DÍAZ DE SAAVEDRA, C.: «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *RCDI*, 1989, núm. 593, págs. 1113 y sigs.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras», en *BCNR*, núm. 300, 1993, págs. 1250-1253.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV, Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852.
- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 7.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1979.  
— *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.
- GONZÁLEZ ROMÁN-MORA, R.: «La hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito», en *BCNR*, núm. 68, 2001, págs. 228-234.
- PARDO NÚÑEZ, C.: «La hipoteca flotante», en *Lunes 4,30*, núm. 32, 1989, págs. 25-32.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo II, CER, Madrid, 1999.
- PRETEL SERRANO, J. J.: «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)», en *RCDI*, 2000, núm. 661, págs. 2830 y sigs.
- REY PORTOLÉS, M.: «Bombazo contra la hipoteca sumidero», en *Escritos varios sobre la hipoteca y anotaciones de embargo*, CER, Madrid.  
— «Hipoteca con cláusula de endowment. Hipoteca flotante», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, CER, Madrid, 1993.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- SALAZAR GARCÍA, J.: «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *BCNR*, 1992, núm. 294, págs. 2570 y sigs.
- URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio de Derecho Mercantil*, II.



# Principios hipotecarios-registrales de carácter internacional en una sociedad en globalización

*SUMARIO:* 1. COORDENADAS. UNA FILOSOFÍA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL.—2. DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS CLÁSICOS A SU MODERNIDAD (J. GONZÁLEZ).—3. CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO JURÍDICO: LOS PILARES DE UNA LEGALIDAD FORMAL.—4. DERECHO COMPARADO. INTERNACIONALIZACIÓN DEL HECHO REGISTRAL.—5. RETOS Y RESPUESTAS AL TERCER MILENIO.—6. CONSIDERACIÓN GENERAL Y PRINCIPIOS JURÍDICO-HIPOTECARIOS.

## 1. COORDENADAS. UNA FILOSOFÍA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL

En las reflexiones de índole iusfilosófica, es decir, cuando no se trata, propiamente, de descifrar cuál sea la realidad jurídica o en qué consista, o cuál sea su problemática; y también, cuando con parecido planteamiento metodológico buscamos una proyección hacia el futuro, de signo creador o sugerente —lo que quiere no excluir su propio problematismo o realismo—, suelo acudir al recuerdo y cita de RENARD (1), cuando animaba a elevarnos del *«ruidoso o tumultuoso ruido de las cosas, o de los hechos, al manantial tranquilo, sosegado y sereno que se alimenta en el frondoso árbol de la filosofía»*.

---

(1) Vid. nuestras obras: «Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho natural», tercera edición, Madrid, 1975, y «Derecho y Justicia en San Agustín», en revista *Índice*, 1983. También en *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico* (mi tercera navegación orteguiana). Dykinson, Madrid, 2003.

## 2. DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS CLÁSICOS A SU MODERNIDAD (J. GONZÁLEZ)

Ésta sería una de las primeras coordenadas en las «*ideas-fuerza*», que animan este trabajo. Acaso se trataría, aparentemente, en una vuelta atrás —hablar de «principios hipotecarios»—, cuando en realidad es para coger los bríos suficientes y para —también— situarlos, a pie firme, ante el caudal inmenso de la publicidad registral a escala internacional. Para mí, el desarrollo sosegado de la obra de don JERÓNIMO GONZÁLEZ —ya tan olvidado—, especialmente sus «*Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*» (Madrid, 1948), ya casi materialmente «carcomidos» por el tiempo, y la pobreza de su material tipográfico, propios de aquella época, es lo que me ha inspirado estas líneas. Que, además, encajan plenamente con la visión no meramente positivista o pragmática del coloso jurista, que fue, en su tiempo, don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Acaso un pensamiento del prologuista, don JOSÉ CASTÁN, nos lo confirme mejor (2):

*«su obra no se reduce a la concreta elaboración científica de un Derecho Inmobiliario. Su obra fue más hondamente cultural y social... Las orientaciones y las teorías del maestro están sujetas siempre a posible rectificación, a discusión (principios hipotecarios) en cuanto a su sustantividad, como base del sistema científico de la disciplina inmobiliaria... se podrá ampliar el concepto, revisar algún día la tendencia germanista y de supervaloración del Derecho extranjero, para dar paso a otras realidades jurídicas... Pero quedará el legado suyo y la parte más inaccesible de su obra ... y a su influencia se debe ... por esos y otros conceptos, la reputación que gozan estas categorías seleccionadas de juristas».*

## 3. CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO JURÍDICO: LOS PILARES DE UNA LEGALIDAD FORMAL

Un segundo grupo de coordenadas orientadoras estaría en todo ese fenómeno que, en su momento, se denominó «*cambio social y cambio jurídico*», al que nosotros prestamos atención (3), tratando, por un lado, en sedimentarlo y digerirlo, y por otro, en reforzar los pilares y principios de todo un sistema,

---

(2) Vid. la obra citada de don J. GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, págs. XXIII y sigs.

(3) En el libro *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica. Estudios de Sociología y Derecho Registral*, Madrid, 1995, págs. 123 y sigs.

ante el cual quizá se podría hablar de velocidad, de contenidos, o de cualidades. Ya en la obra *Modernas orientaciones de la institución registral* (4), el prologuista, y para mí maestro no olvidado, don RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, valoraba nuestra sugerencia de una inscripción obligatoria y progresiva, consecuencia de exigencias de determinados tipos de propiedad, transferencias, reformas —agrarias, urbanísticas—, etc. Aunque en España no encontró abundante eco, doctrinal o corporativo, en razón a escrúpulos estrictamente civilistas o falta de comprensión (5). He citado este supuesto como otros muchos, para adelantar que una posición «conservatista» del Derecho Registral ha sido ajena a nosotros. Mientras que una posición desmedidamente cambista, de índole más sociológica o política, podría tener inconvenientes. Uno de los mejores datos lo tenemos en que nuestras Leyes de Bases de 1944 y de Ordenación de 1948, realizadas técnicamente con singular respeto hacia lo histórico y con vistas al futuro —en vida de don JERÓNIMO GONZÁLEZ—, y a pesar del contexto histórico-político en que se dieron, se mantienen vigentes y operativas, y aun merecieron en la Constitución Española de 1978 (6), un encaje supralegal y reconocido el sistema registral español en la propia Constitución. Pese a las nuevas tendencias de forzar los mecanismos del sistema en el aparato sofisticado de las llamadas «Leyes de Acompañamiento» —cuyos objetivos podrían señalar las rutas pendientes de tipo económico, fiscal, o de la propiedad, para ser llamadas en debate parlamentario a deliberación, dentro de la Comisión General de Codificación, primero, y parlamentariamente, después (7).

#### 4. DERECHO COMPARADO. INTERNACIONALIZACIÓN DEL HECHO REGISTRAL

Entre estas coordenadas están también todo lo que ha sido motivación de orden internacional. Nuestra experiencia, por el encargo que el Ministerio

---

(4) Madrid, 1.<sup>a</sup> edición, 1961; 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1975.

(5) Acaso fue anticipada esa visión, pero que disposiciones legales y hechos jurídicos con trascendencia registral, se encargaron de disipar. En LACRUZ BERDEJO, maestro mío en la Facultad de Derecho, había además, cierta resistencia civilista y aun desconfianza en la visión de trascendencia pública del Registro. No fue poca su atención abierta y expresa al tema en el I Congreso de Derecho Registral de Madrid, 1961.

(6) Vid. nuestra colaboración: «Constitucionalismo y Derecho Hipotecario», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, Madrid, 1996, y asimismo, el seminario sobre «El futuro del espacio de seguridad y libertad en la Unión Europea», Madrid, 2003.

(7) Es un tema digno de ser considerado, porque muestra el desbordamiento del aparato del poder ejecutivo ante normas básicas, como las leyes hipotecaria y notarial, que tienen un carácter, en sus respectivas órbitas, fundamental y ordinarias.

de Justicia nos hizo a través del Colegio de Registradores de la Propiedad de España, con ocasión del I Centenario de la Ley Hipotecaria de 1861, fue muy positiva, en el caso de Austria, y así lo tenemos documentado (8). Aprendimos de fuera, pero supimos hacernos valorar lo nuestro. Y en esa línea puede estar también la que emana de las aportaciones científico-jurídicas que, en foros generales, como los de Filosofía y Ciencia del Derecho (9), ofrecen alternativas serias y fundadas —nihilismo, conservatismo, futurismo, liberalismo— y que luego sirven de base para los Congresos o aproximaciones científicas, singularmente las de los sistemas hipotecarios —el Centro Internacional de Derecho Registral-CINDER—, que desde 1972 se estructura por fases (10), a las que nosotros hemos denominado así: de «*reencuentro-contrapunto*» (Buenos Aires, diciembre de 1972); de «*experimentación*» (Madrid, 1974); de «*proyección*» (Puerto Rico, 1977); de «*consolidación*» (Méjico, 1980); en un momento crítico-político para el sistema español; de «*especialización*» (Roma, 1982); y los últimos de «*innovación*» o de «*recreación*» (Madrid, 1984; Río de Janeiro, 1987; Buenos Aires, 1989; Sevilla, 1992; París, 1994; Moscou, 2003). El I Congreso Iberoamericano (2003). O los encuentros del «Comité Latinoamericano de Consulta Registral», a celebrar habitualmente cada año en una nación, pero con un sistema abierto de carácter problemático y específico, que por nuestra experiencia (11) ha resultado enriquecedor. Al examinar en un documento (12) lo que ha sido «Institución registral y cambio social», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, decíamos —ante la bibliografía aportada— que la institución registral, por estar apegada a la realidad y a los asuntos humanos, en ocasiones fue pionera y en otras sobrevivió con nuevas fuerzas a lo largo de la historia. Y terminaba: «*La filosofía de la institución registral, dinámicamente concebida, permitió a don Jerónimo González y a una pléyade de hipotecaristas en España, en el mundo... que la doctrina de los Principios estuviera atenta y sirviera a las realidades de una sociedad en cambio*».

---

(8) En dos trabajos recogidos en las obras citadas en notas precedentes, *Modernas...*, y *Propiedad Inmobiliaria...*

(9) Aludo a ello en *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003. Vid. también: «Dinámica jurídica, dinámica social», en FRAGA IRIBARNE, M., *Libro Homenaje...*, al que luego se dirá, pág. 105.

(10) Me remito a la cita condensada, pero suficiente, que hago en *Propiedad Inmobiliaria...*, en el capítulo «Filosofía de la institución registral y cambio social», págs. 219 y sigs.

(11) Vid. nuestro trabajo: «Despertar hispanoamericano a la institución registral», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1997.

(12) Publicado en la obra *Propiedad inmobiliaria y...*, pág. 227. También, «Seguridad jurídica y globalización», en *Boletín del Colegio de Registradores*, Madrid, 2002, y «Relevancia jurídica y calificación», Madrid, 2002.

## 5. RETOS Y RESPUESTAS AL TERCER MILENIO

Finalmente, tendríamos que recordar —y sobre todo investigar— otras coordenadas, que lejos de estar en sedimentación, se ofrecen de manera estertorosa y abultada en los comienzos del presente milenio. Ya el filósofo español don JULIÁN MARÍAS, diagnosticó en su momento que el verdadero comienzo del siglo XXI fue *el 11 de septiembre de 2001*, y que nosotros hemos estudiado y seguimos estudiando (13). ¿De qué manera —además de las coordenadas fácticas anteriores— la nueva fenomenología humana puede afectar al sistema registral? Los resumiríamos en estos cuatro aspectos, no exhaustivamente:

### 5.1. EL «BOOM» INMOBILIARIO. LA INVERSIÓN, CRÉDITO Y AHORRO INMOBILIARIO

Hay uno, de carácter positivo, que emana del acercamiento geoeconómico que se da en Europa y en otros países, como una especie de *«boom inmobiliario»*, como así lo advertimos nosotros en Latinoamérica dentro de su propia problemática. O bien por los efectos típicos de la integración en la Unión Europea (14), de manera especial cuando además de la aproximación económica, hay un cambio de sistema en orden a la libertad y a la seguridad. Y esto mismo podría decirse respecto a las prospecciones en países no democráticos, o en aquellos otros en fase de reconstrucción o reordenación equilibrada, como pueden darse en otros continentes.

### 5.2. ESTRUCTURAS JURÍDICAS Y SISTEMAS DE VALORES

Otro sería el reforzamiento de los principios registrales ante un revisionismo, asimétrico, pero evidente, en lo que hemos denominado, siguiendo a

---

(13) Especialmente, en «El 11-S: causas y efectos ético-morales, jurídicos, sociales y políticos», en *Revista «Torre de los Lujanes»*, Real Sociedad Económica-Matritense de Amigos del País, enero 2003, págs. 35 y sigs., y *Anales de la Real Academia de Doctores*, Madrid, 2003.

(14) En el diario *La Gaceta de los Negocios*, de 2-5-2003, aludía en una gacetilla que: *«España asesorará a los países de la Unión Europea en materia registral»*, según información del Decano FERNANDO MÉNDEZ. Igualmente, vid. el trabajo de éste, «La función económica de los sistemas registrales», en *Boletín del Colegio de Registradores*, marzo 2002, págs. 518 y sigs. Anteriormente, la caída del Muro de Berlín, con los efectos colaterales en todos los países del Este, exigió improvisar medidas rápidas para que el reconocimiento de un régimen de libertades y de propiedad fuese correspondido con otros de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, como soporte —además— de inversión y de crédito.

ORTEGA Y GASSET (15), en el plano iusfilosófico, «*Estructuras jurídicas y sistemas de valores*». Hay aquí una tarea sugestiva de aproximaciones que se dan cuando los bloques de la unidad e integración europea o interamericana, OCDE, plantean cuestiones de intercomunicabilidad legislativa en forma de directivas, u orientaciones, o resoluciones, o criterios, que en no pocas ocasiones, aunque no tengan carácter imperativo, sí, en cambio, inciden en una problemática concreta, a veces causa de inseguridades. Todo lo anterior, en cuanto que pueda afectar a una revisión a ultranza de instituciones básicas, como la propiedad, la familia y la empresa, como en el caso español, ante normativas o tendencias que pueden desfigurar el campo de la publicidad registral o hacerlas ineficaces o burocráticas. Y no digamos respecto a movimientos, sean fundamentalistas, libertarios o apócrifos, que se acercan o llaman a una sociedad de bienestar que han tenido siempre unos pilares de fuerza y esperanza en la publicidad registral en razón de su seguridad.

### 5.3. LA DEFENSA DEL «TERCERO»: EL REGISTRADOR FISCAL DE UNA JUSTICIA REGISTRAL

Un tercer aspecto estaría en la aplicación acelerada, desmedida y contraproducente de las técnicas informáticas, electrónicas, telemáticas o digitales —a las que nosotros hemos prestado atención (16)— para transformación de lo que es instrumentación o absorción de una calificación registral que presenta el Registrador de la Propiedad como defensor o fiscal registral. Es decir, preocupado, más que por aquél que llega al Registro, por el tercero (17). No insisto en este aspecto, muy vivo en algunos países, y en otros, con efectos negativos, respecto al profesional y a la propia función.

### 5.4. UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL Y EN GLOBALIZACIÓN DENTRO DEL ESTADO DE DERECHO

Y, por último, todo este fenómeno de la globalización, que ha de ser creadora, coherente y solidaria, y que, respecto a la publicidad, puede

---

(15) Incorporado en la obra citada, *Ortega y Gasset...*, 2003.

(16) Especialmente, en *Informatización e información registral*, Libro-Homenaje a REY PORTOLÉS, Madrid, 1998.

(17) Vid. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Catedrático de Filosofía del Derecho, en su trabajo *La noción de tercero entre los conceptos jurídicos básicos*, Libro-Homenaje a JESÚS LÓPEZ MEDEL, págs. 175 y sigs. Ese es el espíritu en el que se mueven los comentaristas clásicos sobre la calificación registral, como CÁNOVAS COUTIÑOS, CHINCHILLA, CARRETERO, VENTURA TRAVESET, GÓMEZ PARRA, GÓMEZ GÁLLIGO, GARCÍA Y GARCÍA, entre otros.

ser positiva o bien nefasta. No es un fenómeno «nuevo» porque la realidad del 11 de septiembre de 2001, y sus efectos bélicos (guerra de Irak, 2003; la reordenación de la paz, la justicia, la libertad, la seguridad) exigen una contemplación y una reflexión sobre los hechos colaterales, aparentemente en principio, que se presentan como aceleradores máximos de aquella fenomenología de globalización, sobre la cual abunda una buena literatura filosófica, jurídica y estratégica. Me refiero al «fundamentalismo» religioso, la emigración, el multiculturalismo, la multieducación (18), que están provocando reconsideraciones para el cauce de la globalización, y que la interdependencia de fenómenos —desde el terrorismo a la pobreza o las estrategias militares— tienden a economizar un asidero fuerte o mínimo, como son las garantías para la libertad en el ejercicio de los derechos dominicales y comerciales; la justicia por la publicidad preventiva y rápida; la seguridad jurídica, que es el otro aspecto del Derecho que más ha despertado en la sociedad de nuestro tiempo como garantía de la persona, de la familia, de la empresa y del bienestar social como logro de nuestro tiempo. El reto para la publicidad registral es innegable. De ahí la sugerencia de rearmarnos en unos principios, como reafirmaciones, aspiraciones o modulaciones cualitativas de la institución registral, en los aspectos internacionales y ante una sociedad en globalización.

## 6. CONSIDERACIÓN GENERAL Y PRINCIPIOS JURÍDICO-HIPOTECARIOS

Se parte de que los valores *Libertad, Justicia y Seguridad*, forman parte del contexto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que han de ser llevados, según se lee en el frontispicio de la Declaración, singularmente a través de la educación, como fuente básica de aquellos derechos humanos. Ahora bien, del propio contexto de aquella y de su desarrollo en los Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, se desprende —a nuestros efectos concretos— que la *seguridad jurídica preventiva*, en todas sus facetas, como últimamente viene ocurriendo, por ejemplo, con el terrorismo, o los límites y orientaciones sobre la emigración-inmigración, y de manera especial la referente al tráfico jurídico sobre bienes inmuebles y derechos reales que les puedan afectar, constituye una pieza clave. Y no sólo pensando en evitar las *patologías jurídicas* al respecto, sino en el aspecto positivo y creador, como «trampolín» para que dicho tráfico, y

---

(18) Están desarrollados en la obra *Ortega y Gasset...* Pueden añadirse como fuente bibliográfica el estudio de GÓMEZ DACAL, «Educación en contextos multiculturales», en *RCE*, Madrid, 2003, págs. 7 y sigs.

en su caso «boom» inmobiliario, ayude a la realización de los fines sociales, humanos, económicos o de inversión que en la sociedad contemporánea representa la movilidad inmobiliaria. En su consecuencia, a título no exhaustivo, sino orientador, sugerimos condensar —para su estudio y desarrollo posterior— en unos *principios jurídico-hipotecarios*, a la vista de toda su historia y experiencia doctrinal y práctica, y de las coordinadas de diversa índole que se han expuesto anteriormente:

#### 6.1. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL

La publicidad registral en cuanto a la contratación de inmuebles o negociación de derechos reales sobre los mismos debe ser para los Estados una cuestión básica para orientar su ordenamiento jurídico, en cuanto que es el instrumento formal de una seguridad jurídica preventiva.

#### 6.2. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL

Como ha sucedido con la Constitución Española de 1978, la publicidad registral debe tener, a ser posible, una consideración en las Normas Constitucionales o Paraconstitucionales, es decir, señalando pautas creadoras y orientadoras, y como tarea de los Gobiernos, con el carácter jurisdiccional o parajurisdiccional que, en la normativa de cada nación, sea el más adecuado, evitando la burocratización o la administrativización del hecho registral.

#### 6.3. SISTEMA REGISTRAL Y REALIDAD JURÍDICA

Cada sistema de publicidad registral debe tener en cuenta las singularidades y *propias raíces*, y no puede ser ajeno a los rituales, formalismos o criterios que tengan un basamento real, sean de carácter civil o fiscal-catastral, lo que, aun partiendo de ellos, no quiere decir que no se produzcan las aproximaciones doctrinales y programáticas convenientes en una sociedad en globalización, ya que ésta también puede operar en las directrices sustantivas civiles o en la conexión catastral o fiscal.

#### 6.4. LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

La publicidad registral, cuando se encuentre ante tipos de realidades o en sociedades que tiendan a homologarse o a acercarse en sus propios ordena-

mientos jurídicos, cuando se produzcan los ordenamientos tendentes a lograr cierta homogeneidad o integración, debe resaltarse el *principio de publicidad registral para la realización de una justicia preventiva*. Así, en la redacción de una Constitución Europea, este principio de publicidad registral, de forma flexible pero creadora, debe establecerse en los propios fines de la proyectada Constitución Europea, a nivel de la Unión Europea, ya que con independencia de los sistemas —continental, anglosajón, latino, germánico, español— está en sus propias raíces el juego de libertad-seguridad (19).

#### 6.5. NATURALEZA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La legislación de cada país, y dentro del respeto inicial a su propia realidad y tendencias, doctrinales y prácticas, deben establecer sistemas y pautas que hagan, en unos casos, «constitutiva», la inscripción de los actos y negocios jurídicos inmobiliarios. En otros, con tendencias a cierta obligatoriedad, especialmente cuando se trate de ámbitos o esferas de propiedad rústica o urbana a proteger, o en motivaciones fiscales imperativas, transformaciones de suelo especiales, etc.

#### 6.6. TRACTO SUCESIVO

Para el acceso al Registro de la Propiedad, de los actos y negocios jurídicos que afecten a inmuebles o derechos reales sobre los mismos, es necesario que previamente conste inscrito en dicho Registro. Ha de producirse no sólo un *estímulo a la inscripción*, sino que habrá una continuidad que refleje la historicidad de esa propiedad, de tal manera que cada asiento registral, y en su conjunto, sea como «*pequeñas constituciones de derechos privados*» (20). El procedimiento a seguir puede ser judicial o parajudicial-notarial, con preferencia de este último, y buscando simplicidad, rapidez y brevedad.

---

(19) Se está en camino de una Constitución Europea, en cuyo preámbulo cabrá de reflejar, además de las raíces cristianas, aquéllas en las que Occidente sobresale, desde el ángulo del Derecho romano por el atractivo de la libertad, la ley y la seguridad, como JUAN IGLESIAS, y antes ORTEGA, apuntaron (vid. nuestro libro *Ortega y Gasset...*, Madrid, 2003). También el citado maestro Iglesias en su *Miniaturas histórico-jurídicas*, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., 2003.

(20) Así fue apuntado por NÚÑEZ LAGOS (v. n. O., *Teoría del Registro...*, págs. 117 y sigs.

#### 6.7. PRESUNCIÓN DE LEGITIMACIÓN Y BUENA FE: INVERSIÓN Y CRÉDITO

El titular inscrito se presume que existe y que goza de legitimidad activa para, a su vez, operar en el tráfico jurídico inmobiliario. Y que ha adquirido de buena fe, base, a su vez, de las garantías de inversiones y desarrollo del crédito y del financiamiento.

#### 6.8. EL TERCERO

La protección anterior no es exclusiva para el titular que negocia y publica su negocio jurídico, sino que ha de tenderse a vislumbrar o considera el *tercero que todavía no ha tenido acceso al Registro*, de tal manera que desde la propia redacción material del asiento, hasta sus efectos, se contemple, mejor que como «consumidor», como tal «tercero» (21).

#### 6.9. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA: EL FISCAL DE LA JUSTICIA REGISTRAL

En esa *aproximación de sistemas* debe partirse u orientarse a que el acceso al Registro suponga una *documentación pública fehaciente* —dentro del margen de cada legislación—, y a su vez, una calificación más estricta para tal acceso al público, en tanto en cuanto que la formalización documental y la formalización registral sean dos momentos —no contrapuestos, sino convergentes— al hecho de los efectos, no sólo *inter partes*, sino respecto de terceros ajenos, e incluso «expectantes». En tal sentido, el papel homologante del Registrador puede considerarse como un *fiscal de la «justicia registral»*, ya que, velando por el cumplimiento de las leyes, al dar publicidad por los asientos registrales, su papel trasciende a los asientos mismos.

#### 6.10. ÁMBITO-FUERZA DE LA PUBLICIDAD

La publicidad registral debe afectar, por razón de los sujetos, no sólo a los particulares, sino al propio Estado y entidades de naturaleza pública territorial menor, sin excepciones derivadas de la personalidad jurídica del titular

---

(21) Ésa es nuestra posición. No obstante, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España creó hace años un «Servicio de Protección de Consumidores y Usuarios de Medio Ambiente». Pero nosotros no nos atrevemos aquí a situar como principio el tema del «consumo».

—público, privado o institucional—. Asimismo, sin limitaciones —aunque sí con las modalidades urbanísticas o de ordenación rústica— respecto a determinados tipos de propiedad, complejos inmobiliarios, de multipropiedad, espacios y superficies comerciales, consorcios urbanísticos, polígonos industriales, etc.

#### 6.11. EXTENSIÓN DE EFECTOS

La publicidad registral, que exige una calificación *inter partes* y ante terceros, por la índole de su autonomía funcional, debe ser de signo expansivo, es decir, que debe abarcar a los negocios y actos de carácter no meramente privado —que, al publicitarse, se socializan y tiendan a hacerse globales—, y a resoluciones administrativas o jurisdiccionales, dentro de los términos y del respeto de la función y poder judicial, función y poder ejecutivo de la Administración y la función parajudicial del Registrador de la Propiedad (22).

#### 6.12. LÍMITES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Los Registros Inmobiliarios *son públicos*, y en tal sentido sus asientos gozan de la protección o tutela judicial y de la presunción de legalidad y de legitimidad, mientras no se demuestre lo contrario. Dentro de cada Estado, y partiendo de que la Administración y a los Tribunales de Justicia tienen acceso directo, motivado, respecto a los particulares, ha de procurarse que no se desborde la publicidad de información para no convertirla en «lucro». De otro lado, ha de exigirse que exista un *interés conocido y legítimo*, siempre con *identificación y motivación* del solicitante. Los datos registrales no desbordan el propio derecho a la intimidad que supone un historial inmobiliario o crediticio (23), o las leyes de protección de datos personales.

#### 6.13. INSTRUMENTACIÓN Y COORDINACIÓN TÉCNICA

Los sistemas registrales deben de guardar formas instrumentales, primero, de *conexión y coordinación con los notariales*, que deben ser reforzadas y

---

(22) Vid., además de otros trabajos, la naturaleza de la función registral a la que se contempla más diáfana y gratificante para estudiar la «Deontología y ética profesional en los Registradores», en «*Anales de la Real Academia de Doctores*», Madrid, 2002, págs. 307 a 327.

(23) Vid. n. tr., *Publicidad registral y derecho a la intimidad*, Libro-Homenaje a don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, Madrid, 2000.

renovadas en una actividad afectada por la globalización de intereses (24). Y, segundo, han de usar los medios técnicos más propios a su función, evitando que la instrumentación-tecnificación, informatización o digitalización, primen sobre los efectos calificadorios, que son la fase de la *seguridad jurídica registral preventiva*, y en el fondo de la justicia registral y la asistencia humano-personal asesora del servidor de los Registros de la Propiedad y del Notariado (25).

JESÚS LÓPEZ MEDEL  
Registrador de la Propiedad  
Académico de Número de la Real de Doctores. España

---

(24) V. n. tr., «Seguridad jurídica y globalización», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002.

(25) Vid. entre otros trabajos al respecto el de PRATS ALBENTOSA, LORENZO, «La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del artículo 98 de la Ley 24/2001» (*Boletín CRE*, junio de 2003, núm. 93, pág. 1549 y sigs.). Anteriormente, ya en el *Boletín 91*, de marzo de 1991, pág. 475, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, VICENTE, había hecho mi «Comentario a la primera sentencia sobre el artículo 94 de la Ley 24/2001», antes citado. Es una problemática no agotada que merece mayor reflexión. La citamos como información.

# La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el § 313 BGB

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL CONCEPTO GERMÁNICO DE «PÉRDIDA DE LA BASE DEL NEGOCIO»: 1. TESIS DE WINDSCHEID. 2. TESIS DE LENEL. 3. TESIS DE KRÜCKMANN. 4. TESIS DE OERTMANN. 5. TESIS DE LOCHER. 6. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS TEORÍAS OBJETIVAS Y LAS SUBJETIVAS: LA TESIS DE LARENZ.—III. PERFILES ACTUALES DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE»: EL NUEVO § 313 BGB.—IV. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE». UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1. CAMBIO DE ALGUNA CIRCUNSTANCIA QUE FORMA PARTE DEL CONTENIDO DEL NEGOCIO. 2. INEXISTENCIA DE ASUNCIÓN CONTRACTUAL O LEGAL DEL RIESGO. 3. RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES INEXIGIBLE. 4. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLE. 5. INIMPUTABILIDAD DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS.—V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE».—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina de la base del negocio («Geschäftsgrundlage»), de construcción alemana, ha tenido una gran influencia en los países de nuestro entorno cultural, así como en nuestra doctrina y jurisprudencia (1). Mediante la mencionada doctrina se trata de hacer frente al problema de la modificación

---

(1) Por ejemplo, en nuestra jurisprudencia se hace mención expresa del término «base del negocio» en la STS de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962, 5005); STS de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1252); STS de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9927); STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9226); STS de 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8539); STS de 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3862); STS de 14 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7323).

sobrevenida de las circunstancias contractuales no imputable a ninguna de las partes y que tiene como consecuencia una alteración en el reparto contractual del riesgo.

Esta doctrina tiene un origen doctrinal y jurisprudencial, ya que en la época de la Codificación alemana surgió una fuerte polémica entre los autores acerca de la conveniencia de introducirla en el nuevo Código por los problemas que ello podría tener para la seguridad del tráfico jurídico, como se sabe, uno de los valores más importantes que inspiraron el movimiento codificador.

No obstante, la realidad acabó imponiéndose y debido a los efectos devastadores de las inflaciones de posguerra, la jurisprudencia terminó por aplicar mecanismos tendentes a restaurar el equilibrio entre las prestaciones con fundamento en el § 242 BGB, referido a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

Con motivo de la reforma del Derecho de Obligaciones, que entró en vigor en enero de 2002, el legislador alemán se planteó la conveniencia de introducir en el BGB la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), que durante mucho tiempo había venido siendo aplicada por los tribunales. En este sentido, la mencionada institución hoy goza de su propia regulación legal en el § 313 BGB.

Mediante el presente trabajo se trata de llevar a cabo un análisis extenso de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Así serán objeto de estudio sus antecedentes doctrinales y su regulación actual, sin dejar de lado la aplicación jurisprudencial de la misma.

## II. ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL CONCEPTO GERMÁNICO DE «PÉRDIDA DE LA BASE DEL NEGOCIO»

En el momento de la codificación alemana surge una polémica doctrinal representada por WINDSCHEID y LENEL (2) acerca de la conveniencia de intro-

---

(2) WINDSCHEID y LENEL protagonizaron una auténtica «batalla doctrinal» en el momento de la redacción del primer proyecto de BGB. Este proyecto, que estaba inspirado en el Derecho común, fue presentado en 1887 por la comisión nombrada al efecto (entre cuyos miembros se encontraba WINDSCHEID). Finalmente no prosperó debido a las fuertes críticas a las que fue sometido. Por ello, en 1890 se nombró una segunda comisión bajo la dirección de GOTTLIEB PLANCK. De este modo, el segundo proyecto de BGB fue presentado en 1895, separándose del Derecho común e intentando dar solución jurídica a las cuestiones sociales y económicas suscitadas en aquel momento. Finalmente, después de incorporar algunas modificaciones sugeridas por la «Justizausschuß» (Comisión de Justicia) surgió el tercer proyecto de BGB. Básicamente, con algunas modificaciones en materias como el matrimonio y el testamento, éste fue el texto definitivamente aprobado por el Parlamento alemán el 18 de agosto de 1896. Como sabemos, su entrada en vigor fue el 1 de enero de 1900.

ducir en el futuro Código la institución de la «presuposición» («Voraussetzung») ideada por el primero de los autores citados.

El problema que pretende resolver la doctrina de la «presuposición» de Windscheid es más bien antiguo, puesto que ya había sido tratado fundamentalmente por la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y que, resumido, se podría formular en el «principio de la relevancia de la verdadera y más profunda voluntad de las partes». Es decir, se trata de dar respuesta a la cuestión de si el principio *pacta sunt servanda* puede hacerse valer bajo cualquier circunstancia, sin excepción alguna, o si por el contrario, pueden tenerse en cuenta determinadas representaciones de una o de ambas partes decisivas para la conclusión del negocio, pero que no han sido elevadas a la categoría de condición (3).

La elaboración de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* fue debida a la doctrina medieval influida por la filosofía tomista y la canonística. Con ella se pretendía resolver si era posible debilitar el efecto vinculante del contrato en caso de un cambio de las circunstancias *personarum et negotiorum*. En el fondo de esta doctrina se podía encontrar la idea formulada por Aristóteles y recogida por la doctrina tomista de una justicia sustancial, inmanente al contrato, representada por un nexo de equivalencia entre las prestaciones, cuya desaparición facultaba para la extinción de los efectos del contrato. También defensores de la mencionada cláusula fueron los autores de la escuela culta holandesa y alemana que influyeron notablemente en las codificaciones del siglo XVIII (4). En estas codificaciones se hace primar

---

(3) Cfr. WINDSCHEID, 1892: 161 y sigs. Sobre esta cuestión se pronuncia IMBRUCK, 1932: 4 y MESENBACH, 1938: 1. En opinión de este último autor, se trata de resolver con esta doctrina cuáles son los efectos del negocio cuando una de las partes o ambas basan su declaración en una circunstancia pasada, presente o futura, sin hacer depender expresamente la validez, así como el mantenimiento del negocio de tal circunstancia. Por otro lado, según WACUP (1928: 1 y sigs.), tanto la doctrina de los presupuestos del negocio jurídico-contractual, de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la «Geschäftsgrundlage» tratan de aclarar la cuestión de si y en qué medida, el deudor está obligado al cumplimiento de la prestación cuando las circunstancias bajo las cuales el mismo debe cumplirse son distintas a aquellas que se daban en el momento de la conclusión del contrato.

(4) Sobre la evolución histórica de la cláusula *rebus sic stantibus*, cfr. ABAS, 1993: 7 y sigs. Los canonistas desarrollaron una cláusula para el supuesto de que tuviese lugar un cambio de circunstancias con respecto al momento de la celebración del contrato. Destaca sobre todo BARTOLUS, para quien toda negociación lleva implícita una cláusula en cuya virtud, cuando alguien de cualquier modo compromete su derecho, ello solamente puede suceder mediante la reserva *rebus sic stantibus*, es decir, siempre que el estado de cosas permanezca inalterado. El pensamiento de tal cláusula fue posteriormente ampliado por JASON DE MAYNO. Para este autor, la mencionada cláusula afecta no sólo a los contratos, sino también a los testamentos y a las determinaciones legales. Su pensamiento influyó decisivamente sobre la doctrina de los siglos XVII y XVIII. En 1784 aparece la primera propuesta de lo que fuera con posterioridad el Derecho prusiano en la que se prevé una aplicación de esta cláusula. Más tarde, en determinados parágrafos del Landrecht del año

el aspecto llamado objetivo de la mencionada cláusula, que se traduce en el control acerca de la funcionalidad objetiva de la relación jurídica. Se subordina la operatividad del remedio a la circunstancia de que el cambio de la cosa debida en la obligación no se deba a culpa o a un hecho del deudor, así como a la imprevisibilidad de la circunstancia sobrevenida. Con posterioridad, las codificaciones del entorno germanista adoptarían una posición diferente frente a la mencionada cláusula. De este modo, si bien la misma tuvo acogida en las codificaciones del siglo XVIII fue totalmente abandonada por la Pandectística, a pesar de la contribución de WINDSCHEID con una reformulación del problema mediante su teoría de la presuposición.

### 1. TESIS DE WINDSCHEID

Como se ha mencionado, la tesis de WINDSCHEID, cuyo origen es de 1850, no tuvo demasiado éxito entre sus contemporáneos. Frente a las críticas surgidas en torno a su doctrina, responde el autor con su célebre frase: «estoy firmemente convencido de que los presupuestos tácitos de la declaración de voluntad siempre se harán valer, aun cuando se pretenda no tenerlos en cuenta. Expulsados por la puerta vuelven a entrar por la ventana» (5). Parece que no le faltaba razón al autor alemán, ya que de su teoría se han tomado numerosos elementos por aquellos que han tratado de dar cierta relevancia al cambio de las circunstancias fácticas respecto a las tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato (6).

---

1794 de los países prusianos, se contemplaba la posibilidad de resolver el contrato en los supuestos en los que tuviera lugar un cambio de circunstancias. En este cuerpo normativo la regla general viene establecida en el § 377, según este precepto, salvo en los casos en los que devenga una verdadera imposibilidad, no se puede rechazar el cumplimiento del contrato, no obstante, el § 378 se presenta como una excepción a la regla anterior para los casos en los que, como consecuencia de una circunstancia imprevisible no se pueda alcanzar el fin según la naturaleza del negocio, o según las declaraciones expresas de las partes al respecto. En el caso de resolución cabe la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios cuando el cambio de circunstancias haya sido debido a la libre actuación de una de las partes (ex § 379). Sin embargo, esta doctrina tuvo muchos detractores, por ejemplo en el Derecho del reino de Sajonia de 1863 se establece expresamente que no se puede desistir unilateralmente del contrato cuando se ha producido un cambio de las circunstancias o cuando existe un desequilibrio de las prestaciones, a no ser que exista una ley que expresamente lo permita. Sobre la evolución histórica también resulta interesante el trabajo de WEISS, 1927: 11 y sigs.

(5) WINDSCHEID, 1892: 197.

(6) SIMSHÄUSER, 1972: 20. Cfr. MESENBACH, 1938: 5. Según este último autor, la importancia de WINDSCHEID es fundamental en el tratamiento de este tema, ya que es el primer autor que trató de formular una doctrina general respecto a la importancia de las circunstancias sobre las que se construye la voluntad negocial.

WINDSCHEID sitúa la presuposición («Voraussetzung») entre los límites de la declaración de voluntad, junto a la condición y el término. La presuposición constituye una limitación a la declaración de voluntad que, sin embargo, no ha alcanzado el suficiente grado de desarrollo como para alcanzar el *status* de condición (7). La presuposición es, como la condición suspensiva, una declaración de voluntad; en ambos casos la declaración de voluntad solamente surte efectos bajo determinadas circunstancias. En el caso de la condición, el declarante es consciente de la incertidumbre acerca de una determinada circunstancia, de la que se hace depender la condición, y en consecuencia, hace que los efectos jurídicos de su declaración de voluntad queden supeditados a la subsistencia de tales circunstancias, llegando a un acuerdo con su contraparte («quiero solamente si...»). Mientras que, tratándose de una presuposición, el declarante parte de la certeza de la circunstancia presupuesta, y en consecuencia, no pacta condición alguna («quiero, no hubiera querido si no...»). Por lo tanto, si con posterioridad se descubre que tal circunstancia no se daba o desaparece de modo sobrevenido, la declaración de voluntad no se corresponde con el verdadero querer del contratante, ya que éste ha hecho público mediante tal presupuesto que no habría querido las consecuencias jurídicas de su declaración de voluntad, de no haber partido de la certidumbre acerca de las circunstancias presupuestas (8).

Sin embargo, la condición y la presuposición afectan de manera distinta a la eficacia del negocio jurídico. El cumplimiento de la condición hace que el negocio despliegue efectos (en el Derecho alemán la condición tiene efectos suspensivos), mientras que la pérdida de la presuposición hace que el contrato devenga ineficaz. En este segundo caso, el contratante puede defenderse de la pretensión de cumplimiento de su contraparte mediante el ejercicio de una excepción («Einrede») o si ya ha realizado la prestación a su cargo, podría recuperar lo entregado mediante el ejercicio de la *condictio*, no porque el negocio haya devenido nulo, sino por el hecho de la falta de su presupuesto.

La presuposición puede ser expresa o tácita, esta última debe estar presente en las representaciones de ambas partes contratantes, bastando, en este sentido, que dichas representaciones sean propias de una de las partes, pero reconocibles por la contraparte. Sin embargo, no es necesario que la otra parte tenga un conocimiento efectivo de la misma, sino que basta con que en el momento de la emisión de la declaración de voluntad fuera reconocible por ésta, según se desprende de su contenido o de las circunstancias que la acompañan (9).

---

(7) WINDSCHEID, 1892: 195. El presupuesto es una limitación a la declaración de voluntad, como la condición, el autor de la misma no dice «quiero si», pero afirma «quiero, pero no hubiera querido, si no».

(8) WINDSCHEID, 1892: 166 y 195.

(9) WINDSCHEID, 1892: 174.

Esas circunstancias a las que se refiere la presuposición pueden ser pasadas, presentes o futuras. En todo caso, se trata de circunstancias que son necesarias para la consecución del fin principal («ersten Zweck») que se persigue con la declaración de voluntad. Es decir, este propósito está tan vinculado a la declaración de voluntad que sin aquél, ésta carece de sentido. Dicho propósito es reconocible para la contraparte, de acuerdo con las circunstancias que acompañan a la declaración de voluntad, de modo que es posible hacer valer frente a ella el presupuesto de su consecución, es decir, la contraparte podría verse afectada de no conseguirse aquella finalidad. Ahora bien, dentro de la presuposición podrían, en su opinión, incluirse otras circunstancias siempre que para la contraparte sea reconocible que el declarante no hubiera querido obligarse sin la presencia de las mismas. WINDSCHEID considera irrelevante que con ello se ponga en peligro la seguridad del tráfico (10).

En conclusión, la presuposición es un motivo elevado a la categoría de parte del contrato, que se diferencia del simple motivo o motivo irrelevante en que aquélla ha sido comunicada a la contraparte o es al menos reconocible por ella.

La doctrina de WINDSCHEID representa un tratamiento de la cláusula *rebus sic stantibus* en su formulación más general. Ambas fórmulas parten de la consideración de que sería injusto obligar a una de las partes al mantenimiento de su promesa cuando se hubiese producido un cambio sustancial de las circunstancias más importantes. La solución propuesta es diferente en cada caso: según la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, existe una condición tácita en el negocio, mientras que según WINDSCHEID, existe una limitación a la declaración de voluntad que no es una condición. De acuerdo con la doctrina de la presuposición, esas circunstancias han influido en la declaración de voluntad, mientras que en el caso de la cláusula *rebus sic stantibus* las partes no han pensado ni siquiera en las mismas, se trata de una pura ficción. Ambas fórmulas presentan, sin embargo, un problema común cual es el de que atribuyen el riesgo contractual enteramente a la contraparte del perjudicado concediéndole a éste la posibilidad de verse liberado de su obligación. Ello a pesar de que WINDSCHEID exige al menos que tales presupuestos sean reconocibles. No obstante, no tiene en cuenta que en la mayoría de los casos, tanto los presupuestos de carácter expreso como de carácter tácito, pueden considerarse irrelevantes para la contraparte (11). La afirmación de la teoría de WINDSCHEID supondría que se haría recaer sobre una de las partes el riesgo de que su contraparte haya pensado erróneamente acerca de la existencia de determinadas circunstancias o el desarrollo de determinados acontecimientos. Con ello se podría llegar al

---

(10) Cfr. KAPS, 1927: 8.

(11) BIRSCHENK, 1933: 15.

injusto resultado de que el deudor siempre pudiera escudarse en una presuposición de carácter tácito reconocible por la contraparte. El problema de la tesis de WINDSCHEID reside en que las fronteras entre los conceptos de motivo, voluntad y declaración de voluntad se encuentran borrosas.

## 2. TESIS DE LENEL

Frente a la concepción de WINDSCHEID entiende LENEL que lo que aquél llama presuposición no son sino simples motivos, con lo que dar relevancia a los mismos pondría enormemente en peligro la seguridad del tráfico. En efecto, la doctrina de WINDSCHEID podría llegar a conducir a que cada una de las partes contratantes que se viese decepcionada en cuanto a los móviles que le llevaron a celebrar el contrato, podría impugnarlo, lo que supondría el fin de la seguridad del tráfico. En su opinión, quien emite una declaración de voluntad, como dice WINDSCHEID, limitada por una presuposición, desconoce el hecho presupuesto, ya que si le es conocido declarará la existencia del mismo, «quien declara expresamente la existencia de un presupuesto no lo oculta y quien lo oculta no declara» (12). El que emite una declaración de voluntad debe dejar clara constancia de que es su intención que la misma despliegue efectos siempre que sea correcta su opinión acerca de determinadas circunstancias que le son desconocidas, ello se materializa en la introducción de un derecho de resolución, de una condición o de cualquier medio que le facilite el ordenamiento jurídico. Si no lo hace así, parece justo atribuirle las consecuencias derivadas de su comportamiento negligente (13).

La teoría de WINDSCHEID, en cuya virtud el motivo cambia su naturaleza cuando es reconocible como una limitación de la voluntad, es lo mismo que decir que el motivo cambia su naturaleza cuando es reconocido como tal motivo. Frente a ello entiende LENEL que una verdadera limitación de una declaración de voluntad solamente puede producir efectos contractuales en la medida en que la contraparte la ha aceptado sometándose a la misma. Si la rechaza, no se perfecciona contrato alguno, y si la acepta, no se puede hablar de una presuposición, sino de una verdadera condición. No existe algo intermedio entre el motivo y la condición como pretende WINDSCHEID (14).

No obstante, según LENEL, este error no es exclusivo de WINDSCHEID sino que se aprecia también en las teorías dominantes en el Derecho común,

---

(12) LENEL, 1892: 53.

(13) LENEL, 1892: 96.

(14) En este mismo sentido, KAPS, 1927: 15.

así como en la llamada «teoría de la voluntad» («Willenstheorie») (15) y la confusión presente en la misma acerca de la causa de un negocio, incluyendo junto a lo obtenido como consecuencia de un contrato (causa del desplazamiento patrimonial) el fin perseguido por las partes que forma parte del contenido del negocio. De este modo, WINDSCHEID con su teoría trata de resucitar la doctrina de la causa romana (16). Frente a ello refuta LENEL que la aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto no se hace depender de la reconocibilidad de la causa para la contraparte, sino que la *condictio indebiti*, por ejemplo, puede ejercitarse aun en el caso de que el que paga por error efectúe una transferencia sin

---

(15) La tesis de WINDSCHEID guarda relación con la polémica surgida en el siglo XIX entre los partidarios de la teoría de la voluntad («Willenstheorie») y la teoría de la declaración («Erklärungstheorie»). Según la teoría de la voluntad es necesario tener en cuenta la verdadera voluntad del declarante; de este modo, no debería tener efectos jurídicos la declaración de voluntad que no coincide con la verdadera voluntad. Por el contrario, según la teoría de la declaración, la declaración de voluntad debe tener efectos jurídicos aunque no coincida con la verdadera voluntad del declarante. Con ello se pretende proteger los intereses del receptor de tal declaración de voluntad. Los redactores del BGB no se decidieron expresamente por una o por otra teoría. Las únicas reglas sobre la eficacia de la declaración de voluntad (§§ 116 y sigs.) son fruto de un compromiso entre ambas teorías. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores se inclinan por la teoría de la declaración. Como fundamento de esta inclinación se encuentra, por un lado, la autorresponsabilidad del declarante, en el sentido de que ésta es libre para decidir los medios para su declaración. Por otro lado, la contraparte es digna de protección, ya que ésta normalmente sólo puede conocer el sentido objetivo de la declaración de voluntad. Según la doctrina alemana mayoritaria, razones de seguridad jurídica aconsejan no tener en cuenta la voluntad no declarada.

(16) Esta opinión es compartida por un autor más reciente como SIMSHÄUSER (1972: 21 y sigs.). Para éste, la doctrina de los presupuestos de WINDSCHEID fue principalmente una doctrina acerca de la *condictio* y su origen hay que buscarlo en el Derecho del enriquecimiento injusto. La monografía de WINDSCHEID sobre los presupuestos es un trabajo concebido con base en la *condictio* de las prestaciones. El autor ve como incorrectas las doctrinas anteriores: la de DONELLUS, en cuya virtud, se debe cumplir la prestación, teniendo en cuenta una condición tácita; GLÜCK, para quien la *condictio* procede de un cuasi-contrato, o de SAVIGNY, para quien un error en los motivos del que ha de efectuar la prestación faculta para el ejercicio de la *condictio*. WINDSCHEID vio la justificación de la *condictio* en una limitación de la voluntad del contratante a la que dio el nombre de presuposición («Voraussetzung»). Quien adquiere algo en virtud de una declaración de voluntad, cuando fallan los presupuestos de la misma, retiene sin causa lo que legitima a la contraparte para el ejercicio de la *condictio*. Las críticas a la teoría de WINDSCHEID, formuladas principalmente por LENEL con fundamento en la doctrina general del negocio jurídico, hacen que cuando OERTMANN en 1921 crea su teoría de la base del negocio, tomando como referente la obra de WINDSCHEID, se centre sobre todo en la cuestión acerca de cuáles debían ser las circunstancias cuyo cambio determinase la subsistencia o no de la prestación, prestando escasa atención al aspecto de la restitución de las prestaciones según la *condictio*. Por ello se ha sostenido que la doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición se trataba más bien de una doctrina del negocio jurídico en punto a la transmisión de la propiedad.

que la misma venga acompañada de manifestación alguna por parte del presunto acreedor (17).

LENEL trata de demostrar que la doctrina de la «presuposición» tiene un fundamento insostenible (18). Cada disposición patrimonial tiene un fin, que debe poder conseguirse mediante el mismo. La consecución de este fin no es posible sin una determinada configuración de la relación jurídica (19). Estos fines deben entenderse en sentido económico. En su opinión, se puede hablar de fin en sentido económico cuando el equivalente por cuya causa se realiza la prestación se puede reconocer como tal en el tráfico económico. Esos fines en sentido económico son los siguientes: *solvendi, credendi, do ut des, ...* se trata de fines perfectamente determinados, cuya consecución o no tiene unas consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el autor combate la teoría de WINDSCHEID desde el punto de vista de su propia concepción acerca de la causa romana. Por ejemplo, en el contrato de transacción, WINDSCHEID propone la impugnación del contrato, ya que los presupuestos bajo los que se ha celebrado el contrato resultan ser falsos. Por el contrario, para LENEL (20), basta con la categoría de falta del fin del negocio, entendiéndose por tal no algo extraño al contenido del contrato, sino un fin que existe en su contenido, cuya falta convierte en nulos todos los contratos causales. De este modo, como el contenido de la transacción no es si no un medio de consecución del fin del mencionado contrato, cuando el fin falla aquél no sólo es impugnable, sino nulo. Esa es la razón por la que lo entregado en virtud de tal transacción puede recuperarse mediante la *condictio indebiti*.

Un argumento más a su favor es que en el contrato de compraventa, si la cosa vendida adolece de un vicio oculto, en las fuentes romanas no se puede encontrar que la solución sea el ejercicio de la *condictio*, sino la resolución del contrato o la reducción del precio. En el contrato de compraventa la *actio redhibitoria* satisface del modo más amplio exigencias de justicia, que se pretenden cubrir mediante la impugnación del contrato en virtud de vicios tales como el *error in substantia, in persona* (21).

LENEL reformula la teoría de WINDSCHEID en el siguiente sentido: «lo determinante no es lo que se ha propuesto, sino solamente lo que se está legitimado para presuponer frente a la contraparte de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe» (22).

---

(17) Según LENEL, 1892: 50.

(18) LENEL, 1892: 61.

(19) LENEL, 1892: 70 y sigs.

(20) LENEL, 1892: 80 y sigs.

(21) LENEL, 1892: 103.

(22) LENEL, 1892: 105.

Estas críticas tuvieron una gran repercusión en el momento. Ello provocó un rechazo del primer proyecto de BGB redactado bajo la influencia de WINDSCHEID. En este proyecto se incluía un § 742, dentro de las normas sobre el enriquecimiento injusto, según el que, la pérdida de la presuposición era también un supuesto de enriquecimiento injusto. No obstante, esa norma desapareció en el texto definitivo.

A pesar de ello no se logró poner fin a la polémica, sino que comienzan a surgir teorías que tratan de delimitar grupos de supuestos a los que se les puede otorgar relevancia. Surgen también doctrinas que tratan de conciliar posiciones encontradas.

### 3. TESIS DE KRÜCKMANN

Este último es el caso de la doctrina de KRÜCKMANN, para quien tanto la teoría de WINDSCHEID como la de LENEL tratan desde diferentes puntos de vista el mismo problema, cual es el de que cada contrato mantenga su sentido práctico (23). WINDSCHEID, por su parte, enfoca la cuestión desde el punto de vista de la voluntad, no de la exigibilidad o inexigibilidad, mientras que en opinión de LENEL, es necesario acudir al principio de buena fe para resolver este problema. La buena fe tiene desde su punto de vista una doble función: por un lado, se debe interpretar de acuerdo con la buena fe qué es lo que se ha presupuesto; por otro lado, según la buena fe se debe resolver si lo que ha sido presupuesto se puede hacer valer frente a la contraparte.

KRÜCKMANN, respecto a estos problemas, distingue entre la reserva actual y la reserva virtual: la primera es aquella que el declarante ha presupuesto efectivamente, mientras que la segunda es siempre parte de la declaración de voluntad y tiene como consecuencia que la declaración de voluntad no se hubiera emitido si el declarante hubiese apreciado correctamente la realidad. Esta reserva virtual es la cláusula *rebus sic stantibus*, que es inmanente a los contratos bilaterales en virtud de su lógica interna, en cuanto que dicho contrato tiende al intercambio de una prestación a cambio de una contraprestación por un valor equivalente (24).

La contraparte tiene un derecho de denuncia siempre que la fijación unilateral del fin presente en la reserva virtual deba entenderse frustrado, según las exigencias derivadas de la buena fe. Además, el declarante dispone del remedio de la *exceptio* y de la resolución o denuncia del contrato para el caso de que la vinculación al mismo no le resulte exigible.

---

(23) KRÜCKMANN, 1929: 7.

(24) Frente a ello entiende OERTMANN (1921: 46) que no basta en simple cambio de circunstancias en sentido objetivo, sino más bien el fracaso de aquellos acontecimientos que las partes consideraron esenciales.

En consecuencia, es decisivo para el autor el concepto de inexigibilidad (25). KRÜCKMANN encuentra la solución al problema en la carencia original de sentido, finalidad u objeto del negocio, así como en su pérdida con carácter sobrevenido, lo que determina la inexigibilidad de la prestación en la medida en que se ha producido una frustración del interés de las partes.

Este concepto explica, por ejemplo, por qué el vendedor o el arrendador no deben soportar el riesgo de frustración del fin del negocio, en el sentido de que el comprador o el arrendador no puedan aplicar la cosa vendida al fin pretendido. Ello es debido, en su opinión, a que se trata de acontecimientos que se encuentran más próximos a su esfera de riesgo. De este modo, el comprador debe alegar importantes razones para hacer recaer tal riesgo sobre su contraparte y el modo de conseguirlo sería mediante la introducción de una condición.

Cuando se produce una frustración del fin contractual se debe analizar si dicha frustración tiene su origen en acontecimientos que debe soportar la parte que está más próxima a los mismos o hay que ver si se quiere atribuir el riesgo a la contraparte. En este sentido, juega un papel fundamental la inexigibilidad («Nichtzumutbarkeit»): no es exigible el mantenimiento del contrato en el que el fin perseguido no responde a exigencias de justicia. La inexigibilidad («Nichtzumutbarkeit») realiza un doble control. Por un lado, un control material cuando el fin de la declaración («Erklärungszweck») no se corresponde con el fin contractual («nicht vertragsmäßig ist»). La inexigibilidad se debe probar en cada caso concreto. Por otro lado, la inexigibilidad cumple un fin técnico: el contratante se libera del contrato solamente mediante una declaración de inexigibilidad.

El principal problema que presentan fórmulas tales como frustración del fin, fin del negocio, contenido del negocio, base del negocio, etc., es que no ofrecen fórmulas útiles con las que poder operar en la práctica. Éste no es, sin embargo, en opinión de KRÜCKMANN, el caso de la inexigibilidad («Nichtzumutbarkeit») (26).

En cuanto al remedio previsto por el ordenamiento jurídico para los casos de pérdida del fin del negocio es, según KRÜCKMANN, la *condictio causa data causa non secuta*, que se contiene en el § 812 I 2 BGB (27). La *condictio* es la expresión del principio de igualdad del Derecho Civil, ya que nadie puede ser obligado a permitir un desplazamiento patrimonial en contra de su voluntad (28). No obstante, en su opinión, este remedio más radical no sería

---

(25) KRÜCKMANN, 1929: 36.

(26) KRÜCKMANN, 1929: 69.

(27) Según el § 812: I. 1. Quien obtiene de otro una prestación sin justa causa, está obligado a restituir lo obtenido. 2. Dicha obligación de restituir también se da en aquellos casos en los que la causa desaparece sobrevenidamente o cuando no se consigue el fin de la prestación según el contenido del negocio.

(28) Según KRÜCKMANN, 1929: 82.

defendible en aquellos supuestos en los que es posible adaptar el contrato a las circunstancias concretas.

Lo que caracteriza en mayor medida las conclusiones de KRÜCKMANN es la tendencia a lograr lo que él denomina un «equilibrio de intereses», es decir, a hacer que prevalezcan también equitativamente, según las circunstancias, los intereses de la otra parte. Este equilibrio de las prestaciones podrá recuperarse, a juicio de KRÜCKMANN, reconociendo a la parte lesionada un derecho a la indemnización por los daños sufridos por la confianza en la efectividad inalterable del contrato (interés contractual negativo), por los desembolsos hechos para recuperar su prestación, por los perjuicios que le ocasione haber rechazado otras ofertas, pero no por las ganancias perdidas. En este sentido, como hemos visto anteriormente, al deudor sobre el que pesa una prestación agobiante se le podría privar de la facultad de resolver el contrato siempre que el acreedor se prestase a elevar proporcionalmente la contraprestación convenida.

#### 4. TESIS DE OERTMANN

La doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición fue retomada por su discípulo OERTMANN (29), llegando este autor a resultados diferentes. OERTMANN reacciona frente a las críticas que se habían formulado a la teoría de WINDSCHEID. En su opinión, a este último autor nunca se le hubiese ocurrido dar relevancia a los simples motivos. Según OERTMANN, las críticas de LENEL a la doctrina de WINDSCHEID no están justificadas, ya que para WINDSCHEID no toda falsa representación podría fundamentar el ejercicio de la *condictio*, sino solamente la frustración del fin del negocio.

La presuposición, tal y como fue concebida por WINDSCHEID, representa un acuerdo complementario o una limitación autoimpuesta de la voluntad, como la condición o la limitación temporal de la voluntad, pero podría haberse emitido también sin ella. No es un *essentiale negotii*, sino más bien *accidentale*.

El autor habla de una causa común a ambas partes en el contrato bilateral, que no forma parte de la esfera interna de cada uno de los contratantes, sino que constituye la razón de ser de la totalidad del negocio, se trata de la «Geschäftsgrundlage», concepto que aparece por primera vez en la literatura (30).

---

(29) Con la publicación de su obra en 1921 titulada «Geschäftsgrundlage», el autor crea un nuevo concepto jurídico. Sobre el impacto de la doctrina de OERTMANN en la literatura y en la jurisprudencia de la época versan los trabajos de SEIDLER (1928), KRONENBERGER (1936) y SEYBOLD (1934).

(30) OERTMANN, 1921: 25.

Para que la base del negocio («Geschäftsgrundlage») sea relevante es necesario que tenga un carácter objetivo, es decir, no son suficientes aquellos motivos que llevaron a las partes a contratar. En este aspecto se diferencia la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) de los simples motivos, pero también de la presuposición, tal y como fue concebida por WINDSCHEID. El motivo es algo psicológico que queda a disposición de una sola de las partes, se puede hablar de motivo de una declaración de voluntad, pero no de al menos dos declaraciones de voluntad que concurren para la perfección del contrato. La «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) no se refiere simplemente a una de las declaraciones de voluntad que integran el contrato, sino más bien al negocio en su totalidad.

En cuanto a la terminología, hemos visto que el autor adopta el concepto de base del negocio («Geschäftsgrundlage») abandonando el término de presuposición («Voraussetzung»). La presuposición, tal y como fue concebida por WINDSCHEID, es la base de la declaración de una sola de las partes, no de la totalidad del contrato bilateral.

El concepto de presuposición se refiere a un proceso psicológico que desarrolla una de las partes contratantes y que constituye una limitación de la declaración de voluntad de una de aquéllas. Por el contrario, la base del negocio no forma parte del contenido de la declaración de voluntad, y por ende, del negocio, sino que consiste en representaciones de ambas partes y constituye el fundamento del negocio en su totalidad. En este sentido, no es necesario que la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) se haya convertido en parte del negocio porque de ser así, el ámbito de aplicación de esta teoría sería más bien restringido (31). Además, en este caso, las partes habrían incluido una verdadera condición en su negocio.

La «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) no es una causa en sentido tradicional. Por otro lado, la causa no es cualquier fin psicológico de las partes, sino solamente la causa del desplazamiento patrimonial (32). El autor

---

(31) En contra, vid. RHODE, 1925: 292. Este autor, pese a reconocer que su postura está próxima a la de OERTMANN, concede relevancia solamente a los presupuestos comunes a ambas partes en la medida en que han pasado a formar parte del contenido del contrato. De este modo, se debe comprobar si los presupuestos son de carácter expreso, o si los presupuestos comunes a ambas partes constituyen la base de las negociaciones entre las mismas, de manera que pueden considerarse contenido del contrato. En la mayoría de los casos cuestionados se trata de que las partes presuponen estar en lo cierto acerca de una determinada circunstancia, y fundamentan sobre la misma su voluntad negocial. Al contrario de OERTMANN, en su opinión, estas circunstancias pueden no tener ninguna importancia si solamente han sido tenidas en cuenta por una de las partes y son desconocidas por la contraparte. En consecuencia, la solución a los problemas de cambio de los presupuestos fácticos se debe buscar en la corrección del contrato mediante la interpretación de su contenido.

(32) OERTMANN, 1921: 23 y sigs.

se ve obligado a efectuar esta distinción precisamente por las críticas que sufrió la doctrina de WINDSCHEID en punto a la posibilidad de ejercitar la *condictio* cuando faltan los presupuestos de la declaración de voluntad. De este modo, OERTMANN parte de la afirmación de que la justificación jurídica para los diferentes tipos de *condictio* tanto en el Derecho romano como en el BGB, es únicamente la falta de causa del desplazamiento patrimonial. El negocio jurídico que justifica el desplazamiento patrimonial puede tener una *causa*, por ejemplo, la causa del contrato de compraventa sería quizá el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la conclusión del contrato; cuando una de ellas no existe o desaparece sobrevenidamente no se puede ejercitar la *condictio*, sino la resolución del contrato.

Según OERTMANN, por base del negocio se debe entender aquellas representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocidas por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o la superveniencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial.

Con esta definición el autor pretende hacer frente a las críticas que se habían formulado a la doctrina de WINDSCHEID; ya que la presuposición propia de una de las partes, reconocible por la otra y sin embargo, no reconocida, no tiene ninguna importancia según la doctrina de OERTMANN (33).

En otro orden de ideas, por lo que respecta a las diferencias entre la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) y otras figuras afines, como es el caso de la condición («Bedingung»), en opinión del autor, la discusión entre WINDSCHEID y LENEL sobre este tema no tiene demasiado sentido, ya que la condición es verdaderamente una parte del negocio. Además, la circunstancia a la que se refiere la condición es de dudosa existencia, mientras que en el caso de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), la voluntad negocial de las partes se ha formado en consideración a una determinada circunstancia de cuya existencia no se duda.

Entiende OERTMANN que en todos los supuestos que se califican como de imposibilidad jurídica («juristischen Unmöglichkeit») donde no se puede exigir razonablemente la prestación del deudor ni la aceptación del acreedor, se debe ofrecer a las partes una posibilidad de desvincularse del contrato. Ahora bien, el tratamiento jurídico más correcto de este problema no es ni la imposibilidad ni la inexigibilidad («Zumutbarkeit»), sino la pérdida de la base negocial (34).

---

(33) OERTMANN, 1921: 37-38.

(34) OERTMANN, 1921: 60. Con motivo de la inflación acaecida después de la primera guerra mundial, los tribunales alemanes acuden a instituciones codificadas como la imposibilidad sobrevenida para facilitar la liberación del deudor en los supuestos de graves desequilibrios contractuales.

En cuanto al § 779 BGB (35), precepto que regula la transacción que toma como referencia una situación fáctica inexistente, el autor no lo considera una manifestación de la teoría de la base del negocio, sino más bien lo que significa esta norma es que realmente no existe el supuesto de hecho del contrato (36). La base del negocio («Geschäftsgrundlage») no es necesario que forme parte del contenido del negocio; sin embargo, para la transacción, el § 779 BGB exige que la realidad que las partes toman como existente de acuerdo con el contenido del contrato no sea tal y como la han previsto. Con ello, la ley parece apartarse de la tesis defendida por OERTMANN de la relevancia de la simple base del negocio que no forma parte del contenido del mismo.

El autor rechaza también que en el caso del § 459 II BGB (que regulaba la responsabilidad del vendedor por los defectos que afecten a la cosa vendida) nos encontremos ante un supuesto de pérdida de la base del negocio, ya que la garantía de que la cosa vendida esté dotada de una determinada cualidad más que de una simple base del negocio, se trata de una parte del contrato de compraventa o bien forma parte de un contrato accesorio al principal. No obstante, existen casos intermedios en los que el comprador no ha garantizado que la cosa tiene determinadas propiedades, pero ha indicado que las tiene. En este caso, siempre que el contrato se base realmente en la existencia de tal cualidad, parece justo conceder al comprador la posibilidad de elegir entre el cumplimiento del contrato o su resolución, no obstante, no se podría exigir una reducción del precio («Minderung») porque se trata de una consecuencia legal cuyo ámbito de aplicación no podría ser objeto de ampliación (37).

Respecto de las consecuencias jurídicas que se deben derivar de la pérdida de la base del negocio, entiende el autor citado que en todos los supuestos de pérdida de la base del negocio el desarrollo de los acontecimientos lleva consigo que la ejecución del contrato ya no satisfaga los intereses de la parte afectada (38). En consecuencia, la misma puede pedir la liberación de sus obligaciones contractuales (39). Para ello puede valerse de la resolución con lo que la invalidez del negocio tendría efectos retroactivos, o puede denunciar el contrato, con lo que la invalidez desplegará efectos en el futuro. La primera de las posibilidades es propia de aquellos supuestos en los que la base del

---

(35) De acuerdo con esta norma: «Aquel contrato en el que las partes tratan de poner fin a una contienda o a una situación de inseguridad sobre una relación jurídica, realizando a tal efecto cesiones mutuas es inválido siempre que la situación de hecho tenida en cuenta por las partes como contenido de tal contrato no coincida con la realidad. Además es preciso que si se hubiese tenido un conocimiento cierto, esta situación de incertidumbre o de contienda no hubiese tenido lugar».

(36) OERTMANN, 1921: 66 y sigs.

(37) OERTMANN, 1921: 73 y sigs.

(38) OERTMANN, 1921: 154.

(39) OERTMANN, 1921: 124 y sigs.

negocio no ha llegado a existir, mientras que la segunda se aplicaría en aquellos casos en los que la base del negocio existente desaparece sobrevenidamente.

Sin embargo, la acción de enriquecimiento injusto queda descartada para los supuestos de pérdida de la base del negocio, ya que la *condictio* no se refiere al contrato como tal, sino a las prestaciones y a determinados desplazamientos patrimoniales.

En cuanto al fundamento legal de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) podría encontrarse en el § 157 o el § 242 BGB. Entre ambos existe una diferencia sustancial en opinión del autor, el § 157 BGB se refiere al «mundo del ser» («Welt des Seins»), mientras que el § 242 BGB se refiere al «mundo de lo que debería ser» («Welt des Sollens»). Los partidarios del § 157 BGB quedan limitados a los efectos derivados de la voluntad («Willenswirkung»). El autor se inclina por el § 242 BGB porque la base del negocio, a diferencia de las declaraciones de voluntad, no forma parte del contenido del negocio, precisamente eso es lo que diferencia su tesis de la WINDSCHEID. En opinión de OERTMANN, su doctrina se encuentra a medio camino entre el subjetivismo y el objetivismo en el tratamiento del problema (40).

Sin embargo, la aplicación de la mencionada doctrina está sujeta a unos límites (41). En primer lugar, es posible que una de las partes haya asumido libremente en el contrato el riesgo de una variación futura de los precios: en este caso no podría hacer recaer sobre la contraparte las consecuencias derivadas de la frustración de sus fines especulativos. Es decir, allí donde existe una expresa asunción de riesgos no es posible la aplicación de la doctrina de

---

(40) OERTMANN, 1921: 140 y sigs. Según IMBRUCK (1923: 95), entre la doctrina de WINDSCHEID y la de OERTMANN se podrían señalar, entre otras, las siguientes diferencias: mientras que la presuposición debe ser reconocible, la base del negocio ha de ser reconocida, desde el punto de vista de la contraparte. En segundo lugar, la presuposición representa un momento subjetivo en la construcción de la voluntad, mientras que la base del negocio es un elemento objetivo del mismo negocio. En tercer lugar, la presuposición puede ser unilateral, mientras que la base del negocio debe ser común a ambas partes. En cuarto lugar, la presuposición tiene su fundamento jurídico en las normas sobre el enriquecimiento injusto, mientras que la base del negocio en el § 242 BGB. Por último, la falta de la presuposición determina la ineficacia de la declaración de voluntad y en consecuencia, faculta para el ejercicio de la *exceptio doli* o de la *condictio*, mientras que la pérdida de la base del negocio anula el mismo y otorga a los legitimados un derecho de resolución o de denuncia del negocio o de modificación de su contenido. No obstante, hay quien ha dicho que la doctrina de OERTMANN sobre la «Geschäftsgrundlage» no es más que un subterfugio de la doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición. Cfr. en este sentido, KLEINHERNE (1923: 101 y sigs.), para este autor las diferencias entre ambas construcciones, la de OERTMANN y la de WINDSCHEID no son tan grandes, ambas parten de los mismos principios y llegan a resultados próximos. Lo mismo sucede a juicio de EISENSTAEDT (1923: 4), para quien ambas doctrinas se construyen en atención a la misma problemática, aunque hayan adoptado fórmulas de solución aparentemente distintas.

(41) OERTMANN, 1921: 174 y sigs.

la base del negocio, así como tampoco en aquellos casos en los que el cambio de circunstancias es debido a un comportamiento que se puede imputar a una de las partes.

Como hemos visto hasta aquí, la doctrina de OERTMANN no está tampoco exenta de ambigüedades. Así, se ha afirmado que la base del negocio se trata de un concepto que solamente puede hacerse valer como una construcción dogmática, ya que debido a su vaguedad, su aplicación en la práctica resulta difícil (42). Efectivamente, tal y como la concibe OERTMANN, la base del negocio supone valorar jurídicamente determinadas circunstancias que han sido tenidas en cuenta por las partes en sus representaciones, sin que sea necesario manifestación alguna al respecto.

##### 5. TESIS DE LOCHER

Posterior a la teoría de OERTMANN es la de LOCHER, quien concibe el problema de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) como una cuestión de delimitación de los efectos de la declaración de voluntad. Entiende LOCHER que la Guerra Mundial y las revoluciones han traído a la actualidad la doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición, a pesar de su rechazo por la comisión redactora del BGB, entre cuyos máximos detractores se encontraba LENEL, como hemos visto anteriormente. En su opinión, OERTMANN es el encargado de reinterpretar con su teoría sobre la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) aquella doctrina de WINDSCHEID sobre la presuposición. El problema es el mismo: principalmente resolver la influencia del *status rerum* sobre la subsistencia de las relaciones jurídicas. El objetivo de su teoría es allanar el camino para facilitar al máximo el conocimiento de los intereses más relevantes en el caso concreto y al mismo tiempo, sopesar estos intereses de acuerdo con los parámetros de valoración establecidos por el ordenamiento jurídico. Según el autor citado, la teoría de OERTMANN supone un avance; sin embargo, sigue un camino equivocado, ya que las representaciones de las partes acerca del significado de una circunstancia, en la mayoría de los casos no son un criterio decisivo para determinar si tal circunstancia se incluye o no dentro de la base del negocio (43).

Por lo que respecta al ejercicio de la *condictio*, en opinión del autor, la historia del § 812 BGB se encuentra vinculada a la del concepto de presuposición según la teoría de WINDSCHEID (44). Hemos visto que el § 742 (referido al concepto de «Voraussetzung») del primer proyecto de BGB fue rechazado

---

(42) BIRSCHENK, 1933: 29.

(43) LOCHER, 1923: 2 y sigs.

(44) LOCHER, 1923: 50.

por los detractores de la teoría de WINDSCHEID, principalmente por LENEL. No obstante, según LOCHER, en los supuestos de inalcanzabilidad del fin se podría aplicar el § 812 I 2 BGB (45). Frente a ello se había entendido que el éxito del negocio jurídico causal como tal (consistente en el traspaso eficaz de la propiedad) no encaja en el tenor de la norma «el fin previsto con la pretensión» («mit der Leistung bezweckter Erfolg») en el sentido de la *condictio ob causam datorum*, porque entonces existiría una concurrencia de normas con la *vindicatio*.

El autor se plantea una serie de cuestiones tales como si las normas sobre el enriquecimiento injusto ofrecen criterios para diferenciar fines relevantes de los que no lo son, y si en consecuencia, ofrecen medios adecuados para el tratamiento del problema de la base del negocio. También se pregunta si ese criterio de diferenciación reside en que las partes han establecido un fin según se desprende del contenido del negocio o incluso si han hecho formar parte del contenido del negocio el mencionado fin. La respuesta a esta última pregunta se puede hallar mediante una labor interpretativa (46). Respecto a la primera de las cuestiones, el problema de la frustración del fin no está relacionado con las normas que regulan el enriquecimiento injusto, sino, más bien, el problema de la base del negocio es un problema de fijación de los límites de la eficacia de la voluntad negocial. La solución contiene un elemento de tipo psicológico, ahora bien, más adecuado que el de las consideraciones comunes a ambas partes (concepción de OERTMANN) es el de los elementos de tipo económico que han sido tenidos en cuenta por las partes a la hora de concluir el negocio.

El objetivo de la interpretación es determinar si existe un acuerdo de las partes acerca del fin del negocio. En los contratos típicos, el fin del negocio está más o menos claro, pues las partes persiguen la finalidad típica del negocio. Ahora bien, es posible que se persiga un fin diferente, como sucede en los llamados casos de la coronación («Coronation cases») (47). En estos

---

(45) Según esta norma, quien obtiene de otro una prestación sin que medie justa causa está obligado a la restitución. Esta obligación subsiste en aquellos casos en los que la causa desaparece sobrevenidamente o cuando no se consigue el fin perseguido con la prestación según el contenido del negocio.

(46) LOCHER, 1923: 61.

(47) Se trata de una serie de casos decididos por los tribunales ingleses, llamados así porque fueron motivados por los festejos programados con motivo de la Coronación de Eduardo VII, que finalmente no llegaron a realizarse debido a la enfermedad del monarca. Entre estos se encuentra el caso *Krell v. Henry*, en el que el demandante era propietario de algunas habitaciones en Pall Mall desde donde se divisaba la ruta que la procesión de la Coronación iba a seguir el 26 y 27 de junio de 1902. El demandante aceptó que el demandado poseyese las habitaciones para presenciar la Coronación a un precio de £ 75, £ 25 de las cuales se pagaron como depósito en el momento de la celebración del contrato. El tribunal de apelación entendió que se debía poner fin al contrato como consecuencia de la «frustration of contract».

resulta difícil decidir si nos encontramos ante simples motivos de las partes, por tanto, irrelevantes, o bien, si se trata de un fin que efectivamente ha pasado a formar parte del contenido del negocio. En este sentido, uno de los fines de la interpretación consistirá en decidir si ese fin especial se ha hecho formar parte del contenido del negocio. Esto tendrá lugar cuando la contraparte haya tenido conocimiento del mismo y no haya formulado ninguna objeción. Pero todavía más importante es la elección del verdadero criterio de interpretación. El § 812 I 2 BGB habla del fin de la prestación según el contenido del negocio jurídico. De este modo, el motivo de una de las partes no se convierte en contenido del negocio simplemente porque se comunique a la otra. Tampoco cuando una de las partes reconozca expresamente frente a la otra que no hubiese concluido aquel negocio de conocer que no podría obtener ese fin, ya que cada una de las partes debe soportar, según las exigencias del tráfico jurídico, que se frustre el fin que va más allá del fin típico según el contenido del negocio jurídico (48).

La solución está en emplear un criterio objetivo de interpretación del contrato; en consecuencia, quien obtiene un beneficio a cambio de hacer posible que la otra parte obtenga una determinada finalidad («Erfolg») asume el riesgo de que la misma sea posible. Ello no es sino una señal inequívoca de que el mencionado fin pertenece al contenido del negocio, en la medida en que existe un equilibrio entre las prestaciones (entre el mayor valor de la prestación y la mayor utilidad que obtenga la otra). El equilibrio económico entre las prestaciones, que es lo que exige el principio del sinalagma, no significa en modo alguno que deba existir una equivalencia objetiva entre las mismas (ello sólo sucede en los casos más excepcionales), sino más bien dicho principio exige el equilibrio entre las prestaciones tal y como ha sido fijado por la voluntad de las partes en el negocio (49).

Por lo tanto, en opinión de LOCHER, las circunstancias que constituyen la base del negocio son aquellas que son imprescindibles para la consecución del fin negocial, de tal forma que están relacionadas causalmente con aquél en el sentido de que la consecución del mismo depende de su existencia, permanencia o de su entrada en vigor, es decir, se encuentran en una relación de *conditio sine qua non* con el fin del negocio. Por lo tanto, si esa circunstancia no existe desde un principio, es decir, si el negocio se presenta como un instrumento inadecuado para la consecución del fin o si deviene con posterioridad inadecuado, ello no es decisivo para el concepto de «Geschäftsgrundlage» (base del negocio).

La doctrina de LOCHER no resulta tampoco pacífica. En primer lugar, no carece de un cierto componente psicológico, ya que el fin particular de una

---

(48) LOCHER, 1923: 64 y sigs.

(49) LOCHER, 1923: 70.

de las partes puede convertirse en fin del negocio. Al autor se le ha reprochado que la fijación de un fin negocial podría conseguirse más bien introduciendo una condición o un derecho de resolución o de denuncia (50). Sin embargo, el mayor problema que presenta la doctrina de LOCHER es que admite para los negocios causales la fijación de un fin en el sentido del § 812 I 2 BGB, justificando su teoría en los principios básicos de los negocios abstractos. En la medida en que el § 812 BGB solamente sirve para los negocios abstractos, no se puede pensar en el ejercicio de la *condictio* contemplada por aquel precepto para los negocios causales.

#### 6. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS TEORÍAS OBJETIVAS Y LAS SUBJETIVAS: LA TESIS DE LARENZ

Para resumir lo hasta aquí expuesto, las teorías examinadas se pueden clasificar en dos grupos: doctrinas de tipo subjetivo y de tipo objetivo. Dentro del primer grupo se puede considerar como pionero a OERTMANN, que como hemos visto, pretende hacer suyas las ideas de WINDSCHEID sobre la presuposición, con algunos cambios. Por otro lado, dentro de las doctrinas de tipo objetivo se incluye la de KRÜCKMANN, según quien no existe ninguna objeción en el sistema legal de lesión del crédito para aceptar la liberación del deudor no solamente en el caso de imposibilidad de la prestación, sino también cuando la misma se hace excesivamente onerosa. No obstante, el verdadero fundador de las teorías objetivas se considera LOCHER, que como se ha analizado, considera determinante para la apreciación de la doctrina de la pérdida de la base negocial, la frustración del fin que las partes pretendían conseguir mediante la celebración del negocio.

En la doctrina posterior, la separación entre las teorías subjetivas y las objetivas se debe fundamentalmente a LARENZ, que distingue dentro de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) entre elementos subjetivos y objetivos (51).

---

(50) BIERSCHEK, 1933: 37.

(51) Cfr. LARENZ, 1952: 361: La doctrina de la «Geschäftsgrundlage» tiene su origen en dos raíces distintas. Por un lado, en la teoría de WINDSCHEID sobre la presuposición y por otro lado, en la antigua doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esas dos doctrinas agrupan dos conjuntos de casos diferentes. Esta misma opinión se puede encontrar en su monografía sobre la «Base del negocio y el cumplimiento del contrato», obra de la que existen tres ediciones (la primera de 1953, la segunda de 1957 y la tercera de 1965). Yo he manejado la segunda edición de 1957 (la primera edición está traducida al castellano por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., con el título de «Base del negocio y cumplimiento de los contratos», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956). LANGE (1958: 622 y sigs.) realiza una recensión de la segunda edición de la obra de LARENZ sobre la base del negocio. En su opinión, esta segunda edición ha sido mejorada con respecto a la primera

Dentro del concepto de la base del negocio en sentido subjetivo se incluyen aquellas representaciones comunes a ambas partes, que coinciden en el momento de conclusión del contrato y que fueron determinantes para su celebración. Mientras que la base del negocio en sentido objetivo comprende aquellas circunstancias que deben darse para que el contrato se presente como una regulación dotada de sentido. Manifestaciones importantes de la base del negocio objetiva son la «ruptura de la equivalencia de las prestaciones» («Äquivalenzstörung») y la «frustración del fin el negocio» («Zweckvereitelung»). Según LARENZ (52), el apoyo legal para la aplicación de esta doctrina se halla en los §§ 242 y 157 BGB.

En lo que respecta al fin del contrato, LARENZ distingue entre el fin inmediato y el fin mediato: por un lado, en un contrato bilateral el fin inmediato de cada parte contratante es la obtención de la contraprestación, este fin es común a ambas partes; por otro lado, en un contrato de compraventa, por ejemplo, el

---

edición de 1953. En su primera edición, el autor distingue estrictamente entre la base del negocio en sentido subjetivo y en sentido objetivo también en cuanto a las consecuencias jurídicas, fijando para la primera la nulidad en el sentido del § 779 BGB. En su segunda edición, el autor sigue distinguiendo entre ambas figuras, pero las equipara en sus efectos, prefiriendo frente a la resolución del contrato, la adaptación de su contenido. Los problemas derivados de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» los comprende el autor dentro del ámbito de la interpretación correctiva del contrato. De este modo, el principio *pacta sunt servanda* es un principio que goza de preferencia. En consecuencia, la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» solamente puede tomarse en consideración cuando el mantenimiento del contrato pudiera llevar consigo para ambas partes o para una de ellas una rigurosidad excesiva. La interpretación correctiva del contrato es, según LARENZ, el último paso de la interpretación integradora en el sentido del § 157 BGB, esta posibilidad se desprende del § 242 BGB. La resolución del contrato no solamente sería procedente en los casos de gravamen inesperado en sentido económico para una de las partes, sino también en los casos de inexigibilidad personal. A la obra de LARENZ también se refiere ESSER, 1958: 113 y sigs. Según este autor, en la primera edición de su obra, LARENZ trata de combatir el «estado salvaje» en el que se encontraba la jurisprudencia en cuanto a la aplicación desmedida del § 242 BGB. El principal logro del trabajo de LARENZ consiste en analizar esa jurisprudencia y en demostrar dónde la aplicación de esa nueva doctrina resulta ajustada y dónde se trata simplemente de encontrar una solución ecuatoriana. Los esfuerzos de LARENZ se centran en analizar los presupuestos para la concreción del término inexigibilidad («Unzumutbarkeit»). En lo que afecta a las consecuencias jurídicas, la adaptación del contrato no se realiza simplemente mediante una interpretación correctora del mismo, ya que esto no es debido a la ficción propia de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que se debe realizar una interpretación integradora de aquél. En cuanto a la «Geschäftsgrundlage» en sentido subjetivo LARENZ trata de encontrar criterios de tipo objetivo que permitan diferenciar la «Geschäftsgrundlage» de los simples motivos, aunque a falta de criterios normativos LARENZ acaba también cayendo en ese psicologismo que quiere evitar. En su opinión, es precisamente ese psicologismo el que impide un control eficaz de las sentencias. Para evitarlo solamente puede tener éxito el criterio de los intereses típicos o los especiales intereses implicados en el negocio jurídico, también cómo debe repartirse el riesgo en el contrato. Sin embargo, en opinión de ESSER, esta cuestión la resuelve LARENZ con una fórmula bastante genérica.

(52) LARENZ, 1957: 156 y sigs.

fin mediato sería el destino que el comprador quiere dar a la cosa comprada. Este fin mediato de una parte no afecta a la otra, a no ser que de cualquier modo esta última lo haya hecho propio. Por ejemplo, este fin es conocido como determinante de su prestación o se ha tenido en cuenta para fijar el valor de la contraprestación. En este sentido, no es necesario que el mencionado fin se haga constar expresamente como tal en el contrato, sino que basta con que se pueda deducir de su contenido. Cuando ese concepto más amplio de fin no se ha hecho constar expresamente, no se puede decir que en caso de no realización del mismo el contrato hubiese quedado sin sentido, puesto que al comprador siempre le queda la posibilidad de hacer uso de la cosa de otra forma (53).

El autor ve en las normas del contrato de compraventa que regulan la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos una regulación especial para los supuestos de inalcanzabilidad del fin del contrato en sentido objetivo. Incluso, según LARENZ, en aquellos casos en los que la posibilidad de alcanzar el fin del contrato se viese seriamente perjudicada, la contraparte podría hacer uso de la «exceptio no adimpleti contractus» para no realizar la prestación que le corresponde (§ 320 BGB). Asimismo podría acudir al § 321 BGB negándose a cumplir hasta que la otra parte garantizase el cumplimiento de la prestación a su cargo (54).

En su opinión, no todo cambio de circunstancias debe tomarse en consideración a efectos de la aplicación de la doctrina de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En este sentido, no se considerará relevante el cambio de circunstancias (55):

- a) Cuando el mismo ha podido preverse o cuando según el carácter del negocio, ese cambio de circunstancias forma parte del riesgo contractual (por ejemplo, se trata de un negocio especulativo).
- b) Cuando este cambio de circunstancias es imputable a la persona que sufre el perjuicio.
- c) Cuando ha desplegado sus efectos sobre el contrato porque una de las partes se encontraba en mora.

En principio, solamente puede hablarse de pérdida de la base negocial respecto de aquellos contratos, cuyas prestaciones no han sido enteramente cumplidas. No obstante, se podría aplicar la institución mencionada, a pesar del completo cumplimiento de las prestaciones:

- a) Cuando la base del negocio desde un principio no existió.
- b) Cuando el fin del contrato debería conseguirse en el futuro y sin embargo, ello no es posible.

---

(53) LARENZ, 1957: 104 y sigs.

(54) LARENZ, 1957: 95 y sigs.

(55) LARENZ, 1957: 184-185.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, la resolución del contrato opera en aquellos casos en los que su ejecución carece de sentido, en particular ello sucede en los supuestos de frustración del fin. Por otro lado, si se mantiene el contrato en interés de ambas partes se debe proceder a su revisión. En este último caso, se debe valorar la particular relación contractual y no la total situación económica de ambas partes. Además, la adaptación del contrato debe realizarse de modo que cada parte asuma una porción del riesgo. Por otro lado, en los casos de contratos de tracto sucesivo, el cambio en la regulación de intereses desplegaría efectos en el futuro (56).

En los supuestos de frustración del fin, la parte que promueve la resolución del contrato debe satisfacer a la otra el interés contractual negativo o al menos los gastos que haya podido sufrir como consecuencia del cumplimiento del contrato. No obstante, si la consecución del fin ha devenido imposible para ambas partes, cada una de ellas puede resolver el contrato, siendo la indemnización de daños y perjuicios de carácter excepcional, solamente para aquellos casos en los que una parte ha provocado mediante su libre comportamiento el cambio de circunstancias (ya que en este caso está obligado a responder de dicho cambio de circunstancias).

### III. PERFILES ACTUALES DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE»: EL NUEVO § 313 BGB

En la literatura posterior a LARENZ se pueden encontrar diversas ideas sobre el tema. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) es hoy en día una auténtica institución jurídica en Alemania, con sus propios perfiles y su propio desarrollo doctrinal, antes de la reforma del Derecho de Obligaciones con fundamento jurídico en el § 242 BGB, a partir de la reforma con su propia regulación legal, el § 313 BGB, como se verá a continuación.

Dicha doctrina resulta aplicable a situaciones diversas. En general, los supuestos de desaparición de la base del negocio responden a la pregunta de qué efectos debe tener sobre un contrato un cambio imprevisible de la situación fáctica o jurídica con respecto a la existente en el momento de su conclusión (57).

Algunos autores llegan a la conclusión de que la jurisprudencia hace una aplicación de la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) con el único objetivo de mantener la justicia material del caso concreto frente al principio *pacta sunt servanda*. De este modo, la jurisprudencia, a la hora

---

(56) LARENZ, 1957: 170 y sigs.

(57) EMMERICH, 1997, 309 y sigs.

de determinar si se dan los requisitos de la pérdida de la base negocial, realiza un juicio de razonabilidad (58).

Dentro de este grupo, algunos autores muestran recelo respecto de la aplicación de esta institución (59), sin embargo, otros consideran ventajoso que no se fijen unos presupuestos tasados para la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Al contrario, basta para la aplicación de tal doctrina conceptos generales como «buena fe», «razonabilidad», «consideración de las circunstancias del caso», «razonable voluntad de las partes». Puesto que con el instituto de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) se trata de sanar un contrato que estaba enfermo en su nacimiento o que deviene enfermo con posterioridad, estos mismos criterios se deben tener en cuenta a la hora de determinar las consecuencias jurídicas. Sobre todo, se debe valorar el principio de la proporcionalidad, así como el reparto de riesgos efectuado por las partes en el contrato (60).

---

(58) Vid. HUBMANN, 1956: 89 y sigs., autor perteneciente a la «Tübinger Schule» (escuela de Turingia) sobre la jurisprudencia de intereses.

(59) LEHMANN (1952: 12 y sigs.) sostiene que debería delimitarse el ámbito de aplicación del § 242 BGB para que este precepto no se convierta en una norma que faculte al juez para modificar el contrato en todo caso, sin tener en cuenta las particularidades del supuesto enjuiciado. Si se acepta sin limitaciones la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» se produce un debilitamiento injustificado del principio de vinculación del contrato. En su opinión, es interesante que el Código Civil italiano mejore la situación del acreedor a la vez que endurece la del deudor en determinados ámbitos. Pero también el Código Civil italiano reconoce la fundamentación jurídica de la cláusula *rebus sic stantibus* en los artículos 1.467-1.469 del Código Civil, el artículo 1.469 rechaza la aplicación de la cláusula en aquellos contratos en los que, según su naturaleza o la voluntad de las partes, tienen un carácter aleatorio. Si se quiere mantener una economía de libre mercado no se puede emplear indiscriminadamente la «muleta» de la «Geschäftsgrundlage». También es partidario de la aplicación cautelosa de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» SCHMIDT-RIMPLER (1955: 5).

(60) Ésta es la tesis de HAARMANN, 1979: 88 y sigs. En contra se encuentra LITTBARSKI (1981: 8 y sigs.) que realiza una reseña de la obra de HAARMANN. En opinión del último autor citado, HAARMANN no consigue convencer de que no se debe formular objeción alguna frente a la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage». Ello depende, según el autor, del concepto de buena fe que se mantenga. Si se defiende, como hace HAARMANN, que la buena fe es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, se debe llegar necesariamente a la conclusión de que cualquier manifestación de este principio debe estar presente en todo tipo de relaciones de derecho privado. Por el contrario, LITTBARSKI es escéptico en cuanto a la existencia de un Derecho justo («Billigkeitsrecht») construido sobre la base del § 242 BGB que deba abarcar todas las relaciones de Derecho privado. En contra de LITTBARSKI y a favor de HAARMANN se encuentra MÜLLER (1981: 338), para este autor no resulta convincente la teoría de LITTBARSKI en su rechazo a la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, ya que como KÖHLER (1971:152) sostiene, la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» supone una reafirmación de tal principio. Además, no se puede negar que a pesar del BGB se ha impuesto la figura de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage». Ello debe verse como un indicador de que dicha doctrina es necesaria, en particular, en aquellos supuestos en los que existe un desequilibrio entre prestación y contraprestación, de manera que pese

Otros autores se habían mostrado en contra de la aplicación por los tribunales de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), ya que muchas veces mediante la aplicación de esta doctrina de lo que se trata es de encontrar una solución para las lagunas que se presentan en el contrato. Entonces lo lógico sería recurrir a las normas sobre la interpretación contractual, porque la misma puede conducir a una corrección del contrato. Y cuando no se ha determinado otra cosa por parte de la voluntad negocial, entonces se debería acudir a las normas sobre el reparto de riesgos previstas en cada tipo contractual (61).

Por su parte, la jurisprudencia alemana había adoptado el concepto de «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) según la definición de OERTMANN, como representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocidas por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o la superveniencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial (62). En realidad, la

---

al tenor literal del contrato, se debe hacer prevalecer un mínimo de justicia contractual. No existe una sistematización en cuanto a los presupuestos para la aplicación de la figura, tampoco respecto a sus consecuencias, pero ello no se debería imputar a dicha doctrina, ya que está más bien orientada a la justicia del caso concreto y una sistematización exagerada sería contraproducente.

(61) Ésta es la posición de FLUME, 1979: 495 y sigs. Para este autor, la doctrina de la «Geschäftsgrundlage», solamente sería de aplicación en casos excepcionales (catástrofes naturales o sociales). También en opinión de ULMER (1974: 179 y sigs.), la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» resulta ser un medio para colmar lagunas contractuales. Su ámbito de actuación se presenta en todos aquellos casos en los que el contrato, las normas sobre tipos contractuales o las negociaciones excepcionales de las partes no ofrecen una norma para solucionar el conflicto de intereses que surge de tal perturbación. La determinación de una laguna en el reparto de riesgos abre la posibilidad de una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Tal y como él interpreta la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» como medio para colmar lagunas contractuales, ello supone que no se produce vulneración alguna del principio *pacta sunt servanda*. Por otro lado, según el autor (ULMER, 1974: 201), el § 242 BGB es un precepto de gran importancia para decidir cómo se debe adaptar el contrato. En contra de la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» también se encuentra BAUR (1987: 138), según quien solamente en casos excepcionales se debe admitir la intervención del juez en el contrato de larga duración adaptando su contenido a las nuevas circunstancias. Esas situaciones excepcionales se dan cuando se produce una modificación grave e imprevisible de la relación, ya que si se trata de una situación previsible las partes deben prevenirse mediante la introducción de cláusulas contractuales.

(62) Por ejemplo, ZEITLMANN (1952, 270 y sigs.) cita una sentencia del BGH de 15-6-1951 (NJW 1952, 836), en la que el tribunal hace referencia al concepto de «Geschäftsgrundlage», tal y como fue entendida por OERTMANN: «die bei Abschluss des Geschäftes zutage getretene, auch dem Geschäftsgegner erkennbare Vorstellung des einen Vertragsteiles oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsteile über das Vorhandensein oder den künftigen Eintritt oder den Fortbestand gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille sich aufbaut». Respecto a esta cuestión me remito a la exposición de algunas sentencias alemanas realizada en este trabajo. Más recientemente esta afirmación la comparte PEER, 2001: 67.

inexigibilidad y la justicia material del caso son los criterios por los que se han guiado principalmente los jueces alemanes en la solución de este tipo de controversias.

En conclusión, no obstante la polémica, como se ha señalado anteriormente, la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) es una institución consolidada en el Derecho alemán pese a que durante mucho tiempo careció, como tal, de regulación legal (63).

En este sentido, aprovechando la reforma del Derecho de Obligaciones, el legislador alemán no ha querido dejar pasar la oportunidad de incluir en el BGB la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) ampliamente reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia. En este sentido, en opinión de la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones, se debe valorar negativamente que instituciones jurídicas que durante varias décadas han sido aplicadas por los tribunales, queden excluidas de la codificación (64). De ahí que se incluyese en el texto del proyecto el § 307 DiskE (65), según el que: «si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la celebración del contrato, de manera que las partes, de haber tenido conocimiento de ese cambio no hubiesen celebrado el contrato o no con ese contenido, se puede demandar una adaptación del contrato, en tanto que no se le pueda exigir a una de las partes la sujeción al contrato inicial. El juicio de exigibilidad se debe realizar en función de todas las circunstancias que rodean el caso, asimismo, se habrá de tener en cuenta cómo se ha efectuado el reparto de los riesgos en el contrato o en la ley».

Fue debatida la cuestión de si se debía incluir en el ámbito de la institución de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) los supuestos de falta inicial de misma. Finalmente se respondió afirmativamente a esta cuestión mediante la inclusión de un párrafo 2.º en la propuesta de reforma, en cuya virtud se debe equiparar a la hipótesis anterior los supuestos de falsa representación de la realidad en el momento de celebrarse el contrato. Dentro de esa base del negocio inicial se comprenden las representaciones comunes en los motivos de las partes, así como aquellos supuestos en los que solamente una de las partes se representa erróneamente la realidad, mientras que la otra ha soportado dicho error (sin que él mismo valore erróneamente la realidad). La forma de llevar a cabo la adaptación la deja la Comisión en manos de la jurisprudencia. En los casos extremos, la pérdida de la «Geschäftsgrundlage»

---

(63) En opinión de JUNG (1995: 76), la doctrina moderna sobre la «Geschäftsgrundlage» es una mezcla de las soluciones de carácter psicológico y de carácter normativo, cuyo fundamento normativo se encuentra en el § 242 BGB.

(64) Vid. «Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums» de 4 de agosto de 2000, pág. 355.

(65) «Diskussionsentwurf» (Propuesta de Discusión).

(base del negocio) puede conducir a la resolución del contrato, así se recoge en el párrafo 3.º del § 307 de la propuesta de reforma (66).

Con estos antecedentes, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (67) incorporó expresamente en el BGB una norma relativa a la pérdida de la base del negocio, se trata del § 313 BGB, cuyo contenido coincide prácticamente en su totalidad con el proyecto de reforma:

«1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.

2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.

3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato» (68).

Como se puede observar, el § 313 BGB prescinde de las distintas posiciones doctrinales sobre la base del negocio y se ciñe a la definición que de la misma venía recogiendo la jurisprudencia.

En cuanto a los requisitos que se recogen en el párrafo 1.º del § 313 no aparece expresamente el de la imprevisibilidad («Unvorherbarkeit») del cambio de circunstancias que sí que exigía la jurisprudencia. No obstante, se debe entender incluido en el precepto en la medida en que el mismo habla de aquellos cambios que de haber sido previstos por las partes, éstas no hubiesen celebrado el contrato o se hubiese celebrado con otro contenido. Además, cuando la norma se refiere a la asunción contractual o legal del riesgo, se presupone que el cambio de circunstancias es imprevisible porque si no sería un riesgo que debería asumir la parte que no lo previó pudiendo hacerlo (se

---

(66) Sobre esta cuestión, cfr. ROLLAND (1993), [www.cnr.it/CRDCS/b\\_rolland.htm](http://www.cnr.it/CRDCS/b_rolland.htm). y MEDICUS, 1992: 2378 y sigs.

(67) Ley de 26-11-2001 (Bundesgesetzblatt núm. 61 de 29-11-2001), que entró en vigor el 1 de enero de 2002.

(68) CASHIN-RITANE (2001: 92) señala diferencias en la redacción del § 313 RegE y el texto de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT: el § 313 RegE habla de circunstancias que forman parte de la base del negocio, mientras que el texto de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT no reconocen esa condición, no obstante, coinciden en que el cambio de circunstancias no haya sido previsible en el momento de la celebración del contrato.

trata de un riesgo contractual). Lo mismo sucede respecto de aquellos riesgos que una de las partes puede dominar, dichos riesgos deberían ser asumidos por ella (69).

Por otro lado, en relación con los contratos de larga duración, la mencionada Ley introduce en el BGB el § 314 que regula que el derecho de denuncia por causa justificada («aus wichtigem Grund») que anteriormente se incluía dentro del deber general de buena fe del § 242 BGB. De acuerdo con el § 314 BGB:

«1. Los contratos de larga duración se pueden denunciar por causa justificada sin necesidad de un plazo de denuncia. Una razón de este tipo se da cuando a la parte denunciante, en atención a todas las circunstancias del caso y valorando los intereses de ambas partes, no se puede exigir el mantenimiento de la relación contractual hasta el término acordado o hasta el transcurso del plazo de denuncia.

2. Si dicha razón consiste en la violación de un deber contractual, es posible la denuncia después del transcurso del plazo concedido para la corrección o después de que se hubiese interpelado infructuosamente al deudor. Resulta aplicable el § 323 Abs. 2 (70).

3. El legitimado solamente puede denunciar en un plazo razonable, después de que haya tenido conocimiento de la razón de la denuncia.

4. La pretensión de indemnización de daños y perjuicios no queda excluida por la denuncia».

En el caso de que tuviera lugar un conflicto entre la aplicación del § 313 y del 314, en opinión de los autores del texto de la propuesta, la adaptación del contrato en el sentido del § 313 sería preferente frente a la denuncia del § 314 BGB (71).

#### IV. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE». UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Según la doctrina y la jurisprudencia alemanas y ahora también la ley, los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) son los siguientes (72):

---

(69) Cfr. PEER, 2001: 69 y sigs.

(70) Referido a la resolución por incumplimiento del deudor.

(71) Vid. «Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums» de 4 de agosto de 2000, pág. 363.

(72) Cfr. JUNG, 1995: 80 y sigs.

Es necesario que se produzca un cambio de alguna circunstancia que forma parte del contenido del negocio. Además, es preciso que no exista previsión expresa en el contrato acerca de la distribución de los riesgos y que no sea posible su determinación mediante la interpretación integradora del contrato o mediante la aplicación de las normas contractuales típicas.

Asimismo se considera presupuesto para la aplicación de tal doctrina una perturbación del equilibrio de las prestaciones de entidad suficiente, siempre que la mayor onerosidad en el cumplimiento se considere inexigible. La prueba de la inexigibilidad lleva al juez a una valoración de los intereses implicados en cada contrato en particular.

La imprevisibilidad juega también un papel muy importante en la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Incluso algunos autores lo han considerado como un elemento del supuesto de hecho del criterio de la inexigibilidad («Unzumutbarkeitskriterium»). Este requisito se cumple en todos aquellos casos en los que una persona razonable, dentro del ámbito negocial de que se trate, mediante el empleo de medios exigibles, no hubiera podido prever la posibilidad del desequilibrio contractual.

Además es preciso que el cambio de circunstancias no sea imputable a ninguna de las partes. Tampoco se aplica la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando una de las partes se encuentra en mora.

Veremos a continuación como tales criterios son tenidos en cuenta por la jurisprudencia alemana a la hora de resolver los litigios relacionados con la pérdida de la base del negocio.

#### 1. CAMBIO DE ALGUNA CIRCUNSTANCIA QUE FORMA PARTE DEL CONTENIDO DEL NEGOCIO

Se entiende que se da este presupuesto en el caso de la *sentencia BGH de 23 de marzo de 1966* (73) [JZ (74) 1966, 409]. Los cónyuges demandantes habían celebrado en mayo de 1960 un contrato con el demandado en cuya virtud adquirirían de éste casitas de madera ya construidas por un precio de 14.000 DM. El demandado debía instalar dichas casitas en un determinado inmueble. En las negociaciones contractuales los demandantes habían expresado que querían construir su vivienda al aire libre y en un sitio bonito. En septiembre las autoridades administrativas denegaron la licencia para la instalación de tales viviendas. Los demandantes pensaron que con ello habían decaído sus obligaciones en cuanto a la aceptación de tales viviendas y podían exigir la restitución del dinero que habían entregado anticipadamente. Basaron su de-

---

(73) STÖTTER, 1967: 147 y sigs. También DIEBELHORST, 1980: 153 y sigs.

(74) *Juristenzeitung*.

manda en los §§ 323, 459 y siguientes, 346 BGB, ya que las viviendas construidas por los demandados no eran susceptibles de uso al no conceder las autoridades la pertinente autorización, así como en la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En opinión del demandado, esta obligación continuaba subsistente, además de que los demandantes lo único que tenían que hacer para vencer tales dificultades era encontrar el inmueble apropiado.

El LG (75) llegó a la conclusión de que no existía un defecto de la casa en el sentido de los §§ 459 y siguientes BGB (referidos a la obligación de evicción por vicios ocultos), así como tampoco se podía aplicar el § 323 BGB (relativo a la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida), pues el demandado no había asumido la obligación de conseguir la instalación de las casitas en el inmueble apropiado. En consecuencia, los demandantes estaban obligados al pago del precio y a la aceptación de las casitas.

El OLG (76), instancia superior, entiende que se ha producido la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) y los demandantes no están obligados al cumplimiento del contrato, ya que de haber tenido conocimiento preciso de la situación no hubiesen optado por su celebración.

Interpuesto recurso ante el BGH (77), este tribunal valora las falsas representaciones de las partes en el momento de la conclusión del contrato no como un error común en los motivos, sino como expectativa errónea. En consecuencia, no se debe producir la liberación del deudor, sino la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Según el BGH, se trata de un supuesto de representaciones comunes a ambas partes y en consecuencia, éstas deben compartir el riesgo derivado de la frustración de sus expectativas. La parte demandante asume el riesgo de que las autoridades no concedan autorización para la instalación de las casitas sobre el inmueble arrendado. El vendedor, por su parte, debe responder de que efectivamente las casitas van a poder instalarse (en el inmueble que sustituya al anterior) (78).

También se estima una alteración de circunstancias que forman parte de la base del negocio en la *sentencia OLG Oldenburg de 23 de julio de 1991 [NJW (79) 1992, 1461]*. Dichas circunstancias vienen representadas por las ayudas económicas concedidas por las partes a la hija y al yerno para construir la vivienda familiar, que se entienden realizadas bajo el presupuesto

---

(75) *Landgericht* (equivalente español al Juzgado de 1.ª Instancia).

(76) *Oberlandesgericht* (Tribunal de apelación).

(77) *Bundesgerichtshof* (Tribunal de casación, última instancia).

(78) STÖTTER, 1967: 149. Este caso es, en opinión del comentarista, un ejemplo más de la inseguridad que rodea a la jurisprudencia a la hora de decidir si en un caso en concreto se puede hablar de pérdida de la base del negocio. Además hay que tener en cuenta otro factor de inseguridad, cual es el de determinar las consecuencias derivadas de la pérdida de la base del negocio.

(79) *Neue Juristische Wochenschrift*.

tácito de la subsistencia del matrimonio. Si con posterioridad los cónyuges se separan, los padres tienen derecho a recuperar del yerno la parte de ganancia obtenida por él según la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En este caso, el demandado estuvo casado con la hija de los demandantes desde 1977 hasta 1989. El matrimonio pensó construir una casa familiar y con tal fin compraron un inmueble. Los padres de la esposa transfirieron a la cuenta del matrimonio una cantidad de 60850 DM para ayudarles económicamente en la construcción de la vivienda familiar. A comienzos de febrero de 1988, los cónyuges se separaron. El LG desestimó la pretensión de restitución ejercitada por los padres. El OLG estimó el recurso interpuesto por los demandantes. En consecuencia, el demandado debía restituir la cantidad de 30425 DM porque la vigencia del matrimonio constituía la base del negocio de la donación realizada por los padres.

Asimismo, el caso sometido a decisión de la OLG Karlsruhe y resuelto por *sentencia de 15 mayo 1992 (NJW 1992, 3176)* era el siguiente: Los demandados, una asociación musical de deportes y festejos de una determinada localidad debía organizar los preparativos de la fiesta de carnaval. Para ello contrataron a un grupo de cinco músicos, que deberían encargarse de la actuación musical. Los honorarios de los músicos se calcularían en función de un tanto por cien del precio de entrada. No obstante, como consecuencia del estallido de la guerra del Golfo, las autoridades prohibieron la cesión del local donde deberían llevarse a cabo las actuaciones. En consecuencia, los músicos demandan el pago de sus salarios porque parten de la idea de que la realización de las actuaciones, a pesar de la guerra del Golfo, todavía sigue siendo posible. Los demandados, no obstante, alegan no ser culpables de que las normas de orden público no hayan hecho posible la celebración de la fiesta.

En primera instancia se reconoce el derecho de los demandantes a obtener 12.528 DM. El OLG estima la apelación y sentencia que no procede la indemnización de daños con fundamento en la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) porque la disponibilidad del local fue base del negocio para ambas partes contratantes. El riesgo afecta, pues, a ambas. Los demandados tenían tanto interés como los demandantes en que se llevase a cabo la actuación. Por tanto, es contrario a la buena fe obligar a los demandados a indemnizar (80).

---

(80) Se estima asimismo la pérdida sobrevenida de la «Geschäftsgrundlage» en el caso de la BGH de 25-10-1989 (NJW 1990, 314). Las partes habían celebrado un contrato de «leasing» que tenía por objeto una máquina que el arrendatario iba a emplear en su clínica dental y que debía elegir de entre las que se encontraban en los almacenes de la sociedad X (vendedor). Después de la entrega del aparato se produjo la aceptación por el arrendatario, pero al mismo tiempo le comunicó al arrendador que la cosa adolecía de defectos que impedían su utilidad. Finalmente, el arrendatario resolvió el contrato de compraventa debido a los vicios que presentaba la cosa. A partir de entonces, el arrenda-

## 2. INEXISTENCIA DE ASUNCIÓN CONTRACTUAL O LEGAL DEL RIESGO

No se cumple con este requisito en la *sentencia BGH de 8 de febrero de 1978 (JZ 1978, 235)* cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: la ciudad demandante había celebrado con la empresa demandada un contrato de suministro de petróleo para calefacción, pactándose un precio fijo para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1973. Como consecuencia de la crisis del petróleo, a principios de diciembre de 1973 el precio del barril se incrementa en más de 600 DM.

En julio de 1973 el demandado exige a la demandante una adaptación del precio a las nuevas circunstancias, ya que su empresa se encontraba en una situación económica difícil. Ante la negativa del demandante de modificar el precio, en septiembre de 1973, la empresa suministradora comunicó al demandante su decisión de denunciar el contrato. En consecuencia, la ciudad ejercita demanda de indemnización de daños y perjuicios frente a la empresa suministradora. La demanda es estimada en todas las instancias.

El problema central del litigio es la aplicación de doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) que había sido invocada por el demandado para liberarse de responsabilidad.

La jurisprudencia ha venido desarrollando una serie de criterios que excluirían la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) a pesar del cambio de circunstancias (81). Por ejemplo, queda excluida la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando una de las partes ha asumido expresamente en el contrato el riesgo de la realidad. Esta asunción del riesgo está implícita en los contratos especulativos, así como en contratos de determinada naturaleza, por ejemplo, en el caso de la compraventa de cosa fungible, en ella el vendedor asume el riesgo de la obtención de la misma, a no ser que se haya asegurado expresamente frente a tal riesgo incluyendo una condición. También la jurisprudencia viene entendiendo que existe una asunción implícita del riesgo en el caso de prestaciones dinerarias y no solamente en el caso de que se haya estipulado un precio fijo. No obstante, respecto de las deudas dinerarias se contemplan excepciones para el supuesto de contratos de larga duración en los casos de inflación.

---

tario dejó de satisfacer los plazos fijados en el «leasing». En consecuencia, el arrendador financiero reclamó el pago de los no satisfechos hasta el momento, así como los futuros junto a los intereses de demora. El arrendatario alegó que se había producido una pérdida de la base del negocio al tener lugar la resolución de la compraventa. En este caso entiende el BGH que procede la aplicación de la mencionada doctrina, con lo que el arrendatario tiene derecho a que se le reintegren los plazos que ha satisfecho al arrendador según las normas del enriquecimiento injusto, sin que esa cantidad se deba minorar como consecuencia del aprovechamiento que haya podido obtener el arrendatario del uso de la cosa, pues ya en el momento de la entrega declaró que no le era útil.

(81) Cfr. comentario realizado de la sentencia por BRAUN, 1979: 696.

En el caso de la sentencia comentada, el BGH rechaza la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). En primer lugar, por el acuerdo adoptado por las partes acerca del precio. La alteración de los precios no es una circunstancia imprevisible, por lo que el suministrador debería haber incluido una cláusula contractual para prevenirse de tal riesgo (previsibilidad). El otro aspecto analizado por la sentencia es que según el BGH el demandado debe responder de las pérdidas porque en atención a la crisis debería haber incrementado sus reservas de petróleo (imputabilidad). Además de que el vendedor de cosa fungible está obligado a desplegar un esfuerzo mayor en el cumplimiento.

Respecto de esta cuestión resulta interesante la sentencia *BGH 29 noviembre 1996 (JZ, 1998, 143)*. En este caso, el 19-12-1980 concluyen las partes (dos hermanos) con sus padres un contrato documentado en escritura pública en cuya virtud la hermana renuncia a su parte de la herencia a cambio de obtener un crédito (de 19.000 DM) para financiar la construcción de una vivienda. Ello con el presupuesto de que el hermano se convertiría en heredero único de la granja familiar y continuaría en la explotación de la misma. No obstante, en diciembre de 1994 el hermano enajena la mencionada granja. La demandante desea obtener información sobre las ganancias obtenidas como consecuencia de la explotación de la granja sobre la base de que el rechazo de la herencia no excluye posteriores pretensiones de mejora (en contra de la opinión mayoritaria en la literatura y en la jurisprudencia). El tribunal de apelación (OLG) había admitido la pretensión de la demandante.

Interpuesto recurso ante el BGH, entiende el tribunal que existe una cuestión jurídica que debería tenerse en cuenta que hasta ahora ha sido pasada por alto y es la posible adaptación del contenido del contrato a causa de la pérdida de la base del negocio representada por la voluntad de los padres de que el hijo continuase con la explotación familiar. La demandante alegó que había renunciado a la herencia simplemente debido al deseo de sus padres de mantener el negocio familiar bajo la explotación de su hermano y de sus descendientes. Si esa era la base del negocio («Geschäftsgrundlage») entonces se debe entender que ha desaparecido cuando después de diez años el hermano ha enajenado la granja.

En este caso entiende el tribunal que la protección de uno de los herederos en perjuicio del otro tenía su sentido en el mantenimiento de la explotación familiar en manos del hermano. En consecuencia, estima la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) que debe tener como consecuencia en el caso enjuiciado la participación de la demandante en las ganancias del hermano (82).

---

(82) KUCHINKE (1998: 143 y sigs.) comenta esta sentencia y llega a una conclusión distinta. El riesgo de un contrato de mejora reside en que el renunciante desconoce cómo

A diferencia de la sentencia BGH de 23 de marzo de 1996 (referida a la compraventa de casitas de madera para instalarlas en un determinado inmueble), en la *sentencia OLG Rostock de 23 de febrero de 1995 (NJW 1995, 1104)*, se entiende que si se adquiere un inmueble en las afueras para construir casas de verano de acuerdo con el Plan urbanístico, no tiene lugar la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando con posterioridad resulta que esa finalidad no es posible debido a la nueva situación urbanística del inmueble. La situación litigiosa es la siguiente: los demandados habían comprado del demandante, a finales de 1990, un inmueble en la zona del Mar del Norte donde pensaban construir viviendas para pasar las vacaciones. Los compradores eran conscientes de que aun no se había promulgado el plan de ordenación urbana de la zona. En 1994 se promulgó dicho plan prohibiendo la construcción sobre el inmueble adquirido por los demandantes. En consecuencia, los compradores interpusieron demanda solicitando la restitución del precio.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia, interpuesto recurso de apelación, el OLG declara no haber lugar al mismo. En opinión del tribunal, la edificabilidad no es una característica del objeto del contrato en el sentido del § 459 BGB. Para que el vendedor garantice una determinada cualidad del inmueble es necesario una declaración expresa o tácita de aquél, incluida en el contrato, en la que se especifiquen cuáles son las consecuencias en el caso de que el objeto vendido carezca de esa cualidad. Si el vendedor simplemente declara que el terreno es edificable, ello no constituye garantía alguna. Además los compradores eran conscientes de que el inmueble no era edificable en el momento de la celebración del contrato. En todo caso, esa declaración del vendedor iría referida a la edificabilidad futura.

Me parece interesante el razonamiento de la sentencia en cuanto a cómo se debe repartir el riesgo de determinados acontecimientos entre las partes: en opinión del tribunal, no puede invocar la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) aquella de las partes que está obligada a soportar el riesgo. El reparto de los riesgos se puede efectuar según criterios extraídos de los distintos tipos contractuales del BGB, pero también pueden ser útiles los acuerdos expresos o tácitos de las partes en el contrato en particular. En este caso, tratándose de un contrato de compraventa, de la regulación típica del BGB se deduce que es el comprador el que debe soportar

---

va a desarrollarse el patrimonio hasta la muerte del causante, es él quien debe soportar ese riesgo. En consecuencia, un error acerca de la situación inicial no puede legitimar a las partes a impugnar el contrato por error o bien, a apelar al error sobre la base del negocio, debido a su falta o a su cambio. Se trata simplemente de un error en los motivos. En consecuencia, el que en virtud de un contrato de mejora rechaza cualquier pretensión futura sobre la herencia no puede después exigir una participación en las ganancias ni del causante ni del adquirente del patrimonio rechazado.

el riesgo de no poder emplear el objeto comprado al fin previsto. Si el objeto del contrato es un inmueble sobre el que se pretende construir, puesto que el contrato incluye un elemento de inseguridad, las posibles perturbaciones de la base negocial son previsibles, en consecuencia, es una carga del posible afectado prevenirse de tal riesgo incluyendo una cláusula en el contrato.

En el caso enjuiciado no se podría aplicar la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) porque los compradores asumen el riesgo de la edificabilidad futura. Para prevenirse de tal riesgo podrían haber incluido una cláusula resolutoria. Tampoco existe responsabilidad del vendedor por *culpa in contrahendo*, esta responsabilidad solamente sería exigible si el vendedor hubiese dado informaciones falsas a los compradores acerca de la edificabilidad del inmueble, lo que no se produce en este caso (83).

La *sentencia BGH de 26 de septiembre de 1997 (NJW 1998, 589)* resuelve la situación litigiosa surgida como consecuencia del contrato de compraventa celebrado entre una autoridad pública y una empresa en cuya virtud la primera adquiriría de la segunda unos terrenos para construir un «parking» al servicio de la empresa del vendedor. Transcurridos dos años y medio desde la compra se produjo un cierre de la empresa vendedora. En consecuencia, el comprador ejercita demanda solicitando la resolución de la compraventa. El LG estima la demanda. El OLG desestima el recurso, lo mismo que el BGH.

En opinión del BGH, el comprador soporta el riesgo de que se frustre el fin del contrato de compraventa, ya que según el tribunal, no existe lugar para la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) cuando el que la invoca es quien debe soportar el riesgo, como sucede en el caso enjuiciado. A ello nada obsta (como alega la recurrente) que la adqui-

---

(83) No se estima tampoco la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» en la *sentencia BGH de 27 de septiembre de 1991 (NJW 1992, 182)*: las partes litigantes habían celebrado en fecha 16-7-1987 un contrato de compraventa que tenía por objeto un inmueble. En una de las cláusulas del contrato se fijaba que el fin del contrato era la permuta del inmueble con otro del señor K., ya que de este modo se conseguiría una mejor protección frente a las aguas pluviales, así como frente a la inmisión de nitrato en el manantial de agua del inmueble. Con posterioridad a la celebración del contrato se frustró el fin para el que los adquirentes pensaban destinar el inmueble porque las autoridades administrativas no concedieron el permiso pertinente. Tanto el LG como el OLG desestimaron la pretensión del demandante de pago del precio, ya que se había producido una pérdida de la base del negocio al no poder aplicar el comprador el inmueble al fin previsto. El BGH estima el recurso de casación interpuesto. En su opinión, la simple circunstancia de que se fije en el contrato el fin al que pensaba dedicar el bien el comprador no significa que el vendedor deba asumir el riesgo de la irrealizabilidad de dicho fin, puesto que en el contrato no se contenía previsión expresa para el caso de que dicho fin no pudiera cumplirse. De las circunstancias tampoco se desprende que el vendedor se dejase atribuir tal riesgo. La frustración del fin no era imprevisible en el momento de la celebración del contrato, en consecuencia, los adquirentes deberían haber incluido en el contrato un remedio para prevenirse frente a tal riesgo.

sición se hiciera para un fin público y que hubiera podido alcanzarlo igualmente mediante expropiación.

### 3. RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES INEXIGIBLE

Se entiende que no se ha producido una ruptura de la equivalencia entre las prestaciones en la *sentencia BGH de 31 de mayo de 1990 (NJW 1991, 1478)*. Una discográfica pretende comprar los derechos para la representación de una ópera del compositor fallecido en 1949, R. Strauss. Sin embargo, duda de si el demandado, representante de la «Bayerischen Staatsoper» en Munich, tiene legitimación para la representación de la misma (la razón de esa discusión es la elevada suma que ésta exige para comprar los derechos de explotación). El demandado aporta como prueba un contrato celebrado entre la autoridad competente en aquella época y el propio compositor celebrado en fecha 18/29-1-1906. En él se estipula el derecho del autor a obtener un porcentaje del 6 por 100 de lo recaudado en cada representación. Este porcentaje se ha ido aplicando desde entonces.

El demandante ejercita demanda con la pretensión de que se declare que el demandado no está legitimado para la representación de la ópera (el contrato de 1906 no le legitima para ello), subsidiariamente que se declare resuelto el contrato como consecuencia de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). El LG desestima la demanda, el OLG la estima. El BGH declara haber lugar a la revisión solicitada por el demandado. El argumento del tribunal *a quo* es que desde 1906 hasta la fecha se ha producido un cambio importante de la situación económica, lo que provoca una ruptura de la equivalencia de las prestaciones que legitima al demandante a denunciar el contrato. El sistema de financiación para la representación de la ópera ha cambiado con respecto a aquella época, antes los ingresos se obtenían principalmente de la venta de tickets, ahora lo obtenido en taquilla no es la principal fuente de financiación (por ejemplo, se obtienen subvenciones). El tribunal de instancia reconoce que en los contratos de larga duración que no contienen cláusulas de adaptación, sólo de modo excepcional es posible una modificación de la remuneración acordada, en concreto en aquellos casos en los que el equilibrio de las prestaciones se ve de tal forma perturbado que se supere el riesgo normal vinculado a tal contrato, frustrándose los intereses de la parte perjudicada. En opinión del BGH, el remedio de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) solamente podría aceptarse en el caso en que el contrato tuviese para la parte perjudicada consecuencias irreconciliables con la equidad. En concreto, en el caso enjuiciado se debe ver si la remuneración que resulta del contrato y la que es normal en los tiempos presentes facultaría

para la modificación del contrato de acuerdo con lo anteriormente expuesto. Es un dato a tener en cuenta que el contrato de 1906 contenía una limitación temporal, se debía aplicar durante la vigencia del reinado de Baviera, sin embargo, el contrato había seguido rigiendo las relaciones entre las partes hasta 1974, sin que se formulara ninguna objeción, lo que indica que al menos tácitamente el demandado asumía las condiciones del contrato. En consecuencia, no procede su revisión y tampoco el remedio más grave de la resolución del contrato. Reitera el BGH que en los contratos de larga duración la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) tiene como consecuencia preferente la adaptación antes que la resolución del contrato. Además de que no existe en este caso una ruptura de la relación de equivalencia que faculte para la aplicación de tal doctrina.

Por el contrario, tal ruptura sí que tiene lugar en el caso de la *sentencia LG Berlin de 27 de agosto de 1993 (NJW 1994, 807)* que se puede resumir del modo siguiente: los demandados habían adquirido acciones de la sociedad demandante, cuyo precio se había fijado en atención a la decisión adoptada anteriormente por la sociedad de llevar a cabo un incremento del capital social. Como dicho incremento de capital no llegó a producirse debido a que devino ineficaz por defectos formales, los demandados alegaron que no estaban obligados a pagar el precio de compra. La demanda fue estimada parcialmente. En opinión del tribunal, se debe proceder a una adaptación del contrato de acuerdo con la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) que tiene su fundamento legal en el § 242 BGB, para restablecer el equilibrio patrimonial. Esa relación de equivalencia se había construido teniendo en cuenta el incremento del capital social, como ello ya no es posible, se debe reducir el precio de la acción a 50 DM, ya que a ese precio habían adquirido los demandantes las acciones del único accionista de la sociedad. En consecuencia, el precio se debe reducir de 184 DM a 50 DM, debido a la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio).

#### 4. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLE

En el caso de la *sentencia BGH de 11 de marzo de 1982 (JuS 1984, 758)* las partes litigantes habían celebrado en 1975 un contrato en virtud del que la parte demandante se comprometía a instalar una máquina en un matadero que se estaba construyendo en Irán. La máquina fue entregada en 1977, no obstante, no se pudo instalar debido a la difícil situación política del país en aquellos momentos. En el precio global fijado se incluía el precio del montaje. El demandado (una entidad crediticia) paga la parte relativa al transporte y entrega de la máquina, pero no el precio del montaje.

Al contrario de las anteriores instancias judiciales, el BGH entiende que el demandante se ha liberado de su obligación de instalar la máquina según el § 275 I BGB (que establecía, antes de la reforma, la liberación del deudor en el caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación), ya que la prohibición de las autoridades de proseguir la construcción de la granja constituye un supuesto de imposibilidad jurídica equivalente a la imposibilidad física.

En cuanto a la pretensión del demandante de que la entidad crediticia le satisfaga el importe completo de la obra, se barajan por el BGH como posibles remedios los contenidos en los §§ 323 y siguientes (que se refieren a la imposibilidad sobrevenida en los contratos sinalagmáticos), junto a los §§ 644, 645 BGB (preceptos relativos al contrato de obra), en tanto que se den los presupuestos para ello.

En principio, es el contratista el que asume el riesgo de acuerdo con el § 644 I BGB (hasta la aceptación de la obra), de modo que debe responder no solamente en los casos de una pérdida sobrevenida de la obra, sino también cuando ésta deviene impracticable. Por otro lado, el § 645 I BGB contempla la posibilidad del contratista de obtener la indemnización correspondiente a una parte proporcional del precio y de la ganancia esperada cuando la pérdida de la obra se deba a razones de las que el comitente deba responder (defectos de calidad de los materiales aportados por el comitente, indicaciones incorrectas dadas por éste). La solución que adopta el BGH es la siguiente: puesto que el demandado posee una mayor experiencia como empresa que desarrolla su actividad en el ámbito internacional, sería aceptable que la imposibilidad recayese dentro de su esfera de riesgo, aplicándose el antiguo § 324 BGB (según éste, en un contrato bilateral, cuando la prestación que corresponde efectuar deviene imposible debido a una circunstancia de la que la otra parte debe responder, sigue teniendo derecho a obtener la contraprestación). En consecuencia, el demandante tendría derecho a obtener la prestación que le corresponde (pago de la totalidad del precio estipulado).

La aplicación del § 645 I BGB se rechaza en este caso porque la impracticabilidad del montaje no era debida ni a la persona del demandado ni a una razón que estuviese en su mano, sino simplemente fue provocada por las circunstancias políticas de Irán. En consecuencia, en opinión del tribunal, se debe determinar quién de los dos, el demandante o el demandado, debe soportar el riesgo de que se produzca una frustración del contrato de obra estipulado. En este sentido, se basa el BGH en la gran experiencia del demandado en el tráfico internacional, especialmente en Irán, así como que éste se encontraba en una relación directa con el mandante iraní y que por tanto, debía contar con el peligro de que se viese impedida la realización de la prestación. Además, el tribunal alega que mediante el crédito documentario concertado el demandado se encontraba en cierto modo protegido, ya que

había recibido la totalidad del valor de la prestación ya ejecutada por el demandante (84).

También relacionada con la situación política de Irán es la *sentencia BGH de 8 de febrero de 1984 (JuS 1986, 272)*. En este caso el demandante era una empresa cervecera alemana, el demandado una empresa de importación de cerveza iraní. En 1977 el demandante compró una determinada partida de cerveza por un precio global de 184.320 DM. Del reparto resultó que un 40 por 100 de la mercancía estaba deteriorada (ello constituía una parte del precio de 73.728 DM). Las partes celebraron el siguiente negocio de fijación (85): el demandado debería pagar al demandante de inmediato 20.000 DM así como otra cuantía similar en un momento posterior. Además el demandado debería fijar un precio especial para el demandante hasta el 31-5-1980. Ese precio especial lo valora el tribunal en una ventaja para el demandante de 54.000 DM. En total, las ventajas para el demandante se valoraban en 94.000 DM, mientras que para el demandado sus ganancias se obtendrían de la cerveza que vendiese en el futuro. El demandado pagó 20.000 DM, mientras que los posteriores negocios entre las partes se vieron impedidos como consecuencia de la revolución en Irán y de la prohibición de consumo de alcohol resultante de ésta.

---

(84) KRONKE (1984: 758 y sigs.), que comenta la sentencia, sugiere la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» al supuesto litigioso. En su opinión, esta solución hubiera sido mucho más clarificadora, porque no hubiera sido necesario ajustarse a los estrechos márgenes de las reglas sobre la lesión del crédito y dada la mayor flexibilidad de esta doctrina, se hubiera podido encontrar una solución más justa. En el caso enjuiciado, el cambio de la situación política de Irán afecta a la base del negocio, pudiendo interpretarse como un caso típico de falta de equivalencia de las prestaciones (pérdida de ganancia) o de frustración del fin del negocio (la correcta realización de la prestación por parte del contratista ya no lleva aparejada ninguna ventaja económica para el comitente como consecuencia del cambio de circunstancias). Ahora bien, si el cambio de circunstancias hubiera sido previsible, no hubiese tenido ningún efecto sobre el contrato, puesto que las partes podrían haber tomado medidas para protegerse de tales dificultades. Cuando los cambios políticos pudieron preverse por las partes —como ha apreciado el BGH en el caso del demandado— podrían haberse tomado medidas protectoras (por ejemplo, contratando un seguro).

(85) «Vergleich»: en el Derecho alemán es un contrato bilateral en cuya virtud las partes pretenden evitar una futura contienda así como una posible situación de incertidumbre. En la práctica es frecuente que ocurra lo siguiente: el que ha causado un daño a otro paga los daños ya producidos, mientras que el dañado declara encontrarse satisfecho, incluso también para los daños futuros que todavía no han llegado a producirse. El § 779 BGB regula el posible error de las partes acerca de la situación existente en el momento de celebrar el contrato. En este caso, el contrato es nulo y no se precisa su impugnación. Este precepto recoge una proyección de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage»: cuando el supuesto de hecho tenido en cuenta por las partes no se corresponde con la realidad o cuando la situación litigiosa o de incertidumbre no hubiese tenido lugar si se hubiese valorado correctamente la situación fáctica existente en el momento de contratar.

El demandante exige de B una cantidad de 53.728 DM (40 por 100 de la cantidad satisfecha, menos los 20.000 DM obtenidos). El LG estima la demanda. El OLG condena al pago de 37.000 DM y rechaza en lo restante la demanda. El BGH declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

El BGH rechaza la aplicación del § 779 BGB al presente caso porque, en su opinión, este precepto se refiere al estado de cosas existente en el momento de conclusión del contrato y no a los acontecimientos futuros. Añade que el negocio de fijación celebrado entre las partes debe valorarse de acuerdo con el § 242 BGB. El tribunal aplica a este caso la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), tal y como fue descrita por OERTMANN (como representación común a ambas partes o solamente de una de ellas reconocible por la otra y a la que ésta no formula objeción, y sobre la que se construye la voluntad negocial). El tribunal entiende por «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) en el presente caso la esperanza común a ambas partes de que van a ser posibles en el futuro nuevas negociaciones entre ellas. Aunque es riesgo del comprador que no pueda aplicar la cosa al fin previsto por ella en el momento de contratar, el BGH entiende que esta máxima no es aplicable al presente caso porque no se trata de un contrato de compraventa, sino de un negocio en cuya virtud el demandado quiere indemnizar al demandante por los daños que se le han ocasionado como consecuencia del deterioro de las mercancías.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, los daños que se han ocasionado derivados de este cambio de circunstancias deben soportarse por igual, es decir, el demandado debe pagar al demandante la mitad de la cuantía estipulada en el negocio de fijación («Vergleich»), 10.000 DM, así como 27.000 DM, la mitad de la cantidad que iba a ahorrarse debido al trato de favor en el precio estipulado. Por el contrario, los 20.000 DM que ya han sido pagados no se deben restituir, porque el «Vergleich» refleja la misma situación que debería ser compensada. El demandante tiene unas pérdidas valoradas en 37.000 DM, pero se ha ahorrado gastos y riesgos. El demandado se ha ahorrado 37.000 DM, pero ha perdido su negocio (86).

---

(86) En opinión de WIELING (1986: 272 y sigs.), que comenta esta sentencia, el supuesto enjuiciado se incluye en las llamadas catástrofes sociales como ámbito de aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage». Sin embargo, en este caso debería excluirse la aplicación de tal doctrina porque existe previsión expresa en el BGB, se trata del § 779 BGB, ya que ambas partes contratantes estaban en un error acerca del supuesto fáctico que en realidad no se dio. Este error residía en la posibilidad de futuras negociaciones entre ellas. No obstante, el BGH no aplica el § 779 BGB porque de acuerdo con este precepto, el supuesto de hecho al que se refieren las partes debe ser actual y no futuro. Sin embargo, el § 779 BGB habla de supuesto fáctico, pero no expresa si éste debe ser contemporáneo a la celebración del contrato o futuro. Probablemente el Tribunal trataba de evitar la rigurosidad que conllevaría la aplicación del § 779 BGB: la ineficacia del contrato. La doctrina de la «Geschäftsgrundlage» permite al tribunal una mayor flexibilidad en la determinación de las consecuencias jurídicas (hemos visto que el tribunal

No se considera imprevisible el cambio de circunstancias en la *sentencia BGH de 11 de marzo de 1993 (NJW 1993, 880)*: el tribunal de instancia había constatado que el demandante tenía derecho la entrega de la serie sobre la vida de Hemingway en su versión de ocho horas, al ser ésta la versión original. Lo que se discute es que las partes fijaron sus recíprocos derechos y deberes de acuerdo con una serie que duraba seis horas. Sin embargo, las partes no acordaron en el contrato cuántas partes debería tener la serie ni cuántas horas debería durar. En opinión de la demandada, una serie de ocho horas supone unos costes de producción mayores, por lo que se debe proceder a una adaptación del contrato a la nueva base del negocio. En opinión del BGH, esta adaptación no procede. El rechazo de la aplicación de la doctrina se debe a dos factores, por un lado no se produce un desequilibrio exorbitante entre las prestaciones, que coloque a la parte perjudicada en una situación insoportable. Por otro lado, no se da el requisito de la imprevisibilidad. El desequilibrio de las prestaciones en este caso surge por la decisión única del demandado, no influida por el demandante, de producir una serie de ocho horas en vez de seis. Si hubiera querido prevenirse frente a dicho riesgo debería haber incluido una cláusula en el contrato.

##### 5. INIMPUTABILIDAD DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

En el caso de la *sentencia de la KG (87) Berlín de 21 de enero de 1997 (NJW 1998, 663)* las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble sobre el que se pretendía construir. El LG Berlín dicta sentencia ordenando la restitución del precio de compra al adquirente a cambio de que éste le retransmitiese el inmueble (el adquirente ya había transmitido el inmueble por un valor de 550.000 DM). El fundamento jurídico de la resolución recaía en que había tenido lugar una pérdida de la base del negocio por cuanto que había sido determinante para la celebración del contrato la seguridad ofrecida por el vendedor acerca de la aptitud del inmueble para ser edificado, cuando dicha aptitud no era tal. El KG Berlín admite asimismo la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio), pero con un fundamento distinto al alegado por el LG. En opinión del KG Berlín, es cierto que el comprador asume el riesgo de no poder emplear la cosa comprada al fin que tenía previsto, ello aunque el vendedor

---

adopta una solución salomónica en cuanto al reparto de las pérdidas). Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, BROCKMEYER (1993: 149 y sigs.) propone que en este caso el importador iraní podría considerarse como un «superior risk bearer» en la medida en que podía valorar la situación económica, social y cultural del Irán mejor que la empresa cervecera alemana.

(87) Kammergericht.

tuviese conocimiento de este fin, a no ser que las partes hayan previsto otra cosa expresamente en el contrato. En este sentido, el simple hecho de que el precio acordado se acerque al precio del solar para construir no implica que el vendedor garantice la edificabilidad del inmueble. Sin embargo, en este caso en concreto el demandado-vendedor ha invertido el reparto de los riesgos, ya que informó de modo falso a las autoridades acerca del destino del inmueble, lo que provocó que finalmente no se pudiera construir sobre él. De este modo, su conducta vulnera la buena fe cuando para neutralizar la aplicación al caso de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) apela al reparto de riesgos por él provocado. El BGH no estimó la revisión de la mencionada sentencia.

#### V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «GESCHÄFTSGRUNDLAGE»

En cuanto a las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) hay que distinguir entre la situación anterior y posterior a la reforma.

Antes de la reforma, la doctrina y la jurisprudencia habían señalado dos posibles consecuencias: la adaptación de la regla contractual a la nueva situación fáctica y la resolución del contrato. Tanto la doctrina como la jurisprudencia venían defendiendo la primera solución para los supuestos de ruptura del equilibrio de las prestaciones, pero no para los casos de frustración del fin del contrato, ya que en éstos sería mejor proceder a resolver el contrato.

La adaptación del contrato tenía lugar *ipso iure*, una vez se ejercitaba demanda ante los tribunales solicitando la aplicación de la doctrina de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio). Para ello los jueces llevaban a cabo una interpretación integradora del contrato, tratando de aproximarse a la regla contractual original según un criterio de carácter objetivo (88). No obstante,

---

(88) SCHMIDT-RIMPLER, 1955: 30. En su opinión, como la mayoría de los casos de la pérdida de la «Geschäftsgrundlage» son supuestos de lagunas contractuales, en este sentido, es posible pensar en una corrección del contrato. Si ello no fuese posible, la solución sería la resolución del contrato antes que la impugnación por error, esta solución está en concordancia con las normas del contrato de compraventa que conceden un derecho de resolución en los casos de vicios del objeto vendido. En cuanto a las consecuencias jurídicas, CHIOTELLIS (1981: 178) entiende que son distintas en los casos en que la inexigibilidad se presente como especialmente grave o no. En el primer caso debe procederse a la resolución del contrato, en el otro a su adaptación a las nuevas circunstancias. En opinión de FIKENTSCHER (1971: 107), en los casos en que se produzca un cambio en la base del negocio que haga inexigible el cumplimiento, se debe llevar a cabo una adaptación de su contenido («Anpassung»). La diferencia de la tesis de este autor con la de otras teorías

no se pueden extraer de la jurisprudencia criterios acerca de cómo debería llevarse a cabo la adaptación, ya que muchas veces los jueces tienen en cuenta el comportamiento de las partes en sentido económico para encontrar la solución más ajustada al caso.

La solución cambia tras la incorporación del nuevo § 313 en el BGB. De acuerdo con esta norma, la adaptación del contrato no puede tener lugar de modo automático, sino que el precepto concede a la parte interesada una pretensión de adaptación del contrato a las nuevas circunstancias (89).

Así, según algún autor (90), aunque el nuevo § 313 BGB no dice cómo debe realizarse la adaptación, se debe presumir que la misma debe organizarse de común acuerdo por las partes, dejando en segundo plano el papel del juez. Solamente cuando la adaptación no fuere posible o inexigible a una de las partes, se debería resolver el contrato con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, si es que procede. En consecuencia, según el nuevo Derecho alemán, las partes disponen de una gran libertad, de modo que deberán renegociar el contrato y sólo cuando ello no sea posible, solicitar la resolución. Esta interpretación está en coherencia con los Principios de Derecho Europeo de Contratos (91).

Por otro lado, en la adaptación se debe tener en cuenta el reparto de riesgos contractual o legal, ya que la adaptación del contrato es también un aspecto del reparto del riesgo (se debe determinar quién debe soportar el riesgo de ese cambio). En consecuencia, cuando en el contrato se prevé esa eventualidad, se debe respetar su contenido sin que quepa su modificación.

---

anteriores es que éstas tenían en cuenta para la adaptación el § 242 BGB relativo a la buena fe, mientras que el autor propone una solución en la redistribución de los riesgos. Sobre las consecuencias jurídicas, cfr. asimismo HÄSEMAYER, 1980: 83.

En la jurisprudencia analizada, se procede a la modificación del contrato, entre otras, en las siguientes sentencias: BGH de 23 de marzo de 1966 (JZ 1966, 409), BGH de 8 de febrero de 1984 (JuS 1986, 272), BGH de 29 de noviembre de 1996 (JZ, 1998, 143), OLG Karlsruhe de 15 de mayo de 1992 (NJW 1992, 3176) y LG Berlín de 27 de agosto de 1993 (NJW 1994, 807). Por otro lado, estiman procedente la resolución las sentencias BGH de 25 de octubre de 1989 (NJW 1990, 314), KG Berlín de 21 de enero de 1997 (NJW 1998, 663) y OLG Oldenburg de 23 de julio de 1991 (NJW 1992, 1461).

(89) Cfr. en este sentido, SCHMIDT-KESSEL; BALDUS, 2002: 2076. Según estos autores, así como desde el punto de vista de los presupuestos no existe una diferencia fundamental entre la doctrina jurisprudencial de la «Geschäftsgrundlage» (base del negocio) y el actual § 313 BGB, no sucede lo mismo en relación con las consecuencias jurídicas. Así, de acuerdo con el § 313 BGB, la adaptación del contrato no se produce *ipso iure*, sino que la norma concede a las partes una pretensión de adaptación. Asimismo, vid. PEER, 2001: 70-71.

(90) Vid. CASHIN-RITANE, 2001: 101 y sigs.

(91) El artículo 611 PECL se refiere a la institución del cambio de circunstancias («Change of circumstances»). En cuanto a las consecuencias jurídicas, dicha norma establece una graduación de remedios, en primer lugar, la renegociación del contrato por las partes, y si ello no es posible, la adaptación o la resolución del mismo por el juez.

Lo mismo si ese cambio es previsible o la ley determina quién debe soportar el riesgo.

En segundo lugar, se deben tener en cuenta límites de tipo económico: la adaptación no es posible cuando una de las partes está asegurada frente a dicho riesgo o cuando el contrato representa simplemente una pequeña parte en relación con la totalidad de su patrimonio. Tampoco tendría lugar cuando el acreedor estuviese en situación de satisfacer su interés de otro modo a un coste más bajo, en este caso debería resolverse el contrato con o sin indemnización de daños y perjuicios según los casos (92).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABAS, P. (1993), *Rebus sic stantibus*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München.
- BAUR, J. (1987), «Die Anpassung langfristiger Verträge an veränderte Umstände», *JBl*, págs. 138 y sigs.
- BIERSCHENK, K. O. (1933), *Vertragstreue. Ein Betrag zur Lehre von der sogenannten clausula rebus sic stantibus. Voraussetzung, Geschäftsgrundlage und verwandten Lehren*, Tesis Doctoral (Imprenta: Druck C. Trute, Quakenbrück), Marburg.
- BRAUN, J. (1979), «Wegfall der Geschäftsgrundlage. BGH, WM 1978, 322», *JuS*, págs. 692 y sigs.
- BROCKMEYER, G. (1993), *Das Institut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts*, Verlag Peter Lang, Frankfurt.
- CANARIS, C. W. (2001), «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *JZ*, págs. 499 y sigs.
- CASHIN-RITANE, E. (2001), «Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr», en AA.VV., coord.: Helms, T.; Neumann, D.; Caspers, G.; Sailer, R., Schmidt-Kessel, M., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001. Das neue Schuldrecht*, Freiburg, págs. 85 y sigs.
- CHIOTELLIS, A. (1981), *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagestörungen in Schuldverträgen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- DIEBELHORST, M. (1980), «Die Geschäftsgrundlage in der neueren Rentsentwicklung», en AA.VV., coordinados por Immenga, U., *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, págs. 153 y sigs.
- EMMERICH, V. (1997), *Das Recht der Leistungsstörungen*, Verlag C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 4.<sup>a</sup> ed., München.
- EISENSTAEDT, H. (1923), *Die WINDSCHEID'sche Voraussetzung und Oertmann'sche Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Galomon, F.), Breslau.
- FIKENTSCHER, W. (1971), *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

---

(92) CASHIN-RITANE, 2001: 102.

- FLUME, W. (1979), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, Springer, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin, Heidelberg.
- HAARMANN, W. (1979), *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*, Duncker&Humblot, Berlin.
- HÄSEMAYER, L. (1980), «Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit», en *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung. Festgabe für H. Weintauer*, Duncker & Humblot, Berlin, págs. 67 y sigs.
- IMBRUCK, F. (1932), *Voraussetzung und Geschäftsgrundlage. Eine Untersuchung über Wesen, Unterscheidung und praktische Brauchbarkeit der Begriffe. Zugleich ein Beitrag zur Frage: Positivismus oder Freiheit?*, Tesis Doctoral (Imprenta: H. Pöppinghaus), Bochum.
- JUNG, P. (1995), *Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- KAPS, F. (1927), *Geschäftsgrundlage und Bedingung*, Tesis Doctoral (Imprenta: Druck der Buch- und Offsetdruckerei Schlesische Volkszeitung), Breslau.
- KÖHLER, H. (1971), *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- KRONENBERGER, H. J. (1936), *Die Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: G.H. Nolte Düsseldorf), Giessen.
- KRONKE, H. (1984), «Konkretisierung der Risikozurechnungskriterien im Leistungsstörungenrecht», *JuS*, PÁGS. 758 Y SIGS.
- KRÜCKMANN, P. (1929), «Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt», vol. 131, *AcP*, págs. 1 y sigs.
- KUCHINKE, K. (1998), «Anmerkung zum BGH Urteil 29-11-1996», *JZ*, págs. 143 y sigs.
- LANGE, H. (1958), «Buchbesprechungen: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung», *NJW*, págs. 622 y sigs.
- LARENZ, K. (1952), «Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage», *NJW*, págs. 361 y sigs. — (1957), *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung «veränderter Umstände» im Zivilrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2.<sup>a</sup> ed., München.
- LEHMANN, H. (1952), «Mißbrauch der Geschäftsgrundlage», *JZ*, págs. 10 y sigs.
- LENEL, O. (1892), «Nochmals die Lehre von der Voraussetzung», vol. 78, *AcP*, págs. 49 y sigs.
- LITTBARSKI, S. (1981), «Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage», *JZ*, págs. 8 y sigs.
- LOCHER, E. (1923), «Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck», vol. 121, *AcP*, págs. 1 y sigs.
- MEDICUS, D. (1992), «Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen», *NJW*, págs. 2384 y sigs.
- MENSENBACH, W. (1938), *Zur Frage der sogenannten Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: G. H. Nolte Düsseldorf), Berlin.
- OERTMANN, P. (1921), *Die Geschäftsgrundlage*, Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig.
- PEER, G. M. (2001), «Die Rechtsfolgen von Störungen der Geschäftsgrundlage. Ein Vergleich zwischen § 313 RegE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

- und dem geltenden deutschen und österreichischen Recht sowie modernen Regelerwerken», en AA.VV., coord.: Helms, T.; Neumann, D.; Caspers, G.; Sailer, R., Schmidt-Kessel, M., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001. Das neue Schuldrecht*, Freiburg, págs. 61 y sigs.
- RHODE, H. (1925), «Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt», vol. 124, *AcP*, págs. 257 y sigs.
- ROLLAND, W. (1993), «Vorschläge für ein neues Schuldrecht in Deutschland», [www.cnr.it/CRDCS/b\\_rolland.htm](http://www.cnr.it/CRDCS/b_rolland.htm).
- SAVIGNY, F. K. (1981), *System des heutigen römischen Rechts*, t. III, Scientia Verlag Aalen, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin.
- SCHMIDT-KESSEL, M., BALDUS, C. (2002), «Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht», *NJW*, págs. 2076 y sigs.
- SCHMIDT-RIMPLER (1955), «Zum Problem der Geschäftsgrundlage», en *Festschrift für H.C. Nipperdey*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, págs. 1 y sigs.
- SEIDLER, E. (1928), *Ergänzende Vertragsauslegung und Oertmann's Geschäftsgrundlage» in ihrem Verhältnis zu einander*, Tesis Doctoral (Imprenta: Buchdruckerei E. Wurst), Breslau.
- SEYBOLD, H. (1934), *Die Geschäftsgrundlage. Eine Rechtfertigung der Lehre Oertmanns*, Tesis Doctoral (Imprenta: R. Nischkowsky), Breslau.
- SIMSHÄUSER, W. (1972), «Windscheids Voraussetzungslehre rediviva», vol. 172, *AcP*, págs. 19 y sigs.
- STÖTTER, V. (1967), «Die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage», *JZ*, págs. 147 y sigs.
- ULMER, P. (1974), «Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung», vol. 174, *AcP*, págs. 166 y sigs.
- WACUP, J. (1928), *Der augenblicke Stand der Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Universitätsverlag von Robert Noske), Borna-Leipzig.
- WEISS, J. (1927), *Von der clausula rebus sic stantibus bis zur Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral, Köllen Verlag, Bonn.
- WIELING, H. (1986), «Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Revolutionen?», *JuS*, págs. 272 y sigs.
- WINSCHIED, B. (1892), «Die Voraussetzung», vol. 78, *AcP*, págs. 161 y sigs.
- (1906), *Lehrbuch des Pandekten (unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts)*, t. I, Rütten&Loening, Frankfurt.
- ZEITLMANN, R. (1952), «Die rechtlichen Folgen des Wegfalles der Geschäftsgrundlage eines Vertrages», *BISoZArbR*, págs. 270 y sigs.

LUZ MARÍA MARTÍNEZ VELENCOSO  
 Doctora en Derecho Universidad Valencia  
 Magister Legum Humboldt-Universität Berlin

# 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 26-9-2003

(BOE 5-11-2003)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

**ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE EMBARGO. AMPLIACIÓN DE LAS CANTIDADES INICIALMENTE GARANTIZADAS. SU CONSTANCIA POR NOTA MARGINAL. PRIORIDAD REGISTRAL.**

El exceso devengado por intereses y costas durante la tramitación del procedimiento ejecutivo ordinario, respecto de las cantidades inicialmente anotadas, debe hacerse constar por nota al margen de la anotación preventiva de embargo practicada y que es registralmente la base de la ejecución, y ello a pesar de que existan otras anotaciones de embargo posteriores, pues la cantidad que consta en la anotación de embargo no es límite de responsabilidad del bien trabado, sino que todo él queda afecto por la traba al íntegro pago del crédito perseguido en el proceso en que se decreta el primer embargo. Sólo la suma que consta en la anotación es límite de responsabilidad del bien embargado en beneficio de quien haya adquirido el bien trabado en otra ejecución, quedando excluidos los terceros poseedores adquirentes voluntariamente del deudor embargado, afectando, incluso, a los adquirentes en enajenación forzosa las variaciones de las cantidades que por nota al margen de la anotación de embargo que sirva de soporte registral a la ejecución, se hayan hecho constar por nota al margen de la misma, antes de la inscripción de su adquisición en enajenación forzosa.

Tal constancia por nota al margen de la anotación de embargo que sirve de base registral para la ejecución, no implica la pérdida de la prioridad registral de la misma, mientras continúe vigente.

Resolución de 27-9-2003

(BOE 5-11-2003)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

**ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE EMBARGO PREVENTIVO. TRACTO SUCESIVO. IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN HECHA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO, DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES DEL CONSORTE POR LAS DEUDAS PERSEGUIDAS CONTRA EL DEUDOR.**

Seguido procedimiento administrativo de apremio contra un cónyuge, como administrador de una sociedad, por impago de deudas tributarias de ésta, y derivándose ejercicio de acción de responsabilidad contra aquél, no cabe admitir que pueda acordarse el embargo preventivo de bienes de su consorte, ya que la responsabilidad de los bienes de este último por las deudas perseguidas no puede acordarse en el procedimiento de apremio, sino que debe ser declarada a través del procedimiento declarativo correspondiente.

Resolución de 29-9-2003

(BOE 5-11-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

**APODERAMIENTO. HIPOTECA. FACULTADES DEL APODERADO PARA CONSTITUIR HIPOTECA CONFORME AL ARTÍCULO 217 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SOBRE FINCA ADQUIRIDA POR ÉL Y EL PODERDANTE POR MITADES INDIVISAS, EN GARANTÍA DE UN PRÉSTAMO CONCEDIDO AL MISMO Y AL PODERDANTE SOLIDARIAMENTE.**

Conferido poder a una persona para que en nombre del apoderado pueda «comprar toda clase de bienes muebles e inmuebles, o participaciones indivisas de los mismos, ...y gravarlos en garantía de cualquier obligación que contraiga, incluso préstamos que podrá concertar en su nombre el propio apoderado y en el del otorgante (poderdante), estipulando libremente los intereses, condiciones y demás pactos...», es inscribible una escritura de hipoteca, constituida conforme al artículo 217 del Reglamento Hipotecario, sobre una finca adquirida por ambos, por mitades indivisas, en garantía de un préstamo concedido a los mismos, conjunta y solidariamente, y ello como se infiere de la interpretación literal del poder y de otros criterios hermenéuticos, dado que la facultad de gravar y obligar no cabe que sea interpretada desvinculada de la de adquirir, aunque expresamente no se establezca tal conexión, pues la forma de financiar la compraventa se logra con la prestación de la máxima garantía, tanto en el plano obligacional como real.

Resolución de 30-9-2003

(BOE 25-11-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 13

**HIPOTECA. UNILATERAL. DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE DURACIÓN DE LA MISMA.**

A juicio del Centro Directivo, es inscribible una escritura de constitución de hipoteca unilateral a favor de la Agencia Tributaria sobre dos fincas en garantía de la deuda procedente de una liquidación contra la que se había interpuesto reclamación ante el Tribunal Económico Administrativo Regional correspondiente, y en la que se pactó, tras sucesivas rectificaciones, que la hipoteca «tendrá de vigencia el tiempo que dure el acuerdo de suspensión del pago de la deuda, es decir, hasta la resolución definitiva..., pudiendo prorrogarse a la vía jurisdiccional hasta la decisión firme del Tribunal Supremo...», pues la obligación garantizada existe, si bien sujeta a término incierto de exigibilidad, pero que necesariamente ha de llegar y que será aquél en que se produzca una resolución firme en el procedimiento iniciado o en los posteriores posibles. Además —siempre según criterio de la Dirección General— la obligación garantizada prescribirá en su caso, aunque registralmente no resulte la fecha del inicio del cómputo del plazo, pudiendo cualquier interesado instar la constancia en el Registro del nacimiento de la obligación o el cumplimiento de la condición.

Resolución de 1-10-2003

(BOE 25-11-2003)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 9

#### RECURSO GUBERNATIVO. DOCUMENTACIÓN EXIGIDA PARA SU INTERPOSICIÓN. OPCIÓN DE COMPRA. SU TRANSMISIÓN.

Para que se pueda interponer recurso gubernativo es necesario que el recurrente adjunte el documento original calificado o testimonio notarial del mismo, y si dicha exigencia no se cumple, debería devolverse el expediente al Registrador para que éste requiera al recurrente a fin de que en diez días subsane la falta.

Pudiendo configurarse el derecho de opción de compra como transmisible, no es posible que otra persona distinta del optante originario se convierta en comprador del bien en virtud de tal opción, si antes no media el previo negocio traslativo de dicho derecho.

Resolución de 2-10-2003

(BOE 25-11-2003)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 24

#### RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO PARA SU INTERPOSICIÓN.

El recurso ha de entenderse interpuesto dentro de plazo cuando no resulta del expediente —por no acreditarse— cuando se practicaron las notificaciones pertinentes, ni tampoco consta su recepción, habiendo emitido el Registrador, además, informe sobre el fondo del asunto.

Inscrita una finca a nombre de una persona de nacionalidad británica, con su número de pasaporte y presentada una escritura de venta en la que la misma vende, compareciendo con tarjeta de residencia de número distinto, es inscribible la misma, pues los medios de identificación utilizados, al ser distintos en la compra y en la posterior venta, dan lugar a dicha discrepancia lógica.

Resolución de 13-10-2003

(BOE 25-11-2003)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra

**GANANCIALES. PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO, Y NO GANANCIAL, DEL BIEN.**

Inscrita una finca, como ganancial, a nombre de un cónyuge por haberla adquirido para su sociedad de gananciales, no cabe cambiar la naturaleza del bien por simple acta de manifestaciones en la que se pretende su constancia registral como privativo con base a que el dinero con el que se adquirió era procedente de la venta previa de una finca que era privativa del comprador, si no media la intervención de su esposa consintiendo, pues ni siquiera estimando que la finca adquirida fuese presuntivamente ganancial, sería siempre necesario para desvirtuar tal presunción, la prueba documental pública suficiente y, además, en el presente caso, la declaración actual del comprador iría en contra de sus propios actos al haber adquirido el mismo, en su día, para su sociedad de gananciales.

Resolución de 14-10-2003

(BOE 25-11-2003)

Registro de la Propiedad de Orihuela, número 2

**COMPRAVENTA POR EXTRANJEROS. ADQUISICIÓN REALIZADA CONFORME AL RÉGIMEN LEGAL DE SU NACIONALIDAD.**

Es posible la inscripción a favor de unos cónyuges extranjeros que compran una finca con sujeción al régimen económico matrimonial propio de la legislación de su país, quedando diferido el problema de la acreditación de dicho régimen económico para el momento de la enajenación o gravamen posterior, pudiendo, incluso, quedar obviada la necesidad de que se exprese posteriormente dicho régimen en el supuesto de que tales actos dispositivos se realicen por los dos cónyuges (lógicamente, para el supuesto de anotaciones preventivas de embargo, se precisaría que fuesen demandados los dos cónyuges —si los dos son deudores—, o dirigir la demanda contra el cónyuge deudor con notificación a su consorte).

Resolución de 16-10-2003

(BOE 22-11-2003)

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet

**COMPRAVENTA. CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD. VECINDAD CIVIL CATALANA.**

No se precisa el consentimiento de los herederos forzosos del marido, de vecindad civil catalana al tiempo de su defunción, para la venta por su esposa viuda de una finca que esta última compró cuando entre ellos regía la sociedad legal de gananciales, y en cuya adquisición manifestó aquél, en su día, que el bien adquirido por su esposa era privativo de la misma, pues los de-

rechos legitimarios no recaen sobre el bien relicto, sino sobre el valor patrimonial correspondiente, dada la naturaleza de la legítima catalana y, además, porque los actos del causante —al haber confesado la privatividad del bien— vinculan a los herederos conforme a la Ley catalana, lo que permite que el cónyuge supérstite pueda disponer de la finca.

Resolución de 17-10-2003

(BOE 25-11-2003)

Registro de la Propiedad de Infiesto

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. DUDA RESPECTO DE LA IDENTIDAD DEL TITULAR REGISTRAL.**

Existe duda fundada acerca de si la demandada es la misma titular registral de la finca embargada cuando no coinciden el DNI expresado en el mandamiento con el que resulta del Registro, y ello a pesar de ser iguales su nombre y apellidos, por lo que procede suspender la práctica de la anotación.

Resolución de 18-10-2003

(BOE 25-11-2003)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 8

**TRACTO SUCESIVO. INSCRIPCIÓN DE DERECHO DE USO EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL.**

No es inscribible un derecho de uso adjudicado a uno de los cónyuges como consecuencia de una sentencia de divorcio sobre finca que no consta inscrita a nombre del otro cónyuge demandado, sino de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento, y, aunque el recurrente haya alegado que dicho tercero es una sociedad cuyos únicos accionistas fueron en su origen ambos esposos, y, que con posterioridad, la esposa deviene en única accionista porque dicha sociedad como tal no ha sido demandada.

Resolución de 24-10-2003

(BOE 22-11-2003)

Registro de la Propiedad de Trujillo

**CANCELACIÓN. POR CADUCIDAD DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.**

No puede procederse a la cancelación de determinadas inscripciones decretadas en un juicio declarativo, al haber caducado la anotación preventiva de demanda por la que el mismo se inició y hallarse inscritas las fincas a nombre de adquirentes posteriores, que no han sido parte en el procedimiento. Se reitera que la caducidad de las anotaciones opera automáticamente, aunque el asiento caducado no haya sido cancelado.

Resolución de 27-10-2003

(BOE 3-12-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

**COMPRAVENTA. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE ACTOS JUDICIALES Y DE DOCUMENTOS NOTARIALES. REPRESENTACIÓN POR EL JUEZ DE OFICIO Y POR REBELDÍA DEL DEMANDADO.**

No cabe inscribir una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa, consecuencia de la demanda interpuesta por los compradores contra los ignorados herederos de los vendedores, en la que el Juez interviene en rebeldía de dichos herederos desconocidos, pues en este caso la herencia, como patrimonio que carece transitoriamente de titular, no ha sido parte en el proceso al haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, consistente en nombrar un administrador que la represente y con quien debiera haberse sustanciado aquél, lo que es calificable por el Registrador, dada la inadecuación entre la resolución recaída y el procedimiento previsto por la Ley.

Aunque la calificación registral de las actuaciones judiciales no se extiende a la legitimación procesal ni a los trámites del procedimiento, sin embargo, su ámbito sí abarca la apreciación relativa a que el titular registral haya sido parte en el procedimiento, aunque no cabe entrar en el modo de realizar el emplazamiento.

A pesar de que el Juez intervino en la escritura representando al rebelde en ejercicio de su potestad jurisdiccional, su intervención tiene un efecto representativo por lo que el Notario autorizante debió dar fe de su legitimación —cosa que no hizo—; extremo este de la representación que es calificable registralmente.

Resolución de 28-10-2003

(BOE 3-12-2003)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2

**DIVISIÓN HORIZONTAL. VIVIENDA UNIFAMILIAR. NECESIDAD DE ACCESO A TRAVÉS DE UN ELEMENTO COMÚN O A LA VÍA PÚBLICA.**

La Dirección General vuelve a reiterar, según su criterio, que el hecho de que se trate de una vivienda unifamiliar no debe implicar prohibición de que sobre la misma se configure un régimen jurídico adecuado, como es su constitución en régimen de propiedad horizontal, resultando así viviendas para que puedan ser utilizadas por más de una familia, debiendo accederse a la inscripción solicitada.

Al tener salida el departamento privativo cuestionado por el resto de la parcela —que es un elemento común indubitado—, es inscribible también el título, pues no cabe sostener que la escritura pública no especificaba si aquél tenía salida a la vía pública o a un elemento común.

Resolución de 3-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

HERENCIA. RENUNCIA.

Permitiendo el artículo 889 del Código Civil la renuncia parcial al legado y al ser la renuncia un acto unilateral y sin contraprestación por parte del favorecido, ante la duda de si lo querido ha sido renunciar a todo o parte de lo dejado por el testador, la aplicación del artículo 1.289 de dicho Cuerpo Legal conduce a la conclusión de entender que la renuncia es parcial, por la interpretación de la menor transmisión de derechos e intereses.

Resolución de 5-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Santander, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE DEMANDA. CANCELACIÓN.

Es necesaria la justificación de la previa presentación del documento al pago del impuesto correspondiente en la Oficina Liquidadora competente para su liquidación, pues dicha sujeción, incluso si concurre duda al respecto, puede ser apreciada por el Registrador en uso de sus facultades calificadoras, conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 6-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25

TRACTO SUCESIVO. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA DEMANDA INTERPUESTA QUE PRETENDE SE DECLARE LA INEXISTENCIA DE SERVIDUMBRE EN ELEMENTO PRIVATIVO DE UNA DIVISIÓN HORIZONTAL.

No es inscribible un mandamiento dictado en ejecución de sentencia en el que se ordena se practique la inscripción de la inexistencia de una servidumbre en el folio abierto a una finca dividida horizontalmente, porque la demanda se ha dirigido contra la sociedad promotora y encontrándose ya las fincas afectadas inscritas a nombre de personas distintas de la demandada.

Resolución de 7-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 1

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. AGRUPACIÓN. COMPRAVENTA DE VARIAS FINCAS QUE CONSTAN YA INSCRITAS COMO UNA SOLA AL HABERSE AGRUPADO LAS MISMAS.

Vendidas varias fincas en escritura cuando ya se había otorgado e inscrito otra de agrupación de las mismas, es inscribible la compraventa de una participación indivisa de las fincas agrupadas, si del Registro resulta que los que vendieron dicha participación son los mismos que aparecen ahora como titulares de la finca resultante de la agrupación y existe plena concordancia entre aquéllas y esta finca.

Nota.—En el Fundamento de Derecho 1, la Resolución confunde terminológicamente «finca agrupada» con «finca resultante de la agrupación».

Resolución de 8-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3

**PRIORIDAD. DIVISIÓN HORIZONTAL. MODIFICACIÓN DE LA MISMA, AUN NO INSCRITA, ESTANDO VIGENTE SU ASIENTO DE PRESENTACIÓN, ENCONTRÁNDOSE PRESENTADA POSTERIORMENTE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE UNO DE SUS PISOS.**

Procede suspender la práctica del asiento correspondiente de una escritura de venta de un piso perteneciente a una propiedad horizontal, por falta de previa inscripción de una escritura de modificación de dicha propiedad horizontal, que consta presentada con anterioridad a aquélla y que se encuentra retirada, pues la regla general es que el Registrador ha de despachar los documentos referentes a la misma finca por el orden de su presentación, sin que, además, el Registrador pueda saber, por encontrarse retirado, en qué medida puede afectar el documento previo al posterior.

Resolución de 10-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4

**RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. ERROR MATERIAL.**

El error material es susceptible de rectificación sin necesidad del consentimiento unánime de todos los interesados ni de resolución judicial subsidiaria, como sucede en el caso de la Resolución.

Resolución de 11-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 2

**COMPRAVENTA. APROVECHAMIENTO POR TURNOS.**

Es inscribible la venta de una cuota indivisa de un apartamento que da derecho a su titular al uso exclusivo durante un cierto tiempo del año, cuando el régimen jurídico del apartamento, que ya figura inscrito, no ha sido adaptado a la Ley de Aprovechamiento por turnos, por lo siguiente: *a)* la facultad de disponer que emana del propio derecho de propiedad; *b)* las prohibiciones

son de interpretación estricta; *c*) la imperatividad de la adaptación a la citada Ley tiene su propia sanción en su D.T. 3.<sup>a</sup>; *d*) La propia D.T. 2.<sup>a</sup> prevé la coexistencia del régimen preexistente y el adaptado, y *e*) el principio de legitimación, que juega a favor del titular registral.

Resolución de 12-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2

#### TRACTO SUCESIVO. PAGO DEL IMPUESTO.

No es inscribible el testimonio de una sentencia por la que se declara el dominio de una finca por usucapión a favor de un marido en procedimiento seguido contra persona que no es su cónyuge cotitular ganancial (ya fallecido anteriormente), y ello por haberse seguido el procedimiento contra persona distinta de la expresada titular registral fallecida, y no haberse entablado la demanda contra sus herederos, bastando, para poder inscribir el título, aportar el pertinente título sucesorio a los efectos de comprobar que la demandada era la única heredera de dicha titular registral.

Es necesaria la justificación de la previa presentación del documento al pago del impuesto correspondiente en la Oficina Liquidadora competente para su liquidación.

Resolución de 13-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9

#### CANCELACIÓN. DE CARGAS POSTERIORES A LA ANOTACIÓN PREVIA DE EMBARGO YA CADUCADA AL TIEMPO DE LA PRESENTACIÓN DEL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL MANDAMIENTO CANCELATORIO.

No cabe cancelar las mismas por haber mejorado de rango por haber caducado la anotación de embargo previa en que se basa la ejecución al tiempo de presentarse el testimonio del auto de adjudicación.

Se reitera doctrina anterior, en virtud de la cual, encontrándose caducada la anotación preventiva de embargo en que se basaba registralmente la ejecución ordinaria al tiempo de presentarse el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio de cargas, los asientos posteriores mejoran de rango y ya no pueden ser cancelados.

Resolución de 14-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Tarragona, número 3

#### TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL. DEL DEFECTO COMO SUBSANABLE Y NO INSUBSANABLE.

Para inscribir la aprobación del remate a favor de determinada persona a consecuencia de la subasta pública de una finca respecto de la que un copropietario ha ejercido la acción de división de cosa común, se precisa que el inmueble conste inscrito a nombre del comunero actor y de los demás copropietarios demandados, por exigencia lógica del principio de tracto sucesivo; si bien el defecto debe calificarse como subsanable, y no insubsanable, pues como resulta de la propia sentencia, los comuneros, tanto actor como demandados, son propietarios de la finca al ser los herederos del heredero del titular registral.

Resolución de 15-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Cuéllar

#### EXPEDIENTE DE DOMINIO. DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

No es inscribible el testimonio de un auto recaído en expediente de dominio reanudador del tracto sucesivo cuando el promovente, titular de una cuota indivisa de una finca, basa su título en una escritura de compra por la que adquiere las cuotas restantes a los demás comuneros, de los que algunos son titulares registrales y otros herederos de titulares ya fallecidos, porque, en tal supuesto, aquél trae causa directa de los titulares registrales, no habiendo, por otra parte, verdadera interrupción del tracto cuando el promotor adquiere de los herederos del titular registral.

Resolución de 17-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 3-II

#### RECURSO GUBERNATIVO. COMPRAVENTA. DOCUMENTO PRIVADO. RATIFICACIÓN.

Considera la Dirección General que, en la nota de calificación, junto con la expresión de los defectos, debe hacerse constar también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que así puedan hacerse efectivas las garantías del interesado, por si el mismo quiere interponer recurso.

Si en la escritura se consigna el negocio documentado en su totalidad y se garantiza la autenticidad del consentimiento, no es preciso aportar el documento privado.

Resolución de 18-11-2003

(BOE 18-12-2003)

Registro de la Propiedad de Álora

#### RECURSO GUBERNATIVO. SEGREGACIÓN: NECESIDAD DE LICENCIA PREVIA A LA COMPRAVENTA.

Si el recurrente no es una de las personas legitimadas para impugnar la calificación registral ni ostenta notoriamente su representación, debe acredi-

tar ésta de forma auténtica, pudiendo subsanarse dicha falta de acreditación en plazo no inferior a diez días en el momento inicial de la tramitación del recurso.

Por otra parte, la no aportación del título original que fue calificado o de copia auténtica o testimonio del mismo, es defecto formal dentro de la tramitación del recurso.

No obstante dichos defectos formales, la Dirección General entra en el fondo del asunto, entendiendo que un simple informe o certificado del Ayuntamiento que se limita a indicar cuál es la parcela mínima de regadío en determinado término municipal, no puede suplir, en el caso de segregación, la acreditación del otorgamiento de la oportuna licencia o la declaración expresa de su innecesariedad.

Resolución de 19-11-2003

(BOE 29-12-2003)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

#### COMPRAVENTA. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Presentada una escritura de compraventa en la que el comprador se limita a manifestar que está casado en régimen de separación de bienes, sin acreditar la práctica del asiento pertinente en el Registro Civil correspondiente y en la que sólo consta la vecindad actual del mismo, entiende la Dirección General que tal defecto (falta del oportuno asiento en el Registro Civil de dicho régimen) no puede ser confirmado pues, a su juicio, el régimen de separación de bienes puede regir por Ley, y no necesariamente, por pacto, en cuyo caso no cabe exigir su indicación en el Registro Civil.

Resolución de 20-11-2003

(BOE 24-12-2003)

Registro de la Propiedad de Purchena

#### EXCESO DE CABIDA. OBRA NUEVA. AMPLIACIÓN.

No cabe la inscripción del exceso de cabida de una finca que fue inmatriculada un año antes, pretendiendo amparar dicho exceso sobre la base de la misma certificación catastral descriptiva y gráfica que se aportó para la práctica de la inmatriculación y que, si bien sus términos se entienden eran coincidentes con los del título inmatriculador, sin embargo en modo alguno ampara la nueva medición del inmueble.

En una ampliación de obra nueva queda cumplido el requisito de exigencia de certificación técnica acreditativa de que la obra nueva declarada se ajusta a la licencia concedida, cuando aquélla contiene la edificación resultante tras la ampliación y el técnico manifiesta la concordancia entre la descripción y la licencia otorgada.

Resolución de 21-11-2003

(BOE 25-12-2003)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 4

**HIPOTECA. RECTIFICACIÓN DE LA ESCRITURA AÚN NO INSCRITA POR LA VÍA DEL ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.**

Es inscribible una escritura de constitución de hipoteca en la que se contiene una diligencia por la que el Notario autorizante, al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial, rectifica la cobertura hipotecaria de gastos y costas pues, aunque la fijación del límite de la cobertura hipotecaria por los distintos conceptos es uno de los aspectos básicos que configuran la hipoteca y sólo los otorgantes pueden fijar su contorno, sin embargo, en el presente caso, siendo cinco las fincas hipotecadas y, a pesar de que erróneamente en la escritura antes de su rectificación quedó una cantidad pendiente de distribución por tal concepto entre los inmuebles hipotecados, en relación con el total globalmente garantizado, la subsanación operada se limita a distribuir de modo igual las cantidades pendientes de asignación en relación con la cobertura hipotecaria fijada para cada una de ellos en relación con la responsabilidad hipotecaria global de las cinco fincas antes de su distribución, como igualitaria había sido originariamente la distribución de los importes globales de ambos conceptos de costas y gastos.

Resolución de 22-11-2003

(BOE 29-12-2003)

Registro de la Propiedad de Valoria la Buena

**HERENCIA. PARTICIÓN. FALTA DEL DNI DE UN HEREDERO MENOR DE CATORCE AÑOS.**

Es inscribible una escritura de elevación a público de un cuaderno participacional en la que comparece la viuda del causante y el defensor judicial de sus hijos menores, uno de los cuales es menor de catorce años y carece de DNI, pues la normativa reguladora de dicho documento sólo exige su obligatoriedad para los mayores de dicha edad.

Resolución de 24-11-2003

(BOE 29-12-2003)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6

**PROPIEDAD HORIZONTAL. ESTATUTOS. INSCRIBIBILIDAD DE UNA DE LAS CLÁUSULAS DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.**

Contenida en una escritura de constitución de propiedad horizontal una cláusula estatutaria por la que el promotor se reserva la posibilidad de instalar y mantener, acceder a ellos una vez instalados, incluso después de vendidos todos elementos privativos, rótulos anunciadores, antenas colectivas y otros elementos similares sobre la cubierta del edificio, considera la Dirección General que sería inscribible dicha cláusula por no ser contraria a la Ley,

pues la constitución del expresado derecho no impediría la función esencial que caracteriza a la cubierta como elemento común y, además, porque no se puede tildar de abusiva la misma, porque no implica un desequilibrio importante de las prestaciones, como exige el artículo 10 bis 1 de la Ley de Consumidores y Usuarios, ni guarda analogía con ninguna de las cláusulas previstas en la D.A. 1.<sup>a</sup> de dicha Ley. Pero dicha cláusula no puede acceder al Registro por vulnerar el principio de especialidad, al no precisarse los contornos mínimos que perfilan dicho derecho.

## Registro Mercantil

Por ANA M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 2-10-2003  
(BOE 5-11-2003)  
Registro Mercantil de Almería

### JUNTA GENERAL. LUGAR DE CELEBRACIÓN.

Una vez constituida la junta en el sitio designado en la convocatoria, se puede proceder a un cambio del lugar en que continúe la reunión dentro de la misma localidad, en virtud del acuerdo unánime de los asistentes a la junta ya iniciada.

Resolución de 15-10-2003  
(BOE 22-11-2003)  
Registro Mercantil de Barcelona, número XVI

### EXCLUSIÓN DE SOCIO.

Valoración de las participaciones que se amortizan.  
El artículo 100 de la LSRL, que regula la valoración, se refiere al acuerdo que pueden lograr las partes —socio excluido y sociedad— y no al acuerdo logrado en junta por los restantes socios, pues ello constituiría una decisión unilateral de parte interesada.

Resolución de 22-10-2003  
(BOE 25-11-2003)  
Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife

### APORTACIÓN SOCIAL. APORTACIÓN DINERARIA.

La fecha del depósito de la aportación dineraria no puede ser anterior en más de dos meses a la del acuerdo de aumento de capital, pero puede ser posterior a dicho acuerdo y anterior a la fecha de la escritura.

Resolución de 23-10-2003  
(BOE 25-11-2003)  
Registro Mercantil de Castellón de la Plana

**CIERRE REGISTRAL.**

Reitera la abundante doctrina de la DGRN en el sentido de que, vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda, el Registrador no puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a excepción de los ordenados por la autoridad judicial, el depósito de cuentas, o los que sean presupuesto necesario para la reapertura, entre los que no se encuentran la disolución de la sociedad y el nombramiento de liquidadores.

Resolución de 7-11-2003  
(BOE 18-12-2003)  
Registro Mercantil de Madrid Merc., número XIII

**EURO.**

En un aumento de capital es posible la creación de nuevas acciones de igual valor que las existentes y que, como consecuencia de la redenominación efectuada conforme a la Ley 46/1998 tengan un valor nominal fijado en más de dos decimales de euro.

Resolución de 8-11-2003  
(BOE 18-12-2003)  
Registro Mercantil de Madrid Merc., número II

**JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA.**

Si de la propia certificación de los acuerdos, cuya inscripción se pretende, resulta dudosa la validez de la junta como universal, es necesario que se haya efectuado una convocatoria conforme a las prescripciones legales, puesto que una junta universal, para su validez, está sujeta a las exigencias del artículo 99 de la LSA, que no se reducen a la presencia de todo el capital, sino que exige un acuerdo unánime de reunirse en junta fijando los asuntos a tratar.

Resolución de 12-11-2003  
(BOE 18-12-2003)  
Registro Mercantil de Toledo Merc.

**ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.**

En los estatutos debe preverse de forma expresa la existencia de la retribución y la determinación de uno o más sistemas para la misma, sin que pueda quedar a voluntad de la junta su elección o la opción entre distintos sistemas.

Resolución de 24-9-2003

(BOE 5-11-2003)

Registro de Bienes Muebles de Huesca

#### UNIDAD DE ACTO. NOTIFICACIÓN AL NOTARIO DE LA CALIFICACIÓN RECAÍDA.

Cuando no hay unidad de acto entre las partes al firmar el contrato, el plazo máximo que puede transcurrir entre la primera y la última firma no es el del artículo 11.1 de la Ordenanza, de 19 de julio de 1999, sino el del artículo 33 del Real Decreto de 24 de julio de 1997. Ante la contradicción entre ambos artículos prevalece el principio de jerarquía normativa.

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario, tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

No está sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Resolución de 20-10-2003

(BOE 22-11-2003)

Registro de Bienes Muebles de Baleares

#### CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN AL NOTARIO. IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES.

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario, tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

No está sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

En las notas de calificación puede el Registrador hacer advertencias y observaciones, dada su función de asesoramiento, pero siempre que quede claro que no se trata de defectos.

El Registrador debe calificar la identidad de los intervinientes y si la comparecencia de alguno de ellos es o no improcedente.

Resolución de 21-10-2003

(BOE 22-11-2003)

Registro de Bienes Muebles de Córdoba

#### CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN AL NOTARIO. CUADRO DE AMORTIZACIÓN.

En un contrato de arrendamiento financiero el cuadro de amortización debe constar con claridad en el propio contrato o en el anexo, pero diferenciando siempre cuota de entrada que no es susceptible de amortización, ni devengo de intereses, y las cuotas con carga financiera.

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario, tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

No está sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Resoluciones de 3, 4, 5 y 6-11-2003

(BOE 11-12-2003)

Registro de Bienes Muebles de Huesca

UNIDAD DE ACTO. NOTIFICACIÓN AL NOTARIO DE LA CALIFICACIÓN RECAÍDA.

Cuando no hay unidad de acto entre las partes al firmar el contrato, el plazo máximo que puede transcurrir entre la primera y la última firma no es el del artículo 11.1 de la Ordenanza, de 19 de julio de 1999, sino el del artículo 33 del Real Decreto de 24 de julio de 1997. Ante la contradicción entre ambos artículos prevalece el principio de jerarquía normativa.

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

No está sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

COMENTARIOS A  
JURISPRUDENCIA



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

Por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR. PUBLICACIÓN DE LA IMAGEN DE UNA PERSONA EN REPORTAJE SOBRE ACCIDENTE DE TRÁFICO.—ACCESORIEDAD DE LA IMAGEN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MAYO DE 2003.)*

*Ponente.*—Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

*Antecedentes.*—El 25 de abril de 1993 don Faustino Agapito Catarineu circulaba por la carretera comarcal 607 de Madrid a Colmenar Viejo, conduciendo su vehículo en dirección a Madrid cuando colisionó con una acequia, volcando el coche y quedando tendido en la calzada aprisionado y aplastado por el turismo en lenta agonía que acabaría con su vida tres días más tarde en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid, adonde había sido trasladado por el SAMUR. Fue grabada en vídeo la liberación del individuo por los bomberos y su traslado en ambulancia. Vídeo que tiene una duración de tres minutos y veintitrés segundos y que refleja la labor desarrollada por los bomberos, la Cruz Roja y el Samur, salvo en dos puntuales momentos en los que aparece un plano del rostro apoyado en el suelo del herido cuando se encontraba aprisionado por el coche.

Días después el video fue emitido por Telemadrid en el programa titulado «Emergencia» con una duración de una hora y quince minutos, sin el consentimiento ni del fallecido ni de su viuda.

*Doctrina.*—Aunque pueden calificarse de accesorias las imágenes del accidentado cuando se produce su traslado al hospital, no lo son las imágenes en que aparece el rostro del accidentado aprisionado entre el asfalto de la carretera y su vehículo. En esos fotogramas el accidentado adquiere total protagonismo en la noticia filmada. Nos encontramos ante una intromisión ilegítima en el derecho de la viuda a su intimidad familiar, frente a la que ejercita su acción de protección civil, que se produce a través de una intromisión ilegítima del fallecido a su propia imagen.

## COMENTARIO

La intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad familiar se produce por:

- La intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del fallecido.
- La importancia de las imágenes y la inexistencia de su accesoriadad, pues según el tenor de la sentencia «se trata de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pantalla al ser proyectados y en los que, además del accidentado, sólo aparece la parte inferior de una pierna de una persona que se encuentra de pie. En esos planos no aparece que se estuviera prestando asistencia alguna directamente al accidentado independientemente de la labor que se llevara a cabo para liberarle de entre los restos de su automóvil, por lo que, en esos fotogramas, el accidentado adquiere total protagonismo en la noticia filmada»...
- Repetición de la imagen: «...que tales fotogramas eran parte importante del reportaje, no obstante su corta duración, se pone de manifiesto por el hecho de su repetición en dos momentos distintos, lo que evidencia la importancia que a la situación del accidentado dio el autor del reportaje».
- «...No se trata de una reproducción de la imagen de una persona de carácter accesorio a una noticia principal, sino objeto principal de la noticia, junto con la actuación de quienes prestaban su auxilio al accidentado en aquellos momentos».
- Ausencia de consentimiento para ser grabada: «No puede olvidarse que tales escenas fueron grabadas en circunstancias en que la persona se hallaba imposibilitada para prestar o negar su consentimiento, no obstante la proximidad de la persona que estaba realizando la filmación».

En el caso de autos se sostiene la prevalencia en el caso del derecho a la propia imagen frente al derecho a la información con base en que la actora no prestó el consentimiento, la imagen no aparece como meramente accesorio, y la hace desmerecer su consideración ajena en los últimos momentos de su vida.

El primer plano del accidentado donde es plenamente reconocible deviene innecesario, es gratuito y por tanto prescindible para la cumplida información del reportaje sobre cómo actúan los diferentes cuerpos del Estado en casos semejantes.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el *derecho a la propia imagen* es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen.

El artículo 18.1 de la Constitución garantiza el derecho a la propia imagen y el artículo 7.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, considera *intromisión ilegítima* la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 (1).

---

(1) El artículo 8.2, LO 1/1982, dispone que el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trata

El concepto de *accesoriedad* en la Ley (art. 8.2.c) hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico, no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita, pero sí en otro caso.

El Tribunal Constitucional tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras escritas u oralmente vertidas (STC 132/1995, de 11 de septiembre).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

## 1.2. Familia

POR MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*ALIMENTOS. RECLAMACIÓN POR HIJA EXTRAMATRIMONIAL A SU PROGENITOR.* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2003.)

*Ponente.*—Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

*Antecedentes.*—Los hechos probados ponen de manifiesto que el recurrente fue condenado por estupro y obligado a reconocer a la actora, y por sentencia de 31 de julio de 1980, dictado en juicio de alimentos, se señaló en 15.000 pesetas mensuales la cantidad a satisfacer por el recurrente como alimentos provisionales. Cantidad que quedó fijada en 60.000 pesetas al mes, sometida a las variaciones del IPC, en la transacción que tuvo lugar el 3 de abril de 1992 y que puso final al juicio de menor cuantía.

*Doctrina.*—Los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos.

### COMENTARIO

Las obligaciones existentes entre los progenitores y sus hijos menores de edad exceden también de las meramente alimenticias. Sólo entre los padres y sus hijos mayores de edad se puede hablar en sentido estricto de la obligación legal de alimentos.

La importante doctrina jurisprudencial se sustenta en el principio reconocido constitucionalmente en el artículo 39.3 de la Constitución, que establece

---

de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público...; c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente *accesoria*.

que: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

Sentir recogido, a su vez, por el Código Civil en el artículo 154 que apunta que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad...». Desvelos que desde luego tiene una traducción económica. Es pues, en el seno de la patria potestad donde se debe buscar solución a los problemas alimenticios que pudieran surgir entre los padres y sus hijos menores.

Pero es que la normativa que regula los alimentos entre parientes sólo se aplicará con pleno sentido cuando los hijos hayan salido de la patria potestad. De esta manera, sólo cuando la patria potestad se extingue se mantiene el estricto deber de alimentos de los padres para con sus hijos. Y este es el caso que nos ocupa, el de una hija, mayor y capaz, que continúa precisando el sustento de su padre.

Padre, que por otro lado, ha sido privado de la patria potestad, pero en quien recae la obligación de alimentos que debe dar todo progenitor a sus hijos, obligación nacida no del artículo 142 y siguientes, sino que debemos incardinarlo en el artículo 154 y siguientes del Código Civil.

No debemos olvidar que el propio artículo 142 establece en su segundo párrafo que: «los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable». Fue, precisamente, la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, la que introdujo esta ampliación siguiendo el Derecho Comparado. Y no se circunscribe únicamente a la obligación legal de alimentos entre los padres y los hijos mayores de edad, sino que se extiende a los supuestos en los que los alimentantes sean otros. No debemos perder de vista la realidad social demostrativa de que los hijos mayores de edad no están profesionalmente capacitados para atender a su subsistencia, pues es sabido que cada vez es más difícil, y supone un retardo temporal, la independencia económica. Lo que implica el mantenimiento de la obligación a cargo de sus progenitores de alimentarles en el sentido más amplio del término.

De esta manera se concreta que los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesa automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsiste si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos. La jurisprudencia es, además, tajante a este respecto, como así lo ponen de manifiesto las SSTs de 24 de abril (1) y 30 de diciembre de 2000 (2).

---

(1) «...de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no

La sentencia objeto de comentario nos hace recapacitar sobre otras cuestiones relativas a la *deuda de alimentos* en sí misma.

No debemos olvidar el hecho de la imposición de la deuda de alimentos al alimentante que se configura como *intuitu personae* o personalísima pero, sobre todo, como una obligación *indisponible*. Obligación que se concreta en que su concesión se fija para atender la subsistencia de su hija, lo cual afecta a la existencia del derecho, a su contenido y a su posible variación. Cuestiones a destacar, sobre todo, tras apuntar el hecho de que fue el propio recurrente, el padre, quien alegó la excepción de litisconsorcio pasivo al no haber sido traída la madre al pleito.

El Tribunal acierta al establecer que ha de tenerse en cuenta que la obligación de prestar alimentos no es solidaria a cargo de los progenitores, sino *mancomunada* y en proporción a sus caudales respectivos. Sigue en todo caso lo establecido por el artículo 145 del Código Civil.

La propia sentencia mantiene que «es notorio que sin dejar de lado las prestaciones, asistencia y cuidados que pueden tener lugar a cargo de la madre, el recurrente asumió una cuota perfectamente determinada y establecida. Cuota que no cabe compartir con la madre y que así se vino respetando y cumpliendo la obligación contraída hasta que el obligado de forma unilateral y voluntaria dejó de atender la referida carga pecuniaria por alimentos y por el solo hecho de haber llegado su hija a la mayoría de edad».

La obligación de alimentos es de carácter *indeterminado*, tanto en cuanto al tiempo como a la cantidad. En cuanto al tiempo, ha sido el juzgador quien ha fijado en su momento cuando surgió, pero evidentemente no se sabe hasta cuándo durará (desde luego no por el hecho automático de la llegada a la mayoría de edad). Y en cuanto a la cantidad, habrá que atender tanto a las necesidades de quien los pide como a los medios de quien lo presta. Cuestiones que también fueron analizadas en su momento y de ahí que se fijara el *quantum* de la prestación.

De lo que no cabe duda, y por eso de pasada lo señala el Tribunal, es que la obligación alimenticia es susceptible de ser modificada en su cuantía (aumentada, disminuida o suprimida) en atención al aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del alimentante. Y como en

---

puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores...».

(2) «...No se puede dejar de lado la Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, que destaca que el derecho de los hijos a la prestación alimenticia subsiste después de la mayoría de edad, si permanece situación de necesidad no imputable al alimentado, y llega a la conclusión de que en los supuestos en los que el descendiente sea mayor de edad al tiempo de iniciarse el procedimiento y en la demanda o contestación se hubiese solicitado a su favor una pensión alimenticia, pueden comparecer en los autos y mostrar su conformidad con la cantidad solicitada o bien otorgar poder *apud acta* al progenitor, y en el caso de entender que la cantidad debe ser superior es cuando el hijo deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos...».

los antecedentes ya hemos apuntado, es una deuda de valor de características especiales.

La hija tiene derecho a percibir determinado valor, y por eso el Juez ha señalado una cláusula de estabilización de la pensión, que en este caso es el IPC (índice de precios al consumo) (3). Cláusula que en determinados casos podría resultar inequitativa si aconteciesen variaciones en las necesidades de la hija o en la fortuna del padre, pero que en el caso de autos no concurren. Y ello porque en ningún momento se demostró que la fortuna considerable del padre hubiera disminuido ni tampoco se hubiera producido alteración en el *status* de la hija, no obstante haber trabajado unos meses, como tampoco que sus circunstancias vitales no habían variado esencialmente, manteniéndose la situación anterior y por ello persistían las necesidades de la demandada, que actualizan su derecho a recibir los alimentos a los que se obligó el recurrente, pues no se probó debidamente que contara con recursos propios y suficientes. No se dan los supuestos previstos en los números 3.º y 5.º del artículo 152.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

### 1.3. Derechos reales

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIÓN A TÉRMINO INCIERTO DE EXIGIBILIDAD.—PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA. CANCELACIÓN POR EL ARTÍCULO 82.5 LH. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2003.)*

*Antecedentes.*—Se otorga una escritura de constitución de hipoteca unilateral en garantía de una deuda con la Agencia Tributaria, consecuencia de una liquidación que se ha recurrido ante el Tribunal Económico Administrativo que, a su vez, exigió la constitución de dicha hipoteca para suspender la liquidación. La hipoteca se constituye con un plazo de vencimiento de diez años desde el otorgamiento de la escritura. Posteriormente, mediante una segunda escritura se modifica la suma garantizada y el vencimiento respecto al cual se determina que «a los efectos de la acción hipotecaria se constituye con duración indefinida en tanto no se resuelva la reclamación». Por último, una tercera escritura vuelve a modificar el pacto de duración de la garantía, diciéndose que «la hipoteca tendrá vigencia el tiempo que dure el acuerdo de suspensión del pago de la deuda, o sea, hasta la resolución definitiva por el Tribunal Económico Administrativo...».

El Registrador rechaza la inscripción solicitada por no quedar establecido un plazo de vencimiento de la garantía hipotecaria.

---

(3) No olvidemos que siendo el objeto del derecho de alimentos la satisfacción de las necesidades de la hija, si el dinero con que se paga la pensión pierde poder adquisitivo serán necesarias más unidades monetarias para satisfacer las mismas necesidades.

La DGRN entiende que no es la hipoteca la que se constituye con carácter indefinido, desconociéndose su vencimiento, sino la obligación que se garantiza, que queda sometida a término indefinido de exigibilidad, estableciendo la siguiente:

*Doctrina.*—Por la accesoriedad de la hipoteca, lo normal es que ésta viva mientras lo haga la obligación garantizada, y que no tenga un plazo de duración autónomo; aunque nada impide que pueda tener cierto grado de independencia, de suerte que pueda establecerse un plazo de duración para la misma, llegado el cual, ésta se extinga permaneciendo vigente la obligación que se garantizaba sin cobertura real.

Por otra parte, la hipoteca es hábil para garantizar todo tipo de obligaciones: puras, condicionales o sujetas a término incierto o cierto, por lo que de garantizar un tipo de estas obligaciones, la hipoteca podría constituirse válidamente. Pero, además, en el presente caso, la obligación ya existe (la deuda tributaria), solamente queda sometida a término incierto su exigibilidad (cuando recaiga resolución firme en el procedimiento iniciado), día que ha de llegar aunque se desconozca cuándo. Se cumple perfectamente con el principio de especialidad y accesoriedad, por lo que es posible inscribir la hipoteca solicitada.

Cuestión distinta será la cancelación de la hipoteca en virtud del artículo 82.5 LH, para la cual será necesario que conste en el Registro la fecha del cómputo del plazo en ella previsto; por lo tanto, será necesario que se haga constar cuándo es exigible dicha obligación garantizada, pues sólo entonces podrá transcurrir el plazo necesario y proceder a su cancelación.

## COMENTARIO

En el problema que aborda esta Resolución se ponen de manifiesto, una vez más, cuestiones relativas al principio de determinación registral, pero, en ese caso, unido a la accesoriedad de la hipoteca con respecto al crédito que garantiza.

En concreto, se pretende dar respuesta al hecho de si se puede inscribir una garantía hipotecaria sin establecerse un plazo determinado de vencimiento de la obligación que garantiza, ni el de duración de la propia garantía. Esto es lo que entiende el Registrador cuando se le presentan las escrituras de modificación de hipoteca, en las que se recoge, en primer lugar, un vencimiento de diez años desde la escritura; y posteriormente se establece que: «a los efectos de la acción hipotecaria, la hipoteca se constituye con una duración indefinida en tanto no se resuelva la reclamación...»; corroborándose en la tercera escritura presentada que «la hipoteca tendrá de vigencia el tiempo que dure el acuerdo de suspensión del pago de la deuda, es decir, hasta la resolución definitiva por el Tribunal Económico-Administrativo Central».

Entiendo que, así planteados los hechos, y con respecto a una posible hipoteca de duración indefinida, el criterio del Registrador es más que razonable, pues sería contrario a todos los principios hipotecarios el pretender establecer una garantía de esta clase, dificultando, entre otras cosas, su posible ejecución, que quedaría también indefinida. Esto no traería sino incertidumbre para los terceros y el propio deudor hipotecario, que desconocerían el momento en el que el acreedor puede realizar su derecho de garantía, y

asimismo, y como consecuencia, se impide conocer cuando prescribe la acción hipotecaria, o incluso caduca el propio derecho de hipoteca.

La hipoteca es un derecho (como todos los inscribibles en el Registro de la Propiedad, pero en ella con especial virulencia si cabe) que debe quedar perfectamente determinada, para dar debido cumplimiento al principio de especialidad, y como bien dice el artículo 9.2 LH, entre otras cosas debe quedar perfectamente determinada su duración. Sería impensable que no se concretara su duración, pues no podríamos pensar en un gravamen que gravitara sobre la finca de manera indefinida.

No obstante, la DGRN entiende (deduciendo de la propia argumentación del Registrador) que no es indefinido el plazo de la hipoteca sino el de la obligación; en concreto se trata de un término indefinido de exigibilidad. En este caso, el Centro Directivo no encuentra obstáculo para admitir una hipoteca que garantice una obligación sometida a término, ya que es bien sabido que la hipoteca puede garantizar cualquier tipo de obligaciones (art. 1.861 del CC y 105 LH). En concreto, esta hipoteca garantizaría una obligación sometida a término de exigibilidad incierto: día que ha de llegar aunque se desconozca cuándo; cuando recaiga la Resolución, que ineludiblemente ha de llegar.

Si planteamos las cosas desde esta perspectiva, puedo compartir tesis de la Dirección General; sin embargo, hay que señalar que el vencimiento de la obligación garantizada, no puede dejarse «sin más» en el aire, pues es uno de sus elementos imprescindibles, pues sólo entonces se hace exigible, y sólo entonces se activará la función de garantía de la hipoteca llegado el incumplimiento, y se iniciará el plazo de prescripción de la acción hipotecaria (art. 128 LH). Además, la obligación, al estar garantizada con hipoteca, accede al Registro de la Propiedad unida al derecho real, y por eso debe constar en el Registro perfectamente identificada y concreta, pues le afecta el principio de especialidad o determinación, al formar parte de ese crédito hipotecario (1). Por eso, no puede «desconocerse» ese elemento fundamental en la misma, que es la fecha de vencimiento, y creo que una obligación de duración indefinida iría en contra del principio de especialidad y no debería inscribirse. Por lo menos, ese día del vencimiento deberá ser determinable, y, desde luego, habrá que hacer constar el hecho determinante del vencimiento (en este caso, la Resolución) en cuanto se produzca, conforme a lo establecido en los artículos 144 LH y 240 RH, pues de otro modo, tengo serias dudas de que esa obligación de vencimiento indeterminado *a priori*, pudiera ser inscribible.

Por eso, creo que la concreción y estipulación del momento del vencimiento de la obligación asegurada es necesario siempre, y si existen vencimientos parciales, es preciso que se concrete cada uno de ellos (Resolución de 19 de febrero de 1990).

Además, como dice PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS (2), hay que señalar que no puede hacerse depender el vencimiento de la obligación garantizada de «cualquier evento que a las partes se les ocurra estipular», a fin de no agravar, sin justificación suficiente, la carga que la hipoteca supone, y no obstaculizar el

---

(1) En este sentido, véase las siguientes Resoluciones que exigen que la obligación garantizada con hipoteca quede perfectamente descrita con relación a todos sus elementos y características en el Registro: 4 de julio de 1984; 22 de marzo de 1988; 26 de mayo de 1986; 23 de diciembre de 1987; 3 de octubre de 1991; 21 de diciembre de 1991.

(2) Véase PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo II, CER, Madrid, 2001, págs. 134-137.

tráfico inmobiliario y el crédito territorial; pues, como bien explica este autor, «la hipoteca se constituye ordinariamente para obtener del acreedor un dinero del que podrá disponerse porque no habrá que devolverlo hasta que llegue un determinado día; y no para tener que guardar el dinero que se recibe ante la eventualidad de que se produzca el vencimiento de la obligación por una causa cualquiera que no tenga, para producir tal efecto incluso para terceros poseedores, suficiente justificación». Así, considera que el vencimiento de la obligación no puede hacerse depender del incumplimiento de cualquier otra obligación, o de acontecimientos que, aunque revelen una posible crisis del deudor, no disminuyen por sí la garantía hipotecaria: embargo de bienes del deudor, embargo de la finca hipotecada.

Es cierto que en el caso que se analiza, el vencimiento en sí mismo no se hace depender de ninguna condición o evento sin justificación, pues se trata de una obligación a término, y por tanto el día en que recaiga la Resolución llegará, pero la incertidumbre de en qué momento se producirá continúa, y por eso, creo aplicables las palabras de PEÑA que acabo de recoger, situando al deudor y terceros en una situación que, en cierto modo, no les favorece.

No obstante, considero que la DGRN tiene razón, y puede inscribirse esta hipoteca en garantía de obligación a término, pero considero absolutamente imprescindible la constancia en el Registro del momento en que se produce tal Resolución para dar debido cumplimiento a lo establecido por el principio de especialidad registral y para poder dar comienzo al cómputo de los plazos de la prescripción de la acción hipotecaria, tal y como señala la DGRN, y solicitar la cancelación de la hipoteca conforme al artículo 82.5 LH.

Si no se hiciera así, y no pudiéramos considerar determinable ese momento del vencimiento de la obligación, dudo que en virtud del principio de determinación y accesoriadad de la hipoteca, ésta pudiera llegar a inscribirse, ya que no me parece admisible una hipoteca en garantía de una obligación con plazo de vencimiento absolutamente indefinido, o lo que es lo mismo, indeterminado.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE ANOTACIÓN PREVENTIVA.—EFICACIA IPSO IURE DE LA CADUCIDAD. PRESUPUESTO DE LA CANCELACIÓN.* (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE DICIEMBRE DE 2003, que reitera la doctrina de: RRDGRN 26, 27, 29 DE JUNIO Y 27 DE JULIO DE 1998; 9 DE DICIEMBRE DE 1999; 24 DE OCTUBRE DE 2003; 3 DE SEPTIEMBRE DE 2002; 28 DE FEBRERO DE 2001; 13 DE JULIO DE 2000; 5 DE JUNIO DE 2000; 25 Y 26 DE MAYO DE 2000; SSTS DE 30 DE MARZO DE 1983; 16 DE JUNIO DE 1998.)

*Antecedentes.*—Un mandamiento de prórroga de anotación preventiva de embargo se presenta a liquidar en la Oficina Liquidadora aneja al Registro de la Propiedad, número 1 de Benidorm. La Procuradora entiende que desde esa oficina se remitirá al Registro número 2 de dicha población (el que corresponde a la finca embargada). Esto no ocurre, y cuando se presenta el mandamiento en el Registro, la anotación a cuya prórroga se refiere ya ha caducado, por lo que el Registrador deniega la prórroga y su inscripción.

*Doctrina.*—La DGRN repite la doctrina que reiteradamente ha puesto de relieve en las resoluciones y sentencias citadas, afirmando que la caducidad de

las anotaciones preventivas se produce *ipso iure*, y, por lo tanto, transcurrido el plazo de vigencia establecido para las mismas, no producen efecto registral, ni pueden ser prorrogadas, y debe cancelarse su asiento (arts. 77 y 86 LH). Se subraya la idea de que la cancelación de un asiento incurso en caducidad no es más que el reflejo formal de un hecho (la caducidad) que ha tenido lugar con anterioridad, y que por sí solo ha producido la extinción del asiento.

## COMENTARIO

La anotación preventiva es un asiento registral que se caracteriza por su temporalidad o provisionalidad; tiene una vigencia temporal limitada, y está sujeta a plazo de caducidad (por regla general cuatro años, art. 86 LH), pasado el cual se extinguen. Éste es precisamente su rasgo más característico que le diferencia notablemente del asiento de inscripción en sentido estricto que es de carácter indefinido.

Por eso, transcurrido el tiempo de su vigencia, (normalmente cuatro años, si no se trata de alguna anotación de vigencia especial, señalada oportunamente por la Ley), el asiento caduca, y como tal asiento deja de producir efectos propios del mismo.

Al ser la caducidad un modo típico de extinción de los asientos de anotación preventiva, que es precisamente lo que recoge esta Resolución, quiero centrar este comentario en la relación entre la caducidad de los asientos y la cancelación registral, pues queda la duda de si la caducidad es por sí misma un supuesto de ineficacia del asiento, o si, por el contrario, la caducidad es presupuesto de la cancelación, causa de la misma; y por tanto, ésta —la cancelación— no es sino consecuencia o reflejo de ella, tal y como mantiene la DGRN en esta Resolución.

Adelanto que yo comparto esta segunda idea, pero creo conveniente desarrollar estas relaciones entre la caducidad y la cancelación registral.

## CADUCIDAD DEL ASIENTO Y CANCELACIÓN

La caducidad del asiento supone la extinción del mismo por el simple transcurso del tiempo cuando tuviera fijado un plazo de duración. El asiento que caduca es plenamente válido y eficaz hasta el día del vencimiento del plazo. Se trata, a mi entender, de un presupuesto de cancelación registral en referencia al propio asiento que se debe cancelar (1). Por eso, se denomina a este presupuesto de cancelación como un caso de ineficacia sobrevinida del asiento.

Los autores coinciden en el concepto de la caducidad del asiento, si bien unos (2) ponen el énfasis en que es causa de extinción de asientos,

---

(1) Entendiendo por presupuestos de la cancelación todas aquellas situaciones que conducen a la extinción de un asiento cancelatorio, para dejar sin efecto un asiento anterior por muy diversos motivos. Considero que todos esos supuestos pueden reconducirse, y tienen su base en uno de los fundamentos de la cancelación: o la extinción del derecho inscrito, o, de manera excepcional, la ineficacia del propio asiento. Y sitúo a la caducidad entre estos últimos.

(2) Véase SERRANO ALONSO, E., *Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario*, Ed. Forum, Oviedo, 1993, pág. 114; CANO TELLO, C., *Manual de Derecho Hipotecario*, Ed. Ci-

y otros (3) en que deja sin eficacia o valor el mismo asiento. También se pone de relieve por la doctrina (4), la necesidad de regular la caducidad de asientos, precisamente, para facilitar la expulsión del Registro de las inscripciones y cargas «viejas» que sólo entorpecen su función. Esta necesidad fue uno de los principios de reforma que introdujo la Ley Hipotecaria de 1944-46.

La caducidad de asientos se caracteriza por su automatismo, tiene efecto automático: transcurrido el tiempo asignado, el asiento deviene directamente ineficaz (RRDGRN 26, 27, 29 de junio y 27 de julio de 1998; 9 de diciembre de 1999; 24 de octubre de 2003; 3 de septiembre de 2002; 28 de febrero de 2001; 13 de julio de 2000; 5 de junio de 2000; 25 y 26 de mayo de 2000; SSTS de 30 de marzo de 1983; 16 de junio de 1998) (5). Por lo tanto, para cancelar el asiento caducado no será necesario ni el consentimiento del titular ni resolución judicial, basta que transcurra el tiempo determinado para que sea procedente cancelar. El asiento registral deja de existir en cuanto se cumple el plazo de su vigencia; en ese momento, sin necesidad de ningún otro requisito, es necesario que se cancele, que se «tache», porque es como si ese asiento ya no existiera. Por eso, aunque no se trate de una cancelación automática de la contemplada en el artículo 82.2 LH, por sus efectos e inmediatez, sí que goza de automatismo, ya que debe practicarse directamente en cuanto transcurra la vigencia del asiento.

La cancelación de un asiento por caducidad se asocia generalmente con una cancelación de oficio por parte del Registrador. La cancelación de oficio es excepcional en nuestro Derecho, y la practicará el Registrador sin solicitud del interesado ni mandamiento judicial, sólo cuando la Ley lo determine. Justamente por el automatismo de la caducidad, parece congruente que sea el propio Registrador el que cancele de forma directa un asiento al observar que ha caducado, en virtud de lo establecido en la Ley (6). La forma normal que adopta la cancelación por caducidad es a través de una nota marginal (arts. 206, 209, 436 y 353 RH).

---

vitas, Madrid, 1992, pág. 254; DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo II, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 89; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 343.

(3) Véase DE LA RICA MARITORENA, R., «La cancelación registral», en *RCDI*, 1974, pág. 1310; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 247; DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 424-425; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 162.

(4) Véase en este sentido, y para el análisis de los problemas que la caducidad de cargas e inscripciones antiguas conlleva, a MENCHÉN BENÍTEZ, B., «Sobre la modernización del Registro de la Propiedad», en *AAMN*, tomo XIX, págs. 154-156; FLÓREZ QUINONES Y TOMÉ, V., «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», en *AAMN*, 1946, tomo III, págs. 127 y sigs.

(5) Todas estas Resoluciones y sentencias confirman «el carácter radical y automático de la caducidad como medio de extinción de asientos que nacen con vida limitada».

(6) Sin embargo, la existencia en la legislación hipotecaria de preceptos que exigen la solicitud del interesado para cancelar un asiento caducado (vgr. art. 86 LH, Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> LH, y arts. 207 y 209 RH), ponen en duda que la cancelación por caducidad sea siempre de oficio por el Registrador.

Otro rasgo fundamental de la caducidad de asientos es que no afecta para nada a la existencia del derecho inscrito (7). La jurisprudencia registral perfila estas características de la caducidad, poniéndolas de manifiesto, por ejemplo, en las Resoluciones de 9 de noviembre de 1955, 16 de marzo de 1959, 25 de marzo de 1959 (8). La Resolución de 16 de marzo de 1959, además, encuentra su fundamento en «la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico», de donde se deduce que «no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse, cuando se trata de asientos registrales, más allá del término señalado por el legislador; transcurrido el cual, los asientos deberán reputarse inexistentes, aun cuando subsista el derecho anotado».

El hecho de que la caducidad del asiento no afecte a la existencia del derecho inscrito es lo que le diferencia de la caducidad del derecho. Mientras la caducidad del derecho lleva a la extinción del mismo y a la correspondiente necesidad de cancelar ese asiento, la caducidad del asiento se produce sin que el derecho, por el publicado, se haya extinguido. La doctrina lo ha considerado así, tradicionalmente, basta ver las opiniones de LACRUZ BERDEJO (9), DÍEZ PICAZO (10), ROCA SASTRE (11) y FLÓREZ QUIÑONES Y TOMÉ (12).

Hay que examinar, ahora, cuál es la relación de la caducidad del asiento con la cancelación registral. Hay autores que sitúan a la cancelación y a la caducidad en líneas paralelas. Ambas son modos o medios de provocar la

---

(7) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., «Elementos de Derecho Civil», III bis, *ob. cit.*, pág. 247; SERRANO ALONSO, E., «Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 114; CANO TELLO, C., «Manual de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 254.

(8) Véanse las siguientes Resoluciones: Resolución de 9 de noviembre de 1955: «la jurisprudencia y la doctrina atribuyen a la caducidad carácter radical y automático que extingue, por el mero transcurso del plazo legal, el asiento que nació con vida limitada». La Resolución de 16 de marzo de 1959 ratifica que la caducidad opera de modo automático por el simple transcurso del tiempo; transcurrido el cual, los asientos registrales se extinguen aunque subsista el derecho anotado. La Resolución de 25 de marzo de 1959 repite que la caducidad opera automáticamente y tiene virtualidad suficiente para que cesen los efectos y limitaciones que la anotación lleve consigo.

(9) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., «Elementos de Derecho Civil», III bis, *ob. cit.*, pág. 247. Para este autor, la caducidad y el derecho «son dos entes distintos y autónomos: la vida del Derecho no queda afectada por la pérdida de valor del asiento».

(10) Véase DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», tomo II, (1978), *ob. cit.*, pág. 424. Por su parte, explica esta característica basándose en la independencia que existe entre la realidad jurídica extra-registral y la realidad jurídica del Registro que hace posible que un derecho inscrito o anotado subsista o viva con independencia de la subsistencia del asiento registral. De esta forma, puede ocurrir que «haya perdido vigencia el asiento registral y que, sin embargo, continúe intacta y subsistente la relación jurídica extraregistral».

(11) Véase ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, (1995), págs. 163 y 169. Diferencia claramente estos conceptos, al decir que «la caducidad del asiento se refiere a la publicidad registral o continente tabular», y la caducidad del derecho «a lo registrado o contenido de los asientos del Registro». Sintetiza su pensamiento en la siguiente frase: «aunque en ambos casos el juego extintivo es el mismo, varía la materia extinguida, que allí (caducidad del derecho) es el derecho registrado y aquí (caducidad del asiento) es el asiento registral en sí».

(12) Véase FLOREZ QUIÑONES Y TOMÉ, V., «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», *ob. cit.*, pág. 188. Afirma que «la caducidad del asiento no significa la del derecho anotado», la separación entre asiento y derecho es clara.

ineficacia de un asiento, pero distintas entre sí, sin relación alguna de dependencia entre ellas. Se basan estos autores, principalmente, en que la cancelación tiene su fundamento en la extinción del derecho inscrito; extinguido el derecho hay que cancelar el asiento que lo contenía para dejarlo sin efecto; y la caducidad del asiento actúa con independencia de la subsistencia o extinción de dicho derecho, transcurrido el plazo de vigencia del asiento, éste caduca y queda sin eficacia. Son instituciones distintas que coinciden únicamente en dejar sin eficacia o vigencia un asiento ya inscrito. LACRUZ BERDEJO (13) las distingue perfectamente, ya que «la cancelación se dirige a testimoniar la extinción de un derecho y es consecuencia de ella, en cambio la caducidad se mantiene siempre en el plano librario, en el cual, independientemente de si el derecho existe todavía o desapareció hace mucho tiempo, priva de existencia jurídica al asiento afectado». A esta opinión de LACRUZ, hay que objetar que es cierto que la cancelación tiene, por regla general, como fundamento, la extinción del derecho inscrito, pero, sin embargo, existen también cancelaciones basadas únicamente en el asiento registral, sin tener en cuenta el derecho que contienen. Me refiero a la nulidad formal del asiento, que provoca indiscutiblemente la cancelación del mismo. Cancelación consecuen- te de la ineficacia originaria del asiento, ordenada por la Ley Hipotecaria, y sin tener en consideración la extinción o no del derecho publicado. Si, en este caso, es procedente la cancelación desconectada del derecho inscrito, y admitida por la Ley, quiere decir que la extinción del derecho inscrito no es condición imprescindible y definitoria de la cancelación (14). Por lo tanto, no se podrá marcar la línea divisoria, entre ambas figuras comparadas, en la previa extinción del derecho inscrito, tal y como hace LACRUZ BERDEJO. CANO TELLO (15), recoge en líneas generales el pensamiento de LACRUZ, aunque admite —confirmando el criterio que aquí se ha defendido— que la cancelación también puede producirse con independencia del derecho, pero que, sin embargo, y por regla general constata su extinción.

DÍEZ PICAZO (16) supera la diferencia entre ambas basada en la previa extinción del derecho inscrito. Más bien al contrario, las coloca mucho más próximas una de la otra, precisamente, por ser las dos supuestos de lo que denomina la «mecánica registral» para dejar sin efecto un asiento sin tener en cuenta si se extinguió o no el derecho inscrito. No obstante, sigue planteando sus relaciones de manera paralela, sin interrelacionarse: ambas son formas de producirse la pérdida de vigencia de un asiento —independientemente de su subsistencia o no en el ámbito jurídico extra-registral—, que actúan separadamente ante la producción de un supuesto u otro. Desde mi punto de vista, este enfoque no es el correcto porque no son dos modos de extinción o de constatar la pérdida de vigencia de los asientos registrales, sino que su relación debe alinearse en el eje causa-efecto.

---

(13) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., «Elementos de Derecho Civil» III bis, *ob. cit.*, pág. 247.

(14) Aunque como ya quedó expuesto en el punto anterior, la extinción del derecho inscrito sí que es, de modo general, la premisa básica de la cancelación, siendo la ineficacia del asiento la excepción.

(15) Véase CANO TELLO, C., «Manual de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 254.

(16) Véase DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», tomo II, (1978), *ob. cit.*, págs. 424 y 425.

Cuando un asiento pierde su vigencia por el transcurso del tiempo (caducidad), lo conveniente es proceder a su cancelación para constatar su extinción. Caducado un asiento, su consecuencia inmediata debe ser la cancelación del mismo. Así lo han mantenido DE LA RICA MARITORENA (17) y CHACÓN (18). Otros preceptos del Reglamento Hipotecario también disponen la cancelación de asientos que han caducado; en este sentido los artículos 206.13, 207, relativos a la cancelación por caducidad de las anotaciones preventivas en general, y el 209 sobre la cancelación de anotaciones preventivas de derechos hereditarios cuando hayan caducado. El 201 RH dispone, a su vez, que se cancele la anotación preventiva de suspensión de cancelación cuando haya transcurrido el plazo que la Ley le señala; procede también, cancelar por caducidad las notas que constatan la existencia de un derecho de retorno arrendaticio; de igual manera el artículo 87 RH ordena cancelar las menciones que han caducado. Todas estas disposiciones indican que la caducidad y la cancelación no son dos modos distintos de extinguir asientos, sino que una —la caducidad— es presupuesto de la otra —cancelación—. Otro argumento para defender que la caducidad es un presupuesto determinante de la cancelación, se encuentra en la crítica que DE LA RICA Y ARENAL (19) hace a la deficiente redacción del artículo 77 LH, que incluye entre los motivos de extinción de las anotaciones preventivas a la cancelación, conversión y caducidad. Para este autor la enumeración contenida en este artículo es repetitiva porque «la caducidad no es un medio formal de extinguir un asiento, sino causa jurídica determinante de su extinción, que ha de provocar un asiento o nota de cancelación». Como en la cancelación va implícita la caducidad, bastaría, según DE LA RICA, decir que los medios de extinción de las anotaciones preventivas son la caducidad y la conversión. La caducidad no es, por lo tanto, un medio autónomo de extinción de asientos registrales, sino el hecho desencadenante de una cancelación registral que pone fin definitivamente a ese asiento caducado. En una línea de argumentación parecida, PAU PEDRÓN (20) critica, también, el artículo 77 LH, en cuanto recoge tres modos de extinción de las anotaciones preventivas, cuando según él, «el verdadero modo de extinción de ésta —anotación preventiva— es la cancelación, toda vez que aun la anotación caducada —por haber transcurrido el plazo de su vigencia— debe ser objeto de la pertinente cancelación», no obstante, cree conveniente el estudio por separado de estas dos figuras.

Como conclusión de los párrafos precedentes, se puede decir que la caducidad del asiento es un presupuesto determinante de la cancelación registral, basada en la ineficacia sobrevenida del asiento por el transcurso del plazo que tenía establecido en virtud de la Ley, y con independencia de la existencia o no del derecho objeto del mismo en la realidad jurídica extra-registral. Cadu-

---

(17) Véase DE LA RICA MARITORENA, R., «La cancelación registral», *ob. cit.*, pág. 1310: «la caducidad provoca la cancelación».

(18) Véase CHACÓN, J., «Cancelaciones que establece la Ley y el Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, 1950, pág. 503. Afirma que a la caducidad sigue la cancelación en los supuestos regulados en los artículos 87 y 89 RH, referentes a la caducidad de menciones que ordena cancelar.

(19) Véase DE LA RICA Y ARENAL, R., «Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arrenal», *ob. cit.*, pág. 89.

(20) Véase PAU PEDRÓN, A., *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Fundación para la Formación de Altos Profesionales, Madrid, 1996, pág. 259.

cado un asiento, debe cancelarse, y entonces, dejará de producir todos los efectos derivados de la publicidad registral.

Creo que esta idea es la que debe resaltarse, y así se deduce de esta Resolución, cuando la DGRN entiende que la cancelación no es más que el reflejo formal de la caducidad ya producida; pero, creo que esta idea debe subrayarse más todavía, pues puede dar lugar a una interpretación errónea. Por lo tanto, y como resumen de lo aquí expresado, al igual que en otros supuestos, la cancelación cumple con su papel de «certificar» la muerte de ese asiento, previamente extinguido.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

#### 1.4. Sucesiones

Por Teresa San Segundo Manuel

*SUCESIÓN EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.—SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS A FAVOR DEL VARÓN CON PREFERENCIA A LA HEMBRA SIN QUE ELLO CONTRAVENGA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO (ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN).* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2003.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

*Antecedentes.*—Solicita el actor —varón— al Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Pamplona, la nulidad de la Real Carta de Sucesión de 19 de octubre de 1994, para que se declare que tiene un derecho mejor o preferente que el que asiste a la demandada —hermana del actor— para llevar, usar y poseer el Título nobiliario de Conde de M. N. Asimismo, se pedía que se hiciera expresa imposición de las costas a la parte demandada en caso de que ésta se opusiera a la demanda.

El Juzgado estimó la demanda y, en consecuencia, declaró nula la Real Carta de Sucesión de 19 de octubre de 1994, e hizo la condena en costas, dando la razón al demandante que, como antes se dijo, era varón.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia, la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada y revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, declarando no haber lugar a la acción de nulidad ejercitada respecto a la Real Carta de Sucesión que sobre el título nobiliario de conde de M. N. tiene a su favor concedida la demandada. Condena la Audiencia al actor al pago de las costas causadas en la primera instancia. La Audiencia optó por reconocer el derecho de la demandada.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, anuló la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia y confirmó el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado.

*Doctrina.*—Esta sentencia plantea, una vez más, el problema del criterio que ha de seguirse en la sucesión de títulos hereditarios. La controversia se suscita, como puede apreciarse en los Fundamentos de Derecho, entre dos tesis contrapuestas que sostienen:

— La preferencia del principio de la masculinidad, otorgando preferencia al varón sobre la hembra. Cuenta a su favor que ha sido la tradicional en el derecho histórico español en materia de sucesión de títulos nobiliarios.

— El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, amparados en el artículo 14 de la Constitución española, debe primar frente a cualquier otro criterio.

El tema central de esta sentencia ha sido tratado en otras, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, en especial la de este último 126/97, de 3 de julio, y nos conduce al análisis de la posible inconstitucionalidad de la utilización del criterio de la masculinidad en lugar de otros como el de la primogenitura que no discriminaría por razón de sexo. Este criterio parece chocar con los valores sociales y jurídicos contenidos en la Constitución y vigentes en la actualidad y, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1988, el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí solo, su contraste con la Constitución ya que los principios y valores de ésta informan la totalidad de nuestro ordenamiento lo que imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas que resulten incompatibles con los principios de la Carta Magna.

En cuanto al quebrantamiento del artículo 14 de la Constitución, en lo que se refiere a la diferencia por razón de sexo, puntualiza la sentencia del Constitucional de 3 de julio de 1997, que ha de analizarse dentro del contexto concreto de los títulos de nobleza, dada la peculiar naturaleza de éstos. Los títulos nobiliarios han subsistido en la sociedad burguesa y en el régimen constitucional por su directa vinculación con la Corona, aunque «como instituciones residuales de la sociedad anterior que se incrustan en la nueva y logran persistir en ella, si bien es cierto que con un contenido jurídico y una función social enteramente otras y menores que las que tuvieron antes» (STC 27/1982).

Los títulos de nobleza tuvieron gran relevancia social y jurídica en el pasado, si bien, pone de manifiesto el Tribunal Constitucional que hoy carecen de cualquier contenido jurídico-material que no sea otro que el derecho a usar un *nomen honoris* que viene a identificar, junto al nombre, el linaje al que pertenece quien ostenta tal prerrogativa de honor, poseyendo un significado más simbólico que diferencial, por lo que considera que esto hace que se excluya una posible discriminación en la forma de adquirirlo.

Los títulos nobiliarios tienen una naturaleza meramente honorífica y una finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, según la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, lo que lleva a concluir al alto Tribunal, que no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución, como es el régimen de su transmisión *mortis causa* haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real Carta de concesión.

## COMENTARIO

Tradicionalmente se ha dado preferencia al varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. En la carta de concesión del título se recoge la voluntad del fundador y se suele determinar el orden que ha de aplicarse.

Al recoger la Constitución española en su artículo 14 la prohibición de cualquier discriminación por razón de sexo, comienzan a plantearse pleitos en los que se discute si ha de prevalecer el Derecho histórico preconstitucional, que imponía en los casos de igualdad de línea y grado, la preferencia del varón sobre la mujer, o, por el contrario, esta preferencia había de entenderse derogada.

La sentencia del Constitucional, de 3 de julio de 1997, ha venido a zanjar la cuestión que estamos analizando al declarar que la preferencia del varón en la sucesión de los títulos nobiliarios no contraviene los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo recogidos en el artículo 14 de la Constitución por ser intrasendente en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

## 1.5. Obligaciones y contratos

POR ISABEL MORATILLA GALÁN

*CONTRATO INNOMINADO POR DECLARACIONES TÁCITAS.* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 2001.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

*Antecedentes.*—Nos encontramos con un supuesto en el que la madre, como legitimaria, fue nombrada heredera en testamento y al percibir la tercera parte de la herencia, adquiere su legítima como *pars hereditatis* (*pars bonorum*) en el sentido de que recibe la legítima como cuota de la herencia que recae sobre los bienes que la integran. La legítima es parte de los bienes de la herencia que recibe el legitimario por cualquier título, siendo en el presente caso por título de heredera y sobre aquella cuota no puede recaer el gravamen ni limitación ni responsabilidad por incumplimiento de contrato.

*Doctrina.*—En la demanda se ejercita la acción declarativa de dominio y se pide el reintegro de unas fincas por razón de nulidad por incumplimiento de obligaciones de un contrato. La comparecencia previa del proceso de menor cuantía, aclara que no se pretende una nulidad, sino una resolución por incumplimiento de obligaciones ex artículo 1.124 del Código Civil, además la sentencia dictada en primera instancia califica la acción declarativa de propiedad, cuyos presupuestos considera acreditados, califica el contrato suscrito de «vitalicio» y declara acreditado el incumplimiento de obligaciones que justifica la resolución; por lo cual, estima la demanda condenando, entre otros pronunciamientos, a la demandada recurrente en casación al reintegro de una serie de

fincas. Se mantiene la calificación de la acción como declarativa de dominio, pero no califica el contrato de «vitalicio», sino que estima que no transmitió la propiedad de las fincas a que se refiere la acción declarativa de dominio ya que, literalmente dice que es un «contrato otorgado en base al principio de libertad de contratación» consagrado en el artículo 1.254 del Código Civil y conectado o relacionado íntimamente con una partición *inter vivos* realizada simultáneamente por la testadora, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.056 del Código Civil. Se estima también que los fundamentos jurídicos expuestos contienen dos errores: El primero, es la calificación de la acción ejercitada, que por la demandante, demandada y sentencias de instancia se la considera acción declarativa de dominio, que es, como así se expresa también, la que tiene por objeto simplemente la declaración del derecho de propiedad, como acción meramente declarativa, que carece del requisito de ser poseedor el demandado y del efecto de condenar a éste al reintegro de la cosa objeto de la acción, es decir, se ejercita una acción reivindicatoria: acción del propietario —cuya titularidad se ha declarado acreditada en las sentencias de instancia— que tiene derecho a poseer la cosa, para que se declare su propiedad y que le sea restituida por el poseedor demandado que carece de tal derecho. Y el segundo, es la calificación del contrato, así la sentencia de primera instancia lo califica de vitalicio y la de segunda instancia lo asimila a una partición *inter vivos*, sin transmisión del dominio de las fincas, sin embargo, no se puede mantener una ni otra calificación, era un proyecto de negocio jurídico, que siendo bilateral, no fue aceptado por una de las partes que se negó a firmar y la firma es la expresión externa y escrita de la asunción del contenido de un documento, por tanto, no llegó a perfeccionarse aquel negocio jurídico.

## COMENTARIO

No hubo contrato con declaraciones de voluntad expresas contenidas en aquel documento privado, pero sí se deduce de unos hechos que la madre transmitió la posesión de unas fincas a sus hijos, no el derecho de propiedad, y éstos se obligaron a unas prestaciones, cuyo incumplimiento han declarado acreditado las sentencias de instancia, «contrato innominado», del que es claro que los hijos carecen de título de propiedad de las fincas, que sigue conservando la madre y no pueden mantener la posesión transmitida por incumplimiento de sus obligaciones. En realidad, en todos los motivos, desde distinto punto de vista, pero siempre desde una visión parcial y lógicamente interesada, se mantiene que la propiedad de las fincas fue transmitida a los hijos de la demandante, por lo que no puede prosperar la acción reivindicatoria. Y no es así, ya que tanto la Audiencia Provincial como esta Sala estiman que no hubo transmisión del derecho de propiedad de la madre, demandante, a sus hijos. Por lo cual, no aparece infracción alguna de los artículos 467 del Código Civil, relativo al usufructo, ni del artículo 348 del mismo cuerpo legal, relativo al derecho de propiedad en relación con el pacto de prohibición de disponer, ni del artículo 27 de la Ley Hipotecaria que se refiere a la misma cuestión. La prohibición de disponer, como limitación al derecho de propiedad en su facultad de disposición, tan sólo cabe ser impuesta convencionalmente en acto a título gratuito; si se establece en acto a título oneroso no tendrá otro carácter que el obligacional sin constituir una limitación al derecho de propiedad que prive a su titular del poder de disposición.

*CONTRATO DE VITALICIO: ES UN CONTRATO ALEATORIO.* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ENERO DE 2001.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

*Antecedentes.*—Los padres adoptivos de la demandante ceden y transfieren a la otra compareciente, doña Antonia Anqués Palmer (la demandada en la instancia y parte recurrida en casación) la nuda propiedad de una finca y se reservan el usufructo vitalicio; respecto a la otra parte, en pago de la cesión anteriormente efectuada, la cesionaria doña Antonia Anqués Palmer (la demandada) o sus causahabientes, queda obligada a cuidar y prestar cuantos servicios y cuidados precisen... (a los padres de la demandante). La base fáctica se apoya en que el contrato es de 1986 y en 1987 muere la cedente y, posteriormente, su esposo —viudo— y también cedente (ambos, padres de la demandante) contrae matrimonio con la cesionaria demandada y así, aquella obligación de prestar servicios y de cuidados, de ésta a aquél, deviene obligación legal de alimentos. Pero en la litis se confunde la obligación de prestar alimentos con el deber de socorro mutuo que impone recíprocamente a los cónyuges el artículo 68 del Código Civil, siendo aquélla sólo aplicable al caso de crisis matrimonial, tampoco advierte la parte recurrente que la obligación, derivada del contrato vitalicio, tiene su carácter aleatorio derivado precisamente de desconocer su duración, que es el de la vida humana. El hecho de contraer matrimonio no extinguió la obligación de cuidados y servicios, sino que ésta existió desde aquél, por dos títulos, el legal y el convencional y este último podría renacer en su aplicación, en todo caso de crisis matrimonial.

*Doctrina.*—Es reiteradísima la jurisprudencia que ha mantenido y sigue manteniendo que la interpretación y, como derivación, la calificación de un contrato, es función del Tribunal de Instancia, sólo revisable en casación cuando es ilógica, absurda o contraria a derecho. Además, es el contrato que doctrinal y jurisprudencialmente ha sido calificado como contrato de vitalicio, contrato autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia, aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes. Por lo cual, no hay infracción del artículo 1.218 del Código Civil, ya que aquel documento público hace prueba del hecho que motivó su otorgamiento, que fue la concurrencia de las declaraciones de voluntad que constituyeron, con el objeto y la cusa, el contrato de vitalicio: declaraciones correctamente interpretadas, por lo que no se ha infringido tampoco el artículo 1.281 del mismo Código. Pero no se entiende dónde se incluye la infracción. El contrato aleatorio, por definición, es el que se basa en el alea, suerte, y las partes asumen, cada una, el riesgo de pérdida o ganancia. Así, el contrato de vitalicio es aleatorio y concuerda con este concepto y con aquella norma, que no aparece infringida.

## COMENTARIO

El motivo del recurso hace hincapié «en equivalencia», la cual significa la relación de las prestaciones, sometidas al alea; en ningún caso tiene el sentido, que parece darle el recurrente, de precisar ser equivalentes las prestacio-

nes, pues ello sería convertir el contrato en conmutativo e incluso ir más allá, pues en éstos no se exige que, siendo bilaterales, las prestaciones de cada parte sean equivalentes, pues basta el consentimiento no viciado de las partes para llegar a la perfección del contrato. En el caso de autos se observa que en el negocio jurídico que se dilucida «se cede y transfiere» la nuda propiedad de una finca y «en pago de la cesión» se obliga a prestar servicios y cuidados; aquéllos son los padres de la demandante y ésta, la demandada. Este contrato no es gratuito, es oneroso y al no poder predecirse la duración de la vida de los cedentes, es aleatorio, en definitiva, es un contrato vitalicio.

*CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA A PRECIO ALZADO.* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2001.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

*Antecedentes.*—Por «Construcciones Arobra, S. L.», se formula demanda frente a «Colas Otaduy, S. A.», como dueño y comitente de la obra ejecutada por la actora a que se contrae este litigio, y contra don Tomás Eizmendi Nájera, como técnico director de la obra, en cuya demanda suplica se dicte sentencia por la que estimando la demanda se declare la ruina parcial sobrevenida por defecto del proyecto, en base a «vicios del suelo», y de su dirección.

*Doctrina.*—El contrato de obra origen de esta litis se plasmó en el presupuesto confeccionado por la actora Construcciones Arobra, S. L., por un importe determinado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, presupuesto que fue aceptado por Colas Otaduy, S. A., en carta dirigida a la actora en que se establecía la forma en que se realizaría el pago del precio; reconoce la actora en su demanda que el presupuesto se realizó en base al proyecto elaborado por el Ingeniero Técnico Industrial don Juan José Beracochea para la construcción de un pabellón industrial, formado por varias naves adosadas a dos aguas, de construcción y cerramientos mixtos y dos alturas construidas, en el que se incluía la ejecución de una rampa pavimentada con una solera de hormigón para dar acceso a vehículos hasta una zona situada en la parte trasera del pabellón. De los términos en que resulta pactado el contrato de ejecución de obra, con el establecimiento de un precio determinado en el presupuesto confeccionado a la vista del proyecto de la obra a ejecutar, ha de concluirse que nos encontramos ante un contrato a precio alzado al que es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código Civil, que establece la invariabilidad del precio pactado aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, si bien se permite al contratista aumentar el precio cuando se haya hecho algún cambio en el plazo que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario. Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el artículo 1.593 del Código Civil en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo —lo que se conoce como aumento de obra—, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente.

## COMENTARIO

En realidad, en la demanda inicial no se aduce como fundamento de la reclamación de la parte del precio que se formula, que tal cantidad corresponda a un aumento de obra respecto de la presupuestada, que haya sido autorizado, expresa o tácitamente, por el comitente, sino que la cantidad reclamada lo es en concepto de parte del precio de la obra ejecutada según el presupuesto bilateralmente aceptado y así la actora no ha intentado prueba alguna tendente a demostrar que se haya producido un incremento de obra que justifique un aumento del precio convenido. Ha de tenerse en cuenta que presupuestada la obra en la cantidad citada se ha acreditado sin contradicción por la demandante haber satisfecho otra por el concepto de IVA, superando el precio pactado, por tanto, no se prueba, ni, se repite, siquiera alegado, que la cantidad reclamada obedezca a un aumento de obra consentido por el comitente que justifique el mayor precio que supone la cantidad reclamada.

*CONTRATOS. SU PERFECCIÓN POR EL MERO CONSENTIMIENTO.* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 2001.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

*Antecedentes.*—Nos encontramos ante un juicio de menor cuantía iniciado en virtud de demanda interpuesta por la entidad recurrente solicitando la nulidad de una cancelación de hipoteca, la declaración de plena validez de la misma hipoteca, el retorno de las cosas al ser y estado que tenían antes de un contrato privado de fecha anterior a la cancelación de hipoteca mencionada, la condena de uno de los demandados a la entrega a la actora de una letra de cambio aceptada por otra codemandada y, por último, la nulidad del contrato privado ya aludido y de otro de fecha posterior. Dicha demanda, dirigida contra quienes habían sido parte en los contratos privados, contra la aceptante de la letra y dueña de la finca hipotecada, contra quien había sido depositario de la letra y, finalmente, contra quienes habían adquirido la finca hipotecada tras la cancelación de la hipoteca, alegaba dolo en la cancelación de la hipoteca y subsiguiente venta de la finca sin conocimiento de la actora. La sentencia de primera instancia, entendiendo que el contrato privado no se había perfeccionado debido al incumplimiento de dos de los pactos, declaró la nulidad de ambos contratos privados por falta de consentimiento expreso y también la nulidad de la cancelación de hipoteca por entender que la validez de tal cancelación dependía de la perfección del mismo. Interpuestos sendos recursos de apelación concluyó que se superponían dos tipos de operación consistentes en novación subjetiva por cambio de deudor y modificación de los medios de pago y garantías anejas por parte del nuevo deudor.

*Doctrina.*—No sólo no se razona que los contratos deben considerarse perfeccionados con arreglo al artículo 1.258 del Código Civil sino que, además en la demanda, ni siquiera se alega como hecho que las partes no hubieran querido realmente pactar lo que pactaron, limitándose la alegación de dolo y de un modo exageradamente lacónico el acto de cancelación de hipoteca. En consecuencia, ninguna infracción del principio *iura novit curia* puede reprocharse a la sentencia impugnada, ya que dicho principio autoriza ciertamente

la aplicación por el juzgador de normas no invocadas expresamente por las partes pero no, desde luego, la introducción de oficio de hechos no alegados por las propias partes ni la alteración de la causa de pedir, entendida como hecho o hechos de significación jurídica alegados en los escritos rectores del pleito.

#### COMENTARIO

En su desarrollo argumental la parte recurrente reprocha al tribunal de apelación su olvido de que todo el procedimiento tiene su origen en que quien debía o quería asumir la deuda no lo hizo de forma satisfactoria para el acreedor, quien en momento alguno la aceptó como resulta de lo declarado probado en la propia sentencia, al haberse depositado la letra garante de la deuda en manos de un tercero. Y además, nada puede semejante argumentación frente a los sólidos fundamentos de la sentencia impugnada, pues no es el tribunal de apelación sino la propia parte recurrente quien olvida no sólo los hechos que aquél tomó como base para apreciar dicha novación subjetiva por cambio de deudor sino incluso el exacto contenido de los pactos que sucesivamente se fueron alcanzando entre las partes, especialmente la facultad de cancelación de la hipoteca mediante presentación de la letra de cambio.

*RUINA. ES IMPUTABLE A QUIENES HAN PROMOVIDO Y EJECUTADO LA CONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO.* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 2001.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

*Antecedentes.*—Una Comunidad de Propietarios interesa la condena de llevar a cabo las obras necesarias para reparar y subsanar los daños y desperfectos surgidos en su inmueble.

*Doctrina.*—Aún cuando en la demanda inicial no se haya calificado expresamente a los demandados como promotores, es aquéllos a los que corresponden funciones específicas como son las de adquisición del solar, construcción a su costa del edificio, otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal y posterior venta de los pisos y locales ya directamente a personas. Se halla implícita, pues, en la demanda la atribución de los ahora recurrentes de la condición de promotores, pues repetidamente se les señala como «responsables de la construcción del edificio». La sentencia impugnada comienza aludiendo a la doctrina sentada por la Sala en numerosas Resoluciones que cita, según la cual el aseguramiento de un interés socialmente relevante constituye la base y fundamento de la solidaridad pasiva de todos los partícipes en el proceso constructivo, cuando la específica intervención de los mismos en las causas de ruina no pueda determinarse de forma individual. Sin embargo, tras la valoración de la prueba practicada, y especialmente del informe pericial obrante en autos, entiende que la multiplicidad de defectos en los diversos locales independientes del inmueble obedece a deficiente ejecución de los terrados y a descuido en la colocación del tabique

pluvial. En cuanto a lo primero, afirma que las terrazas están constructivamente mal realizadas, faltando la necesaria ventilación en el interior de la cubierta; también se han omitido las necesarias juntas de dilatación en superficie, lo que produce rompimiento y agrietamiento de ésta. A falta de tabique pluvial, por su parte se deben las humedades en viviendas que provocan un evidente estado ruinoso.

#### COMENTARIO

El promotor-vendedor, que es a la vez constructor, debe responder de todas las deficiencias apuntadas que son responsabilidad de la dirección facultativa y obligación del constructor, no obstante a la responsabilidad del contratista que a la vez es promotor, el hecho de que también pudieran imputarse responsabilidades a los técnicos intervinientes en la obra, pues la que a aquél corresponde nace del incumplimiento contractual, al no reunir las viviendas las condiciones de aptitud para la finalidad a que están destinadas, y llegamos a esta afirmación pues la jurisprudencia considera constitutivos de ruina funcional aquellos defectos que excedan de las que pueden considerarse imperfecciones corrientes y que, por ello, configuren una violación del contrato al convertir la edificación en inútil para el fin a que estaba destinada, impidiendo su normal utilización y habitabilidad y convirtiendo el uso de las viviendas en gravemente irritante o molesto.

*CONGRUENCIA. CONCEPTO.* (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2001.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

*Antecedentes.*—La base táctica y jurídica de la presente litis se centra en el contrato y precontrato celebrados en escritura pública, en fecha 4 de agosto de 1955 entre los representantes de la Administración de la zona internacional de Tánger y de la entidad Areitio, S. A., con relación a una finca conocida como «Heredad de Fraisoro»: se celebró un contrato de arrendamiento de la finca (estipulación primera con el siguiente texto literal: La Administración Internacional de Tánger, arrienda a Areitio, S. A., una finca para el mejor servicio y ampliación de la fábrica colindante propiedad de la arrendataria. La duración del arriendo será la misma de la opción prevista en la estipulación tercera, a la que más tarde aludimos, bien entendido que, levantada la opción por la Administración Internacional de Tánger, Areitio, S. A., se convertirá automáticamente en propietaria y aquélla podrá disponer íntegramente del depósito que aquí se constituye y nacerá a su favor el crédito eventual que resulte de la fijación definitiva del precio, una determinada cantidad mensual (estipulación segunda), y se celebró un precontrato de opción de venta (estipulación tercera, del siguiente tenor: Areitio, S. A., concede a la Administración Internacional de Tánger, una opción gratuita de compra de la finca objeto de este contrato. Fija un precio mínimo de compraventa. La Administración Internacional de Tánger podrá optar, por tanto, entre vender o no dicha finca; y Areitio, S. A., se vincula en cambio a la compra de ella, como consecuencia de la opción. Si la Administración Internacional de Tánger de-

cidiese hacer uso de la opción, el precio definitivo se fijará por dos peritos, respetando siempre el mínimo antes dicho. Los peritos serán designados entre tres que propondrá la Administración Internacional. La duración de la opción será de cuatro años, por el que aquella Administración tenía la opción de vender a esta sociedad la finca arrendada, por un precio determinable. Por lo tanto, la cuestión jurídica que se plantea, como núcleo esencial de la litis, es: 1) si se ha ejercitado la opción; 2) si se ha pagado el precio mínimo pactado, y 3) si la sociedad ha devenido en propietaria de la finca.

*Doctrina.*—Los motivos expuestos denuncian que se ha producido incongruencia, debiendo desestimarse dichos motivos por la razón de que en el recurso se desconoce el concepto de incongruencia, en el cual ha profundizado la doctrina, analizado como violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por el Tribunal Constitucional, y es que sobre la incongruencia se ha repetido el concepto por la Sala en numerosas sentencias, de forma tal que es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido *ultra petita*, o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes *extra petita* y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes *citra petita*, siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Y ha destacado reiteradamente que para apreciar incongruencia debe ponerse en relación el suplico de la demanda principal y reconventional con el fallo de la sentencia.

## COMENTARIO

En realidad, en la presente litis, se analiza una cuestión jurídica —la convalidación— que constituye el fondo jurídico-material del tema conflictivo, pero no se mantiene una necesidad de separación de pronunciamientos y una presencia de una contradicción atinente al fondo, cuando se resuelven los puntos litigiosos y no hay contradicción alguna ni se alega una usucapión que no ha sido tratada en el fallo ni si se refiere exclusivamente al fondo de derecho material ni si se refiere al tema central de fondo, que es el ejercicio de la opción ni la hay tampoco *infra petita* al desestimar expresamente en el fallo ciertos pedimentos ni si no aparece contradicción alguna.

### CONGRUENCIA. CORRESPONDENCIA ENTRE FALLO Y PRETENSIONES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2001.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

*Antecedentes.*—La presente litis tiene su origen en una demanda de reclamación de cantidad en concepto de parte del precio pendiente de un inmueble vendido por la actora al demandado. El debate se centró en cuál había sido el precio efectivamente pactado, si el reflejado en escritura pública que la vendedora confesaba recibido dando carta de pago, en cuyo caso procedía desestimar la demanda, o el más elevado que se hizo constar en un documento privado de fecha anterior.

*Doctrina.*—Se alega incongruencia omisiva de la sentencia impugnada porque, según el recurrente, el tribunal de apelación se habría limitado al problema fáctico y probatorio, dejando sin resolver el de si se había producido o no una novación modificativa del primitivo contrato de compraventa, cuestión esta en la que sin embargo el demandado había centrado su oposición a la demanda, pero esto resultó insostenible. Si ya la jurisprudencia de la Sala viene declarando que la congruencia se mide por la correspondencia entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y las pretensiones de las partes, correspondencia que se da plenamente en este caso, basta además con leer el fundamento jurídico de la sentencia recurrida anteriormente transcrito para comprobar que el razonamiento del tribunal de apelación se centró precisamente sobre el punto que el motivo dice haberse eludido o silenciado, es decir, si la escritura pública produjo efectos novatorios de lo anteriormente plasmado en documento privado, abordando incluso el mismo tribunal expresamente «las causas alegadas por el demandado en su escrito de contestación para explicar la alteración del precio».

## COMENTARIO

Basta con recordar lo que se viene razonando hasta ahora para que precisemos que la tarea primordial del tribunal de apelación no ha sido otra que valorar todas las pruebas practicadas, fundamentalmente documental y testifical, para llegar a la conclusión de que el precio verdaderamente pactado fue el consignado en el documento privado y no el que en la escritura pública posterior se decía pactado y recibido, de ahí que haya de aplicarse la constante jurisprudencia de esta Sala a cuyo tenor el artículo 1.214 del Código Civil carece de idoneidad para sostener un motivo de casación cuando sobre un determinado hecho se haya practicado prueba, con independencia de quién la hubiera propuesto, y el tribunal sentenciador haya plasmado el resultado de esa efectiva actividad probatoria.

ISABEL MORATILLA GALÁN

### 1.6. Responsabilidad civil

POR LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

*RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS DEMANDADOS.—DAÑO MORAL INFERIDO POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL. INDEMNIZACIÓN MANCOMUNADA EN ATENCIÓN A SUS RESPECTIVAS CONDUCTAS.* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2003.)

*Ponente:* Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

*Antecedentes.*—El origen de la demanda está en el siniestro, en el que perdieron la vida los hijos de los actores, al ser arrastrados por las aguas del

río Ter, aparentemente, cuando abandonaron el coche que ocupaban, al quedar éste inmovilizado en un puente.

Y tiene por objeto la reclamación por negligencia profesional de los abogados que intervinieron en el caso al dejar que prescribieran las acciones de responsabilidad e indemnización que se debían haber interpuesto como consecuencia del accidente.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona, dictó sentencia con fecha 14 de enero de 1997, desestimando la demanda interpuesta por los demandantes sobre reclamación de daños y perjuicios que cifraban en la suma de 70.991.003 pesetas más intereses y costas, absolviendo a los abogados demandados.

Apelada por los demandantes la anterior Resolución, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gerona dictó, con fecha 15 de diciembre de 1997, y confirmó íntegramente el fallo con imposición a los demandantes de las costas en alzada.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, condenando a los abogados codemandados al pago de la suma de cinco millones de pesetas, con los porcentajes fijados del 20 por 100 a cargo de don J. Antonio Q. C. y el 80 por 100 a cargo de don Camil C. G. Sin expresa condena en costas, debiendo cada parte satisfacer las por ellos causadas y las comunes por mitad.

*Doctrina.*—El recurso de casación se funda en cinco motivos. En el primero se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.973 del Código Civil y de la doctrina que lo interpreta, al amparo del artículo 1692.4 de la LEC, al estimar que la intervención del señor J. Antonio Q. C. ante el Juzgado, solicitando Abogado de oficio carece de virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción, por no expresar correctamente el pleito en el que se pretende utilizar, por lo que el Tribunal *a quo* ha considerado erróneamente que sí pudo haberlos producido. Motivo que debe ser rechazado al ser una cuestión que no se debate en la recurrida y sólo por la primera instancia.

En el segundo se alega quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al amparo del artículo 1692.3 LEC, al infringir el fallo por violación del artículo 359 LEC, ya que la Resolución incurrió en incongruencia por omisión al no pronunciarse sobre sí el letrado don J. Antonio Q. C. actuó negligentemente. Motivo que tampoco se acepta por no existir defecto de incongruencia, ya que la Sala *a quo* exime a ambos letrados de responsabilidad profesional.

En el tercero se denuncia con la misma apoyatura legal que en el motivo anterior, que la Resolución incurrió en incongruencia al no pronunciarse sobre la responsabilidad contractual del letrado don Camil C., pese a reconocer que fue la omisión argumentativa de la demanda lo que provocó la declaración de prescripción. Motivo que tampoco se aprecia —más bien incongruencia por contradicción entre lo razonado y resuelto—, ya que, si bien la Sala expresa que «en la omisión argumentativa de la demanda formulada por el mismo cabe atribuir la concreta declaración de prescripción en los términos en que se produjo», luego señala, como pese a ello, no procede declarar responsabilidad alguna de los Letrados con argumentos, que se podrían aceptar o no, pero que son coherentes para no declarar la responsabilidad.

El motivo cuarto denuncia la infracción de los artículos 1.101 del Código Civil, y 53, 54 y 102 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, al amparo del artículo 1692.4 LEC, pidiendo que se

aclare la responsabilidad profesional por la negligencia con que desempeñaron los demandados la defensa de los intereses confiados.

La Sala, antes de dar respuesta al citado motivo, resume la línea jurisprudencial de la llamada «responsabilidad civil profesional» (con cita de las sentencias de 23-5-2001, 30-12-2002, 11-11-1997, 25-3-1998, 25-6-98, 3-10-98, y de la normativa del Estatuto General de la Abogacía, arts. 8, 9, 53 y 54) con base a la cual estima el motivo:

1.º) Por lo que respecta al señor Antonio Q., ya que su actuación —cuando sólo faltaban cuatro días para que se produjera la prescripción de la acción tras el término del proceso penal— ...acompañando a los familiares de las víctimas al Juzgado para solicitar el nombramiento del Abogado de Oficio para instar las correspondientes reclamaciones —...tanto en vía civil como administrativa— contra los organismos implicados, ...supone una mínima diligencia ...que quebranta los deberes profesionales prescritos en su normativa estatutaria...

2.º) Por lo que respecta al Letrado de Oficio..., no presentó la demanda civil hasta el 1 de abril de 1993, y fue desestimada por prescripción por sentencia firme de 23 de septiembre de 1994... La negligencia profesional en que incurrió deviene meridiana.

En el quinto se denuncia infracción del artículo 1.103 del Código Civil al amparo del artículo 1692.4 LEC y de la jurisprudencia de la Sala (STS de 20-5-1996 y 16-12-1996), así como la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sentencias de 8 de abril de 1984 y 12 de febrero de 1985). Esto es, se plantea el tema de la indemnización... que... los recurrentes la cifraron en la suma de 70.990.003 pesetas. Para ello, el Tribunal acoge la doctrina... de si la prescripción de la acción... impidió a los interesados (o los privó de su legítimo derecho) acudir a los Tribunales... y si ello integra el daño moral según la jurisprudencia... sentencias de 25-6-1998, 14-5-1999, 30-12-2002, 8-4-2003... por la impericia o la falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales había solicitado... para demandar la tutela de sus intereses; y la sentencia de 29-5-2003, que afirma que: «el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada “pérdida de oportunidad”...». Se estima el motivo, considerándose que el daño inferido a los actores como auténtico daño moral, y se cuantifica el mismo.

## COMENTARIO

Hemos seleccionado esta sentencia una de las últimas del año pasado, dictadas en materia de responsabilidad civil del abogado, y lo hemos hecho, por una parte porque en ella se hace un resumen de la doctrina jurisprudencial recaída sobre este asunto y, por otra, para volver sobre un tema cada vez más candente.

Para resaltar su importancia, basta poner de manifiesto el aumento de reclamaciones sobre la materia, así como por la preocupación doctrinal que el tema últimamente ha despertado.

Para centrar el caso, es preciso indicar los hechos en torno a los que gira el supuesto litigioso, que vienen recogidos en los fundamentos segundo y tercero y que pueden describirse del siguiente modo:

1. El 2 de diciembre de 1989, dos jóvenes perecieron al ser arrastrados por las aguas del río Ter, presumiblemente, cuando abandonaron el coche que ocupaban, al quedar éste inmovilizado en el paso conocido como «Passallís de Sobranigues». Como consecuencia del trágico suceso, los familiares demandantes encargaron su defensa al Letrado ahora demandado señor Antonio Q., siguiéndose diligencias penales que fueron archivadas y notificadas el día 20 de de julio de 1990.

2. El 2 de noviembre de 1990, el Letrado demandado realizó gestiones sobre el asunto para conocer los Ayuntamientos u Organismos que ostentaran alguna competencia sobre el puente donde ocurrió el accidente.

3. El 16 de julio de 1991 (cuando sólo faltaban cuatro días para que prescribiera la acción), el citado Letrado acompañó a los padres de los jóvenes fallecidos a los Juzgados para solicitar abogado de oficio. Designación que recayó en el señor Camil, también demandado.

4. El 1 de abril de 1993, dicho Letrado presentó demanda civil en reclamación de responsabilidades, que fue desestimada por sentencia de 23 de septiembre de 1994, que estimó las excepciones de incompetencia de la jurisdicción civil y, subsidiariamente, prescripción de la acción ejercitada por el transcurso del plazo anual y falta de reclamación previa en vía administrativa.

En el Fundamento tercero de Derecho puede leerse: La Sala recoge algunos fundamentos de la demanda de los actores y resalta lo que se afirma en el Fundamento 5.º que: «...de la lectura de la sentencia de 23 de septiembre de 1993 —sic— es de 23-9-1994, recaída en el citado proceso de menor cuantía, destacan dos afirmaciones fácticas importantes:

1.º Que desde el 20 de julio de 1990 (fecha de notificación a los demandantes del auto de archivo de la causa penal) hasta el 1 de abril de 1993 (fecha de interposición de la demanda que dio origen al expresado procedimiento) no se constata ningún acto interruptivo de la prescripción (Fundamento Jurídico quinto).

2.º Que aquélla es «extremadamente concisa y muy parca e imprecisa en el relato de los hechos...» (Fundamento sexto). De ello puede deducirse que el Letrado señor Andrés, ni tan siquiera alegó la existencia de la comparecencia de 16-7-91 (*factum* 4), «referida a los efectos de que el Juzgador pudiera valorar si tenía o no el efecto de interrumpir la prescripción, ya que, es evidente que si ello hubiera sido así, aquél hubiese analizado tal circunstancia sobre la que no existe la menor referencia en la indicada sentencia...», y por el deber de congruencia por esas contradicciones no es posible un juicio sobre hechos decisivos que no han sido objeto de discusión; terminando con que, según su F.J. 7, no cabe identificarse el daño alegado con la actuación de los profesionales, porque la indemnización reclamada, ...así como su cuantía supondría presuponer:

«...a) Que la demanda de la que naciera tal proceso hubiera solicitado las astronómicas cantidades que aquí se reclaman...

b) Que la sentencia que le hubiese puesto fin considerase acreditada como causa de la muerte de los dos jóvenes la alegada por los apelantes.

c) Que, ...se entendiera responsables de su producción a todas o alguna de las administraciones demandadas, y que no apreciara, también o exclusivamente, la responsabilidad de los fallecidos.

d) Y, por último, que concediera las indemnizaciones solicitadas. Tales posibilidades puramente hipotéticas impiden asimilar el daño supuestamente producido con una especie de lucro cesante derivado de que no se haya dictado una sentencia valorando el fondo del asunto...».

El tema nuclear del recurso consiste en determinar si existe negligencia de los abogados en su actividad profesional, y en qué medida influyeron sus respectivas conductas en la presentación extemporánea de las acciones de reclamación de responsabilidad por los hechos acaecidos. La actuación de los abogados tuvo como consecuencia directa que los demandantes se vieron privados irremediadamente de la oportunidad de acceso al órgano jurisdiccional correspondiente para defender sus intereses.

¿Actuaron ambos abogados correctamente en su quehacer profesional?

Para plantear adecuadamente el tema, es preciso hacer el siguiente recordatorio: Es mayoritariamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que la relación que une al cliente con su abogado se trata de un arrendamiento de servicios, que genera para el abogado una obligación de medios, no de resultados (así, en este sentido, por citar alguna de las últimas del año pasado de 8-4-2003 o la posterior a la aquí analizada de 30-12-2003). Su responsabilidad por ello se suele desenvolver en el ámbito contractual. En cuanto al abogado, señor Antonio Q., está fuera de toda duda que estaba ligado a su cliente por un arrendamiento de servicio. En cuanto al abogado de oficio, señor Camil, algún sector ha puesto en duda si hay relación contractual entre estos últimos y sus clientes, partimos de que presta unos servicios y que en ambos casos hay una relación personal, por lo que deben cumplir con el máximo celo y diligencia, atendiendo a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela del asunto jurídico, y de no hacerlo así se deduce que hay un claro incumplimiento de sus obligaciones profesionales.

Diligencia profesional:

Ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la responsabilidad civil profesional del abogado en la interesante sentencia de 14 de mayo de 1999, de responsabilidad civil de un abogado por incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento a sus clientes (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 2001, núm. 659), en la que afirmábamos: «estamos ante un profesional que se dedica a defender a otros, es claro que tiene un deber de informar y asesorar a su cliente con la claridad que alcance a comprender cualquier hombre medio y de llevar cualquier asunto hasta su finalización, es decir, debe actuar correctamente y con el máximo celo en sus deberes profesionales, conforme a lo que la jurisprudencia denomina *lex artis ad hoc*... Tiene que tener una diligencia que ha de ser más rigurosa que la del simple padre de familia, como ya ha señalado el Tribunal en algunas de sus sentencias, como en su sentencia de 4 de febrero de 1992».

Así es, el cliente confía en que su causa sea bien defendida, y que el abogado aplicó sus conocimientos técnicos y actúe con pericia en el desempeño de sus funciones, observando las reglas del arte del derecho adecuándolas al supuesto concreto.

Tuvieron, en este caso, los abogados codemandados una actuación conforme a la *lex artis*. En cuanto al señor Antonio Q., que intervino en el proceso penal que fue archivado y posteriormente notificado el 20 de julio de 1990, hay que destacar que el 16 de julio de 1991 acompañó a la familia de los jóvenes fallecidos al Juzgado para que se designara abogado y procurador de oficio, cuando faltaban cuatro días para que prescribiera el plazo para exigir responsabilidad tanto en la vía administrativa o civil que en su caso procediere.

Compartimos la opinión del TS de que debió ser más diligente y haber tomado esa decisión antes, o al menos ponerse en contacto con su compañero para cerciorarse de su existencia, ahora bien, ello con independencia de que se puedan invocar o no los preceptos de los Estatutos de los abogados como se hace en esta sentencia (tema sobre el que ya nos pronunciamos (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 2001, núm. 659). Creemos que estos actos forman parte de su deber profesional y que de no hacerlo así incumple las funciones que le corresponden, ya que si bien no se le puede exigir un resultado sí se le debe exigir un comportamiento adecuado. Sin embargo no compartimos que su actuación sea simplemente elusiva del comportamiento de un abogado ejemplar por encima del promedio de su rol estamental. Realmente su incumplimiento fue algo más que el que se debía esperar de un abogado ejemplar, ya que por mucha prisa que se dieran en nombrar el abogado de oficio (dato que no consta) parece tendría poco tiempo para preparar la demanda, eso si no se hubiera nombrado una vez pasado el plazo de prescripción, en cuyo caso la responsabilidad del señor Antonio Q. sería mucho mayor. Debería haberse interesado sobre la posibilidad de que el acto hubiese interrumpido la prescripción de la acción de responsabilidad.

En cuanto al abogado de oficio, su comportamiento negligente está fuera de toda duda, no presentó la correspondiente demanda civil hasta el 1 de abril de 1993, aunque no queda claro de los hechos cuál fue la fecha en la que se le designó (la solicitud de su nombramiento fue hecha el 16 de julio de 1991). Pasó, por tanto, más de un año y medio. Si su nombramiento se produjo pasado el plazo de los cuatro días, debería haber informado a las partes de que la reclamación podía estar fuera de plazo, a no ser que el hecho de solicitar un abogado de oficio interrumpiese la prescripción.

Cabe por tanto preguntarse si el acto en el que se designó el abogado y el procurador de oficio interrumpió la prescripción de la acción, pero esta cuestión sólo se planteó en primera instancia, y no en la Audiencia, y el Tribunal Supremo no entra en ella, al considerar la Sala «que no tiene porqué argumentar si se produce o no efecto interruptivo por la comparencia para la designación de Abogado de Oficio, o si el designado debió en su demanda argumentar sobre esa interrupción, ya que, siendo esas estrictas especulaciones que no atañen a lo que se estima relevante en esta decisión, ello no afecta para enturbiar la respectiva negligencia profesional apreciada»...

Lo cierto es que si se hubiera entrado en esa cuestión y realmente la designación del abogado de oficio hubiese tenido efectos de interrumpir la prescripción, el abogado señor Antonio Q. no tendría un comportamiento negligente. En cuanto al abogado de oficio sería decisivo saber cuándo se le nombró, para poder marcar el inicio del plazo de prescripción y saber si la acción estaba o no prescrita.

El daño causado y el *quantum* indemnizatorio:

La actuación de ambos abogados tiene como consecuencia la prescripción del plazo para reclamar la responsabilidad, lo que impide a las partes el ejercicio de una acción legítima, es decir, les impide exigir una indemnización por los perjuicios sufridos a consecuencia del accidente por no entablar la demanda a tiempo. Lo que se considera un daño moral.

El Tribunal Supremo recoge aquí su doctrina afirmando: «—sin que, por otro lado, pueda revisar el juicio firme de prescripción de la acción dictado por la sentencia firme expuesta— ese óbice procesal impidió a los interesados (o los privó de su legítimo derecho) acudir a los Tribunales o, más bien, que éstos dieron cabal respuesta a su pretensión indemnizatoria, y ello integra el componente susodicho del daño moral, según la jurisprudencia citada, y que en versión de la sentencia de 25-6-1998 y en un caso parecido la doctrina de la sentencia de 14-5-1999 —F.J. 5.º— y las de 30-12-2002 y 8-4-2003, se actualiza afirmando que, «...parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina “pérdida de oportunidad” que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos...»; asimismo, la citada sentencia de 29-5-2003, en su planteamiento hipotético expresa: «el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada “pérdida de oportunidad”...».

Por su importancia para comprender el caso, recogemos aquí textualmente, parte del fundamento segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo:

«Cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del Abogado, ¿puede o no —o tiene o no— que realizar ese órgano judicial una “operación intelectual” consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo?»

Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «pérdida de oportunidad».

Otra posibilidad, en este segundo caso, es la de que el Juez señale en favor del cliente una indemnización (también de discrecional estimación) por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de acceso a la justicia.

En sentencia dictada por esta Sala el día 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), el supuesto de hecho era el siguiente: un Procurador se olvidó de comparecer en el recurso de apelación, dando lugar a que quedase desierto. El recurso de casación interpuesto por la parte actora tiene como motivo la obtención de una mayor indemnización. El Tribunal, en primer lugar, recuerda la jurisprudencia de la Sala que sostiene que la estimación de los daños y perjuicios y su valoración corresponde a la soberanía del Tribunal *a quo*, salvo que haya que cambiar por error craso o razones de Ley los parámetros o supuestos normativos en que aquélla se apoya. A renglón seguido, la Sala declara que de las pruebas de la sentencia impugnada no hay razón para estimar incoherencia y que ninguna contradicción existe en examinar por parte de la Sala, como único medio de aproximarse a los concretos daños y perjuicios, la factibilidad o no del recurso que se perdió por culpa del Procurador y que ello no pretende sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible, y que al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante...».

En el presente caso se sigue la vía de valorar la pérdida de oportunidad como daño moral y se cuantifica el mismo en la suma de CINCO MILLONES DE PESETAS a satisfacer no *in solidum* sino a tenor del 20 por 100 de esa suma a cargo del demandado señor Antonio Q., y del 80 por 100 de la misma a cargo del demandado señor Camil C., por la elemental distinción de sus respectivas conductas en la negligencia profesional apreciada al ser la del primero meramente elusiva del comportamiento de un abogado ejemplar por encima del promedio de su rol estamental, empero, causante de la erosión padecida por los arrendatarios.

En el presente litigio es difícil saber, con los datos que tenemos, cuál de los dos abogados tuvo una mayor participación con su conducta, para poder cuantificar correctamente el daño resarcible.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

## 2. DERECHO MERCANTIL

Por JESÚS SÁNCHEZ SILVA

*PROPIEDAD INDUSTRIAL. COMPETENCIA DESLEAL.—RESUMEN: VENTA DE LIBROS DE TEXTO Y COMPETENCIA DESLEAL. VENTA DE LIBROS EN CENTROS COMERCIALES CON OFERTA DE REGALO DE BONOS-DESCUENTO PARA COMPRAS EN LOS PROPIOS CENTROS DE OTROS ARTÍCULOS DISTINTOS. NO HAY INFRACCIÓN DE LA LEY DEL LIBRO NI DE LAS LEYES DE COMPETENCIA DESLEAL Y GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2002.)*

*Ponente:* Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

*Antecedentes.*—I. La Federación Granadina de Comercio interpuso una demanda contra los centros comerciales CONTINENTE, S. A. y ALCAMPO, S. A., solicitando que se declarasen desleales las campañas publicitarias y comerciales llevadas a cabo por las demandadas, consistentes en el regalo de bonos-descuento de un 25 por 100 y un 20 por 100, respectivamente, en la compra de los libros de texto canjeables por compras en los mencionados hipermercados, con expresa prohibición de repetir dichos actos, ordenando su cesación, la publicación de la sentencia en el diario de mayor difusión y la condena a la indemnización correspondiente. La sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, número 4 de Granada, de 6 de septiembre de 1996, dictada en los autos de juicio de menor cuantía, desestimó la demanda. Pero dicha Resolución fue revocada en apelación por la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, de 17 de marzo de 1997. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de la Federación actora y acordó declarar la deslealtad, conforme a la Ley de competencia desleal, de la campaña publicitaria y comercial referente a la venta de libros de texto con entrega de bonos o vales para adquirir otros productos llevada a cabo por los centros comerciales Continente, S. A. y Alcampo, S. A., en la campaña de 1995, condenando a las referidas sociedades demandadas a la prohibición de repetir tales actos en el futuro, requiriéndolas expresamente para ello con los apercibimientos legales y absolviéndolas de las demás pretensiones formuladas contra ellas por la actora.

Contra la sentencia de la Audiencia se interpusieron sendos recursos de casación por las compañías mercantiles «Centros Comerciales Continente, S. A.» y «Alcampo, S. A.», articulados en uno y dos motivos respectivamente.

II. La campaña publicitaria sobre los libros de texto, realizada por Continente, era la siguiente: «En libros de texto, este año regalamos el 25 por 100 en puntos canjeables para sus compras en otros productos distintos de libros en el hipermercado (1 punto = 1 peseta)». El establecimiento «Centro Comercial Alcampo Granada», propiedad de Alcampo, S. A., había efectuado, a finales del mes de agosto y durante el mes de septiembre de 1995, una campaña comercial apoyada publicitariamente que consistía en entregar a sus clientes, por la compra de libros de texto, un 20 por 100 de su precio en vales canjeables por cualquier artículo del hipermercado, excepto libros.

La sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, consideró que dichas campañas vulneraban los artículos 33 de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, así como el artículo 1 del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, y de la Orden Ministerial de 15 de junio de 1990, dictados en desarrollo de aquella referida Ley sobre precios de venta al público de libros, así como preceptos conectados a la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (singularmente arts. 8 y 15).

*Doctrina.*—El artículo 33 de la Ley del Libro es imperativo en el mantenimiento del precio fijo que con carácter general se establece para la venta de libros al por menor para el público. Sin embargo, este artículo recoge también unas excepciones muy precisas a esa exigencia —día del libro, ferias nacionales, congresos o exposiciones— que, por lo mismo y ser de ámbito general en tales supuestos, no la desvirtúan, ya que dicha exigencia de respeto al precio fijo no encorsetará el principio de libre competencia, siempre que dicho precio se flexibilice sobre factores diferentes como cuida establecer el preámbulo del Real Decreto número 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros, para pasar a señalar una serie de excepciones que después se inician en su artículo 1, consignando una posibilidad, con carácter general e incondicionado, de oscilación de precios entre el margen del 100 por 100 hasta el del 95 por 100 sobre el fijo establecido para vender, sin perjuicio de las demás variaciones permitidas para otros supuestos, que aquí no vienen al caso, en su artículo 3.

Estos descuentos que expresa la norma habrán de entenderse en el significado usual de la palabra como rebaja en el importe del precio fijado con el consiguiente beneficio dinerario del porcentaje en que se fije el descuento para el comprador que, en tales supuestos, no ha de desembolsar la porción rebajada del precio, y es en este marco dinerario como establece la norma la permisión al tiempo que fija los límites dentro de los que, sin más condicionamiento, lealmente puede competirse.

Ahora bien, como ya se ha anticipado, el Real Decreto no cierra el paso a otras posibilidades de competencia que no implican violación de la expuesta normativa. Su preámbulo dispone que «por otra parte, el precio fijo permitirá que la competencia entre establecimientos detallistas de distinto tamaño se establezca sobre factores diferentes al precio», lo cual concuerda con la no prohibición contenida en el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal cuando las ventajas a obtener se desvinculan de cualquier compromiso ulterior y con la permisión del artículo 9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que, en ambos supuestos, se partiría, como aquí ha ocurrido, de que el precio del libro vendido ha de desembolsarse íntegramente y la ventaja que puede generar la adquisición así realizada inevitablemente —fuera de ella no existe posibilidad legal de compra— es únicamente el recibo de un obsequio que se materializará en un objeto concreto. En el caso aquí contemplado, en el objeto a comprar cuyo precio coincida con el valor de los puntos regalados al adquirir el libro o en la porción de su mayor valor, según lo que se compre en el mismo establecimiento.

Dentro de estos parámetros es ajustada a la norma la forma de vender los libros de texto con premio, como hizo la recurrente, que no comporta ventaja infractora de ley, ni sería significativa, como exigencia que resulta *a contrario sensu* del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, lo que hace aceptables los motivos del recurso estudiados.

## COMENTARIO

1. La cuestión suscitada en este pleito se encuentra resuelta por una jurisprudencia uniforme y consolidada del TS integrada por las sentencias de 31 de marzo de 2000 (núm. 352, recurso 2095/95), 4 de octubre de 2001 (núm. 885, recurso 685/1996), 30 de mayo de 2002 (núm. 513, recurso 3710/1996), y 30 de octubre de 2002 (núm. 1009, recurso 597/1997), en las cuales se declara que supuestos fácticos iguales o similares a los expresados no conculcan los artículos 33 de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, 1 del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros, ni los artículos 8 y 15 de la Ley de Competencia Desleal en relación con los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil y 9 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2. En gran parte de los países de la Unión Europea se viene aplicando en el sector del libro un sistema de precio fijo, unas veces a través de normas estatales (sistema legal), otras mediante acuerdos entre las asociaciones de editores y libreros (sistema convencional) (1). En España, el sistema de precio fijo en el sector del libro ha sido establecido expresamente por la Ley 9/1975, de 12 de marzo, de Régimen especial para la promoción, producción y difusión de libros (conocida como Ley del Libro), que prescribe en su artículo 33 que «...el precio de venta al por menor de libros al público se realizará al precio fijo que figurará impreso en cada ejemplar...». El Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, desarrolla este precepto, estableciendo una serie de excepciones y un margen de oscilación máximo según la naturaleza del consumidor final y otras circunstancias de promoción (arts. 1 y 3). También introduce la figura potestativa de la oferta anual para fondos específicos y períodos concretos.

De acuerdo con el artículo 1 del Real Decreto 484/1990, el editor o importador debe establecer un precio fijo de venta al público, con independencia del lugar en que se realice la venta o del procedimiento a través del cual se efectúe. Este precio de venta sólo puede oscilar entre el 95 y el 100 por 100, de tal forma que el descuento en los libros no superará, como regla general, el 5 por 100.

3. Por tanto, la aplicación de un descuento directo en los libros superior al 5 por 100 del precio fijado por el editor puede constituir un acto de competencia desleal. Ante esta norma, las grandes superficies han acudido a otras fórmulas de promoción del libro distintas al descuento directo que, por su similitud de efectos, podrían revelar un propósito de eludir la ley. La más importante de estas fórmulas es la venta con prima. A través de este tipo de ventas, el comerciante ofrece, con la adquisición del producto promocionado, un producto o servicio completamente gratis (primas gratuitas) o a precio muy ventajoso (prima onerosa). La diferencia de estas prácticas con el descuento estriba, según el TDC, en que éste incorpora a la oferta un puro ahorro de dinero, mientras que las ventas con prima ofrecen una ventaja o beneficio económico complementario de carácter puramente adicional.

---

(1) Buena parte de los razonamientos contenidos en los siguientes apartados son tomados de DESDENTADO DAROCA, E., «Precio de los libros y competencia desleal. Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18-III-1998 y de Sevilla de 21-XII-1996», *RDM*, núm. 229, 1998, págs. 1251-1269.

La práctica más usada por las grandes superficies ha consistido en la utilización de los bonos-descuento. Dada la similitud de efectos que esta práctica tiene con el descuento, el problema que se plantea es dilucidar si los bonos-descuento en el sector del libro deben considerarse prohibidos en virtud del Real Decreto 484/1990, o si, por el contrario, quedan fuera de su ámbito de aplicación. En el primer caso, su utilización daría lugar a competencia desleal ex artículo 15.2 LCD. En el segundo caso, de respetar los requisitos establecidos en el artículo 8.2 LCD, sería una práctica perfectamente leal.

Las asociaciones de libreros han llevado supuestos de esta naturaleza ante los tribunales, considerando que estas ventas con prima encubrían en realidad un descuento indirecto en el precio del libro, prohibido como tal por el Real Decreto 484/1990. Frente a estas reclamaciones, la postura de la jurisdicción civil y la del TDC no ha sido coincidente. Mientras que la jurisdicción civil se ha mostrado, por lo general, más favorable a la posición de las Asociaciones de libreros, admitiendo en algunos casos la existencia de una práctica de competencia desleal, el TDC ha negado, en todas las ocasiones en que se ha ocupado de tal asunto, que la práctica de bonos descuento en el sector del libro pueda incluirse en el Real Decreto 484/1990, defendiendo una interpretación restrictiva del mismo.

En esencia, para la jurisdicción civil esta práctica debe calificarse como competencia desleal por infracción del Real Decreto 484/1990 porque, de no considerarse así, se vería defraudada la finalidad de éste. Por el contrario, para el TDC, dicha práctica no debe incluirse en el ámbito de prohibición del Real Decreto 484/1990, pues si así se hiciera, se estaría interpretando ampliamente una normativa que ya de por sí supone una excesiva limitación en la competencia.

4. Pero, finalmente, el TS ha impuesto la tesis elaborada por el TDC en un informe de septiembre de 1997, para el que el sistema de precio fijo en el libro supone una grave restricción de la competencia que no tiene justificación en el interés cultural. Prueba de la evolución paulatina hacia la liberalización del sector del libro, si bien restringida al ámbito de los libros de texto, se materializa en un primer momento en el artículo 92 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Este artículo disponía la posibilidad de «establecer un descuento máximo del 12 por 100 sobre el precio de venta al público de los libros de texto y del material didáctico complementario editados principalmente para el desarrollo y aplicación de los currículos correspondientes a la Educación Primaria y a la Educación Secundaria Obligatoria». La consagración de la liberalización para el sector de los libros de texto se ha producido con la redacción del artículo 38 del Real Decreto-ley 6/2000, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, relativos a los libros de texto cuyo tenor literal, en su apartado primero establece que «queda liberalizado el descuento que podrá aplicarse sobre el precio de venta al público de los libros de texto y material didáctico complementario editados principalmente para el desarrollo y aplicación de los currículos correspondientes a la Educación Primaria y a la Educación Secundaria Obligatoria».

### 3. URBANISMO

POF EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

*REVERSIÓN DE EXPROPIACIONES. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN. Oponibilidad a terceros y protección registral.*  
(RESOLUCIONES DE LA DGRN DE 29 DE JUNIO, 28 DE JULIO Y 26 DE NOVIEMBRE DE 2001.)

#### I. RESUMEN

Las tres Resoluciones citadas se refieren, respectivamente, a la inscripción de un acuerdo de reversión reconocido por la Administración expropiante sobre fincas que, aunque expropiadas, no llegaron a inscribirse a favor de aquélla; a la inscripción pedida de la transmisión de un derecho de reversión no declarado ni impuesto judicialmente y, por fin, la petición de inscripción de un acuerdo de la Administración declarando el derecho de reversión sin que fuera seguido del acta de transmisión y su cesión a un tercero, siendo el contenido y suerte de cada recurso el siguiente:

##### 1.º Resolución de 29 de junio de 2001:

En el primer recurso la Registradora de Loja suspendió la inscripción entendiendo que la falta de inscripción previa de la expropiación revelaba una discordancia con la situación extrarregistral, que generaba por sí misma dudas sobre si realmente las fincas cuya reversión se producían eran las mismas inscritas.

Recurrió el Notario al haberse formalizado ante él la escritura por la que el titular registral, reversionista declarado, vendió las fincas a un tercero. Por eso funda su recurso en que, en rigor, el acto jurídico era la compraventa y no la reversión, cumpliéndose puntualmente el tracto, siquiera al acceder a su inscripción el Registrador había de proceder a relatar todo el proceso administrativo cual si se tratara de un caso de tracto abreviado ya que, no siendo obligatoria la inscripción del dominio público a favor del expropiante, tampoco se puede obligar a la práctica de un asiento intermedio.

La Registradora reiteró la razón esgrimida en la nota entendiendo que no bastaban las referencias a los acuerdos históricamente producidos, sino que era necesario practicar los sucesivos asientos tanto más cuanto que la reversión no opera sobre todas las fincas expropiadas.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó parcialmente la nota porque el bien transmitido no era exactamente el previamente inscrito sino el que resultaba de una división practicada por la Administración, que no era titular registral, aunque resulta irrelevante que no se pidiera licencia para la división.

El Notario autorizante se alzó contra el Auto del Presidente, afirmando que la Administración no divide nada sino que describe la superficie sobrante revertida.

La Dirección estima el recurso y revoca la nota.

### 2.º Resolución de 28 de julio de 2001:

En este recurso la situación de partida era singular por que lo que se pretende es la inscripción de un potencial derecho de reversión aportado en la escritura de constitución de una sociedad y no declarado ni administrativa ni judicialmente.

El Registrador del número 36 de los de Madrid deniega la inscripción partiendo en la nota de calificar la reversión como una limitación legal de dominio inscrito y no el resultado de un pacto. Por ello, si fuera inscribible se necesitaría acompañar la resolución administrativa que lo declarase pues, aun existiendo el derecho a la reversión, sería necesaria una sentencia declarativa si se denegara.

Una situación singular se produce cuando el Registrador entiende que la solicitud, al carecer de «*contenido inscribible*», no es susceptible de que sea objeto de asiento de presentación. A pesar de ello lo hace «*ante la reiteración de la solicitud en este sentido*». La respuesta parece claramente inadecuada tanto por el motivo en que se funda, cuando se está en un ámbito reglado, como por los efectos reales que provoca de modo injustificado al crearse de hecho una medida cautelar carente de causa, generadora de inseguridad para el titular registral, como consecuencia de la nota por la que se hace constar la existencia del recurso, evidentemente limitativa de la libertad resultante de la legitimación registral cuando además resulta posible impugnar la negativa a la práctica del asiento de presentación.

La sociedad interesada recurrió la nota en base a la identificación del derecho de reversión como derecho real administrativo de preferente adquisición, suspendida su «*ejercitabilidad*».

El Registrador responde que la reversión no es un derecho subjetivo presente y actual mientras no se declare sino «*un derecho potestativo o facultad jurídica que, por ministerio de la Ley, forma parte del contenido del derecho expropiado*», circunstancia que no se produce en el supuesto planteado en cuanto no de adquisición, no estar acreditado el incumplimiento de la finalidad expropiatoria y no se hace referencia a procedimiento administrativo alguno.

El Presidente confirmó la nota del Registrador.

Contra su decisión recurrió la sociedad interesada manteniendo sus alegaciones y añadiendo que estaba inscrita sobre los bienes cuya reversión se interesaba una concesión administrativa otorgada a favor un tercero.

La Dirección desestimó el recurso.

### 3.º Resolución de 26 de noviembre de 2001:

Da lugar al recurso a la presentación en el Registro de la Propiedad, número 7 de San Sebastián, de una Resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco reconociendo el derecho de reversión sobre tres fincas a favor de los herederos del expropiado, cuyo derecho se vendió a terceros.

El Registrador califica el título administrativo con una nota al menos inusual, quizá por su remisión a la extendida en la escritura de compraventa subsiguiente, diciendo que fue calificada «*con la nota que consta al pie de la misma (sic) se detenga por tratarse de una resolución administrativa en trámite de un procedimiento de reversión (se acuerda la reversión) sin que se produzca la transmisión del dominio, que es el objeto de la inscripción en el Registro de*

*la Propiedad... No se califica ni la forma ni el contenido de la presente resolución administrativa. Contra la presente nota de calificación cabe recurso...».*

Tales son los términos literales de la nota según la Resolución publicada.

El Notario autorizante de la escritura de compraventa interpuso el recurso con base en la letra del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, entendiendo que, según la doctrina y la jurisprudencia, se admite la inscribibilidad de titularidades reales en formación. Entiende que en este caso el derecho de reversión es un derecho subjetivo en el que concurren las condiciones propias de los derechos reales.

El Registrador defendió su nota estimando que la Resolución administrativa *«de reconocimiento de reversión... no (es) un título inscribible... y que es la resolución administrativa que la declare... y el acta de pago»*. Añade que se precisa de un procedimiento administrativo en el que conste la desafectación y que se declare la reversión y se proceda a la valoración y pago del precio, requisitos que no se han cumplido.

El Presidente confirmó la nota por entender que la escritura no puede reducirse a un simple documento de acompañamiento otorgado sin intervención alguna del expropiante y anejo a la declaración de procedencia de la reversión. Ha de otorgarse la reversión por la Administración expropiante *«que actúa como retrovendedora y los causahabientes del expropiado, que intervienen como retrocompradores de los bienes desafectados y devueltos a su patrimonio de origen»*. La Resolución *«sólo implica una manifestación de voluntad que tiende a facilitar la nueva enajenación forzosa... mediante la retroventa de los bienes expropiados (que) aspiran a su reversión y la aceptación de la Administración que consiente en la oferta de compra que se le dirige»*.

El texto del Auto, como el resto de recurso, con un lenguaje escasamente técnico y poco evolucionado es, sin embargo, muy ilustrativo y merece ser reproducido, diciendo así: *«Que el negocio jurídico de compraventa que restituye los bienes desafectados a la titularidad y libertad de funciones sociales que les correspondían antes de la acción expropiatoria se perfecciona entre vendedor y compradores y crea sendos derechos de crédito a la entrada del bien reversible, que ha de realizar la Administración Pública, y al pago del precio, que deben satisfacer los beneficiarios de la reversión, pero falta la tradición para producir el efecto traslativo de la propiedad. De ahí que para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes que retornan a los expropiados haya de exigirse un título binario que además de la declaración de procedencia de la reversión tenga presente, para dejar fuera de toda duda la constancia de la entrada en posesión de los bienes, el acta de pago que, a su vez, presupone la reintegración de los mismos y la tradición necesaria para que los respectivos derechos de dominio se adquieran e inscriban conforme a los artículos 1, 2 y 9 de la Ley Hipotecaria»*.

Impugnado el auto sosteniéndose por el Notario recurrente que la escritura por él autorizada tenía por objeto la transmisión del derecho de reversión y no el derecho de propiedad sobre los bienes expropiados, la Dirección estimó el recurso y revocó la nota del Registrador.

## II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN

Siguiendo el mismo orden expuesto, los términos de las Resoluciones son los siguientes:

## 1.º La Resolución de 29 de junio de 2001:

Se contienen en el segundo Fundamento, que dice:

*«El recurso ha de ser estimado. De la documentación aportada —que consta de los planos oficiales de las fincas resultantes— resulta la esencia de todo el expediente expropiatorio —que podrá hacerse constar en el Registro mediante el mecanismo del tracto abreviado—, así como las parcelas sobrantes de la expropiación y que fueron objeto de la reversión, y las Resoluciones administrativas que dieron lugar a ésta, por lo que ningún obstáculo existe para poder inscribir las parcelas objeto de la venta».*

## 2.º La Resolución de 28 de julio de 2001, dice:

*«PRIMERO.—Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes: Se presenta en el Registro una instancia solicitando la inscripción a favor de una Sociedad de “los derechos de reversión que en su caso puedan tener lugar” de unos terrenos expropiados. A la instancia se acompaña escritura de constitución de dicha sociedad en la que figuran aportados tales derechos por personas que no resultan del Registro sean las expropiadas. El Registrador deniega la inscripción por los defectos a que anteriormente se ha hecho referencia y el Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso, confirmando la calificación. Los interesados apelan el Auto presidencial.*

*SEGUNDO.—La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. de 29 de mayo de 1962, 27 de abril de 1964, 7 de mayo y 7 de noviembre de 1971) son concordes en apreciar que el derecho de reversión surge en el momento en que se produce uno de los tres supuestos de hecho contemplados en el artículo 54.1 de la Ley de Expropiación Forzosa. En consecuencia, tal derecho no podrá inscribirse mientras no se acredite dicho cumplimiento.*

*TERCERO.—Ahora bien, cosa distinta ha de decirse de la cualidad de expropiado, a la cual se deben anudar los efectos de una hipotética reversión. Hay que tener en cuenta que la expropiación forzosa es una limitación del dominio, y, como dice la doctrina más autorizada, la causa de la misma es la utilidad pública o el interés social. Dicha causa afecta al objeto expropiado (cfr. art. 9 de la LEF) e incide continuamente sobre dicho bien, por lo que la persona expropiada tiene derecho de resolver la expropiación que ha llegado a ser infructuosa. La cualidad de expropiado y su derecho a una hipotética reversión está en la esencia misma de la expropiación, en su configuración constitucional como instrumento de la realización de fines de utilidad pública o interés social (cfr. art. 33.3 de la Constitución). Ninguna expropiación puede mantenerse constitucionalmente si la causa no se consuma.*

*CUARTO.—Normalmente la cualidad de expropiado consta en el Registro sólo de manera implícita, pues la inscripción de la expropiación consta la persona del anterior titular contra quien se dirigió el expediente; ahora bien, legalmente está reconocida la posibilidad de transmisión de tal cualidad, puesto que el derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado y de sus causahabientes (cfr. art. 64 de la Ley de Expropiación Forzosa), por lo que los derechos que atribuye tal cualidad son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatividad y eficacia erga omnes de todo derecho real. Pero para inscribir tales derechos han de concurrir todos los requisitos legales, y esencialmente, los de documentación pública y “tracto sucesivo”. También los requisitos establecidos por la normativa fiscal de que los actos traslativos estén liquidados de los Impuestos de Sucesiones o Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».*

3.º La Resolución de 26 de noviembre de 2001 se desarrolla así:

«PRIMERO.—Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes: se presenta en el Registro una resolución administrativa mediante la cual se reconoce por la Administración la existencia de un derecho de reversión a favor de los herederos del titular registral que fue expropiado, y una escritura pública mediante la cual los expresados herederos transmiten su derecho a terceras personas; el Registrador deniega la inscripción por tratarse de una resolución administrativa en trámite de un procedimiento de reversión (se acuerda la reversión), sin que se produzca la transmisión del dominio, que es el objeto de la inscripción en el Registro de la Propiedad, artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria. Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso, confirmando la misma. El Notario recurrente apela el Auto presidencial».

SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO.—Estos tres Fundamentos son prácticamente reproducción literal de los del mismo orden de la Resolución anterior, por lo que hemos de darles aquí por repetidos.

«QUINTO.—En consecuencia, son tres los hitos del "iter" de la reversión que pueden tener acceso al Registro: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los Tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. Nada obsta, reconocida la inscribibilidad del primer y el último paso de tal procedimiento, a la inscripción del segundo, que es análogo a un derecho real de adquisición, oponible a terceros, transmisible y perfectamente digno de protección registral».

Es de utilidad destacar que en los vistos de las dos últimas Resoluciones se citan el artículo 33 de la Constitución, los preceptos originarios de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y los artículos 54 y 56, según la redacción de la reforma producida por la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999; los artículos 66 y 69 del Reglamento de aquella Ley; el 33 del Reglamento Hipotecario y las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1933, 25 de junio de 1957, 29 de mayo de 1962, 27 de abril de 1964 y 7 de mayo y 13 de noviembre de 1971. No se citan sentencias tan importantes como la del Tribunal Constitucional de ... dictada con ocasión del caso Rumasa a la que nos referiremos, ni las modernas sobre el derecho de reversión.

### III. COMENTARIOS

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El régimen registral del derecho de reversión bien puede decirse que se corresponde con un tema carente de regulación propia en los textos de este orden, que vive fundado en conceptos producidos en el Derecho Administrativo, como son su catalogación en el tipo de los derechos de preferente adquisición, de difícil asimilación con los ordinarios derechos de esta índole que, además, ha tenido que sobreponerse a su transformación sustantiva por obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, por fin, que tiene que albergar en una misma noción dos regímenes diferentes de expropiación como son comunes y debidas a expropiaciones urbanísticas.

Puede contestarse diciendo que después de la reciente Ley de Ordenación de la Edificación del año 1999, sí que tiene regulación registral y que, especialmente, con el acortamiento de los plazos de ejercicio frente al antiguo modelo que no contenía límites, para ello las dificultades prácticas van a ser inferiores en las expropiaciones comunes. Sin embargo también en este punto no puede omitirse que uno de los puntos claros de su regulación sustantiva ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que las peticiones de reversión se han de regir por el régimen legal vigente en el momento en que se presenten, como reconocen las sentencias de 25 de febrero de 1992, 28 de abril de 1995, 20 de enero de 1998, 18 de julio de 1998, 19 de septiembre de 1998 y 10 de mayo de 1999, con lo cual no se puede asegurar que ante la cortedad del actual plazo una nueva reforma legislativa no vuelva a alargarle en el futuro (1).

Todo ello hace que nos encontremos ante una materia evanescente respecto de la cual, aun cuando las peticiones de inscripción se hicieron antes de la nueva Ley, late en el fondo de la doctrina de la Dirección una interpretación que más bien puede ser predicable desde ésta pero no para situaciones anteriores.

Dentro de estos términos generales parece de utilidad destacar estas notas:

1.º En primer lugar, una de las afirmaciones que se contiene en las dos últimas Resoluciones es la de que: *«la cualidad de expropiado y su derecho a una hipotética reversión está en la esencia misma de la expropiación...»*.

No parece que afirmación tan «esencial» se corresponda con la interpretación última del Tribunal Constitucional que en un caso tan singular como el de Rumasa, en el que se excluyó la reversión, ha sentado el criterio más matizado contenido en la sentencia de 18 de abril de 1988, según la cual: *«no cabe duda de que el artículo 33.3 de la Constitución no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación el derecho de reversión que es, en consecuencia, un derecho de configuración legal»*.

Por tanto, a la expropiación no sigue necesariamente la reversión, pero ello no sólo porque una ley la excluya sino porque, en ocasiones, esté intrínsecamente contradicha.

Lo cual repercute en el mandato contenido por la Ley al Registrador para que éste deje constancia al practicar la inscripción. Esto es, ¿siempre ha de proceder así?

Pues bien, por lo menos puede ponerse en duda en casos como los siguientes:

a) En las expropiaciones por incumplimiento de la función social, por ejemplo, en las que se produzcan a los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación, ¿existe el derecho de reversión?

b) En las expropiaciones mediando convenios expropiatorios, o incluso fuera de ellos cuando el expropiado entrega el bien con reserva del aprovechamiento urbanístico o admite la cuantía de éste que le ofrece el expropiante,

---

(1) El alcance de la reforma legal fue analizado por el que este comentario suscribe en el trabajo publicado en esta Revista, núm. 657, pág. 893, con el título «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», en su segunda parte enunciada con el título «El derecho de reversión en las expropiaciones comunes según la nueva Ley de Ordenación de la Edificación y sus repercusiones registrales».

¿habrá por definición reversión cuando ante la opción de abono del justiprecio en metálico o mediante aprovechamiento, se acepta ésta?

Por tanto, no parece que por esencia haya siempre reversión.

2.º Otra de las tajantes afirmaciones de las Resoluciones es la de que los derechos de reversión *«son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatez y eficacia erga omnes de todo derecho real»*.

Ciertamente el derecho de reversión, con más rigor, ha sido calificado como derecho real administrativo. Ahora bien, ¿esta catalogación inicial permite asimilar la reversión a uno de los derechos reales típicos del Derecho Civil e inscribible en el Registro de la Propiedad como lo son éstos?

Según mi criterio no existe una identificación plena y menos en su acceso al Registro. En los derechos reales ordinarios existe siempre un negocio jurídico concertado entre partes, a partir del cual y con base en la causa generada por el mismo, se crea un derecho real proyectado sobre un bien determinado, con expresión de los sujetos intervinientes en él y que sólo produce plenos efectos por virtud del sistema registral con su inscripción, al operar necesariamente desde el principio de especialidad.

El derecho de reversión nace desde la ley y no por pacto por lo que su régimen jurídico, según hemos visto, será el legal cuando se produzca el evento reversionista. Al no proceder de un negocio jurídico ni quedar expresada su regulación con efectos *erga omnes* ni se mantiene el tracto de los beneficiados por el derecho eventual de reversión, el cual operará siempre fuera de la publicidad registral ni existirá una indeterminación del tiempo para el ejercicio del derecho, de tal modo que transcurrido éste se extinga, aunque en la nueva regulación legal sí que se establece plazo.

3.º Por fin, las situaciones reversionistas, aunque unificadas en sus consecuencias desde la Ley de Ordenación de la Edificación, registralmente van a operar sobre bases registrales diferentes, según se trate de expropiaciones inscritas antes de esta Ley, en las que no constará la nota de afección, aunque sí que la causa de la inscripción procede de una expropiación y las posteriores.

Esta circunstancia late en las Resoluciones reproducidas, especialmente las dos últimas, que sólo pueden ser entendidas, según veremos, si se partiera de expropiaciones posteriores a la Ley, aunque curiosamente todos los casos planteados son anteriores a su entrada en vigor.

En base a estas consideraciones anteriores, los problemas que plantean pueden identificarse con claridad.

## 2. LA INSCRIPCIÓN O CONSTANCIA DE LA CUALIDAD DE EXPROPIADO

Este «hito», como se dice en las dos últimas Resoluciones, es el primero en unión de la existencia del derecho de reversión declarado por la Administración o por los Tribunales y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad, con lo cual nada obsta, *«reconocida la inscribibilidad del primer y el último paso de tal procedimiento, a la inscripción del segundo»*.

Lo que se reconoce por la Dirección por lo tanto es el acceso al Registro de la cualidad de expropiado y ello, así debe entenderse, aun cuando la rever-

sión pese a estar latente, sin embargo no haya llegado a declararse y menos a consumarse.

Lo difícil es saber cómo, sin ninguna referencia legal concreta, puede instrumentarse. Como decíamos antes, la entrada en vigor del nuevo régimen legal lleva en el subconsciente a entender que lo que la Ley dice para las expropiaciones posteriores en cuanto la afección en la inscripción de expropiación, estuviera operando ya sobre los asientos practicados antes, en los que sólo queda constancia, y ello si se inscribe, que no ha sido lo normal especialmente en determinadas expropiaciones, que la causa de la transmisión es la expropiación y el acceso al dominio de la Administración expropiante.

Por tanto, ante la más extensa cantidad de expropiaciones inscritas como son las anteriores a la Ley vigente, ¿cómo puede tener acceso al Registro la cualidad de expropiado? No hay norma alguna de referencia que lo contemple, con lo cual, la Dirección, que tan extrañamente siendo parte de la Administración ha llegado a repudiar preceptos del Reglamento Hipotecario por entender que carecían de cobertura legal, cuando esta actitud implica una desobediencia a las normas reglamentarias al no existir ningún precepto legal (2), como es el de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que sólo faculta a los Jueces para hacerlo, ahora sin norma que la respalde hace una afirmación categórica que al mismo tiempo es un mandato para los Registradores desde la obligatoriedad general creada tan llamativamente.

Buscando la imagen legal que pudiera haber inducido a esta alternativa, aplicando el nuevo régimen legal con efectos retroactivos a inscripciones de expropiación anteriores a la nueva Ley, podría pensarse que la Dirección reconoce a los expropiados, aun respecto de expropiaciones anteriores, la facultad de solicitar que se deje constancia en el Registro de quién lo pide por ostentar la cualidad de expropiado a los efectos de la eventual reversión posterior.

Pudiera también entenderse que cuando se alude a la cualidad de expropiado se está pensando en que la transferencia coactiva del dominio se ha hecho respecto del titular anterior que fue expropiado. Sin embargo las propias Resoluciones reconocen que se trata de un derecho transmisible, por lo que en períodos muy extensos de tiempo lo normal es que se hayan producido transmisiones por causa de muerte y, además, estarán las transmisiones, muy frecuentes en estos tiempos, a favor de terceros a título oneroso.

Es decir, de un modo u otro parece que se está pensando en la aparición espontánea y en fecha posterior a la expropiación de la solicitud de constancia registral de la cualidad de expropiado.

Tal petición, acudiendo también al automatismo de la afección en las inscripciones posteriores, ¿puede ser hecha directamente ante el Registrador? ¿Este puede hacerlo sin intervención de la Administración expropiante? El Registrador, por la sola mención tópica de la expropiación, ¿puede dar acceso a la afección, siendo así que puede tratarse de inscripciones antiguas o intrínsecamente imposibles de reversión?

Todo ello con independencia de las exigencias del tracto cuando no sea el expropiado el que pidiera la afección.

---

(2) Véanse los comentarios de SORIA MARTÍNEZ, GABRIEL, a la Resolución de la Dirección de 16 de enero de 2002, publicado en el núm. 678 de esta Revista, pág. 2452 y sigs.

Como ya hemos indicado en otra oportunidad, la extraña extensión a los terceros del artículo 34 de la Ley Hipotecaria desde un precepto reglamentario como el artículo 69 de Reglamento de la Ley de Expropiaciones, sólo es entendible desde la constancia en el asiento de la causa de la adquisición por expropiación, operando así como una de las limitaciones oponibles por el juego del artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

### 3. LA INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL DE REVERSIÓN SIN TRANSMISIÓN DEL DOMINIO

El segundo «hito» al que se refería la Dirección es el de la posibilidad de que se inscriba la existencia del derecho de reversión por mediar una resolución judicial o administrativa que así lo declare aunque aún no exista fijado precio de reversión ni éste se haya pagado.

Debe reconocerse la apertura de la Dirección hacia nuevas formas y utilidades cuando éstas no cuentan, que sepamos, con precedentes análogos y en ámbitos hoy extremadamente sensibles en los que una gran parte de la movilización de activos inmobiliarios de los entes públicos se han convertido en piezas esenciales para la renovación de estructuras hasta ahora cumplidas con fondos públicos.

A favor de la opción de la Dirección existen razones de peso, como son la ejecutividad de las decisiones administrativas o la ejecutoriedad de las sentencias, así como dar publicidad a las situaciones jurídicas nuevas de trascendencia sobre el dominio, como se hizo cuando desde la Ley se admitieron las medidas cautelares de carácter registral en el proceso contencioso administrativo.

Sin embargo, ha de reconocerse también que al no haber un patrón normativo, ni siquiera a nivel reglamentario, se hace difícil creer que con sólo la supuesta asimilación sin matices a los derechos reales de adquisición pueda construirse y embarcar a unas admisiones que adolecen de profundas incertidumbres.

Así, como hemos indicado antes, sería imprescindible conocer el precio de la reversión, lo que es evidente que no existe en esta fase y, sobre todo, el período de duración del asiento, si éste es definitivo, ya que puede ocurrir que no se inicie el expediente de fijación del precio, o simplemente que el que se fije definitivamente no se abone, lo cual hace incompatible la duración indefinida de un asiento que serviría así para crear una carga irredimible.

A la vista de ello debe entenderse que la analogía no puede situarse en el modelo ordinario de los derechos reales de adquisición. A falta de regulación propia, que en todo caso ha de ser imprescindible, lo adecuado debería ser acudir al modelo de la expropiación, que al fin y al cabo es la otra imagen de una misma efigie, reforzada además por la mayor intensidad del interés público y, con ello, conseguir un tratamiento simétrico a la vista de situaciones similares.

Contemplando este modelo resulta de interés que la Administración, que también tiene de algún modo un derecho de adquisición preferente, en la expropiación aislada por fincas no puede inscribir el dominio mientras no pague o consigne el importe del justiprecio definitivamente fijado en vía administrativa. Hasta que eso no ocurra lo más que puede pretender es que se tome anotación preventiva de la expropiación cuando media el acta de ocu-

pación y la consignación en la Caja General de Depósitos del resguardo del depósito, según dice el artículo 32.3.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario.

De esta manera se permite el acceso al Registro de una Resolución pero por la vía de la anotación y exigiendo al menos la consignación de una parte del justiprecio.

En el caso de la reversión sería razonable que reglamentariamente se admitiese la inscripción también por medio de una anotación, pues este asiento con su duración normal más la prórroga permitiría llegar hasta la fijación del precio de reversión. Y en cuanto al importe de obligada consignación podría admitirse la actualización del justiprecio abonado conforme al Índice Ponderado de Precios, ya que aún cuando en la jurisprudencia se ha abandonado la idea del precio de reversión como mera actualización del justiprecio para exigir una nueva valoración, no obstante como solución normativa de abono de un precio de reversión de garantía sería adecuado actualizar el justiprecio como deuda de valor desde la expropiación hasta el momento de la reversión.

La solución, repetimos, debe ser el resultado de una regulación normativa. De no existir este u otro modelo se induce a que lo utilicen los interesados, lo que es de enorme interés y donde existen también intereses muy poderosos procedentes de grupos de terceros adquirentes interesados que presionarán a los Registradores a adoptar decisiones en base a una supuesta doctrina obligatoria de difícil aplicación.

#### 4. LA LEGITIMACIÓN DE LOS REVERSIONISTAS Y LA APLICACIÓN DEL TRACTO REGISTRAL

Dada la configuración efectiva y admisible del derecho de reversión de ser un derecho transmisible a terceros, ordinariamente el largo período de tiempo que ha de mediar entre la expropiación y la reversión hará, sobre todo en las expropiaciones anteriores sujetas aún al antiguo régimen por haberse producido el evento reversionista antes de la reforma, que entre el expropiado y el reversionista exista una cadena de transmisiones intermedias, agravadas porque, especialmente en las producidas *mortis causa*, cuando se produjera el fallecimiento de uno de los titulares, probablemente siendo inimaginable la reversión, ni siquiera se inventariase este derecho puesto que, de hacerse, se incrementaría el valor de la herencia con la evidente repercusión fiscal.

Se trata de una cuestión muy común en la que lo normal es que haya una serie de transmisiones en cadena y además multiplicadas por la existencia de nuevos herederos que ni siquiera sabrían muchas veces si su causante había enajenado en vida el derecho de reversión.

De nuevo ante la inscripción de la reversión, ¿el Registrador ha de inscribir a favor de quien le señale la Administración prescindiendo de calificar los títulos intermedios o ha de admitir una especie de aplicación del tracto abreviado?

La estancia de las expectativas reversionistas paralelas a la vigencia de los asientos de expropiación a lo más que permite es a la reserva del derecho, pero no parece que permita una simultaneidad de titularidades en un mismo folio, que sería contraria al principio de especialidad. Sólo excepcionalmente puede darse, por ejemplo, en la inscripción de las concesiones y la de los bienes afectos a ellas o en el caso de los derechos de aprovechamiento urbano con la apertura transitoria de folio. En tales casos perduraría la serie de titulares del derecho de reversión y los de los bienes.

Pero esto ni está permitido ni casi sería imaginable que un expropiado, que estará preocupado en defender el mejor justiprecio posible, piense en la hipótesis de una reversión lejana y que ordinariamente no se producirá.

Ante esta situación pues, lo primero que desde las instituciones hipotecarias parece exigible, y también desde la propia Administración, es que quien pida la reversión acredite que su derecho procede del expropiado mediante la justificación de la cadena de transmisiones, aunque ordinariamente nunca se habrá inventariado en las que fueran por causa de muerte.

Ahora bien, ¿es necesario el cumplimiento total o virtual del tracto?

La posición ortodoxa habría de ser la de que no existe razón alguna para que no se aplique. Sin embargo, la realidad es que en situaciones como éstas, al titular expropiado no cabe exigírsele una diligencia normal ante un evento poco previsible, de que, al cabo de muchos años, vaya la Administración expropiante a abandonar los fines que constituyen la causa de la expropiación asumiendo además una carga incluso económica de conservación y acreditación de su derecho.

Por otra parte siempre existirá la razón de que la Administración a quien se pide la reversión verificará exigentemente que se acredite la legitimación. No obstante, el expropiante no tiene concedida esta potestad ante un mandato tan esencial del ordenamiento inmobiliario. Otra cosa es que se produzca en una sentencia judicial, aunque sea del orden contencioso-administrativo, porque al menos como cuestión prejudicial podría hacerlo. Por otro lado, la propia Dirección en la primera de las Resoluciones comentadas alude ya, aunque a otros efectos, a una admisible utilización del tracto abreviado.

A pesar de todo, la interpretación más usual será la de que admitida judicial o administrativamente la legitimación de quien pide la reversión, esta decisión sea bastante también en orden a su inscripción.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ



# ACTUALIDAD JURÍDICA



## I. Información legislativa

### **NORMAS ESTATALES**

#### **JEFATURA DEL ESTADO**

— Ley Orgánica 14/2003. 20-11-2003. Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22-12-2000; de la Ley 7/1985, de 2-4-1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10-1-1991, de Competencia Desleal.

— Ley Orgánica 15/2003. 25-11-2003. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995, del Código Penal.

— Ley Orgánica 16/2003. 28-11-2003. Modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

— Ley Orgánica 17/2003. 28-11-2003. Medidas para la celebración simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución Europea.

— Ley Orgánica 18/2003. 10-12-2003. Cooperación con la Corte Penal Internacional.

— Ley Orgánica 19/2003. 23-12-2003. Modificación Ley Orgánica 6/1985, 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 20/2003. 23-12-2003. Modificación Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal.

— Ley 32/2003. 3-11-2003. General de Telecomunicaciones.

— Ley 33/2003. 3-11-2003. Patrimonio de las Administraciones Públicas.

— Ley 34/2003. 4-11-2003. Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

— Ley 35/2003. 4-11-2003. Instituciones de Inversión Colectiva.

— Ley 36/2003. 11-11-2003. Medidas de reforma económica.

- Ley 37/2003. 17-11-2003. Ruido.
- Ley 38/2003. 17-11-2003. General de Subvenciones.
- Ley 39/2003. 17-11-2003. Sector Ferroviario.
- Ley 40/2003. 18-11-2003. Protección a las Familias Numerosas.
- Ley 41/2003. 18-11-2003. Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la LEC y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
- Ley 42/2003. 21-11-2003. Modificación del Código Civil y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley 43/2003. 21-11-2003. Montes.
- Ley 44/2003. 21-11-2003. Ordenación de las profesiones sanitarias.
- Ley 45/2003. 21-11-2003. Modifica la Ley 35/1988, de 22-11-1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley 46/2003. 25-11-2003. Reguladora del Museo Nacional del Prado.
- Ley 47/2003. 26-11-2003. General Presupuestaria.
- Ley 48/2003. 26-11-2003. Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.
- Ley 49/2003. 26-11-2003. Arrendamientos rústicos.
- Ley 51/2003. 2-12-2003. Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 52/2003. 10-12-2003. Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.
- Ley 53/2003. 10-12-2003. Empleo público de discapacitados.
- Ley 54/2003. 12-12-2003. Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.
- Ley 56/2003. 16-12-2003. Empleo.
- Ley 57/2003. 16-12-2003. Medidas para la modernización del gobierno local.
- Ley 58/2003. 17-12-2003. General Tributaria.
- Ley 59/2003. 19-12-2003. Firma electrónica.
- Ley 60/2003. 23-12-2003. Arbitraje.
- Ley 61/2003. 30-12-2003. Presupuestos Generales del Estado para el año 2004.
- Ley 62/2003. 30-12-2003. Medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Instrumento de ratificación. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.
- Corrección de errores. Ley 25/2003. 15-7-2003. Aprueba la modificación del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

— Corrección de errores. Instrumento de ratificación del Convenio entre España y Bélgica tendente a evitar la doble imposición y prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, hecho en Bruselas el 14-6-1995.

## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 3-12-2003. Aprueba el Reglamento 2/2003, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, 26-5-2003, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial.

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1326/2003. 24-10-2003. Aprueba el Estatuto del becario de investigación.

— Real Decreto 1432/2003. 21-11-2003. Regula la emisión por el MCT de informes motivados relativos al cumplimiento de requisitos científicos y tecnológicos, a efectos de la aplicación e interpretación de deducciones fiscales por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica.

— Real Decreto 1428/2003. 21-11-2003. Aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, 2-3-1990.

— Real Decreto 1541/2003. 5-12-2003. Modifica el Decreto 584/1972, 24-2-1972, de servidumbres aeronáuticas, y el Decreto 1844/1975, 10-7-1975, de servidumbres aeronáuticas en helipuertos, para regular excepciones a los límites establecidos por las superficies limitadoras de obstáculos alrededor de aeropuertos y helipuertos.

— Real Decreto 1799/2003. 26-12-2003. Regula el contenido de las listas electorales y de las copias del censo electoral.

— Orden 3662/2003. 29-12-2003. Regula un nuevo procedimiento de recaudación de los ingresos no tributarios recaudados por las Delegaciones de Economía y Hacienda y de los ingresos en efectivo en las sucursales de la Caja General de Depósitos encuadradas en las mismas.

— Corrección de errores. Real Decreto 997/2003. 25-7-2003. Aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

## MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1373/2003. 7-11-2003. Aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales.

— Resolución de 31-10-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 19, 20 y 21-11-2003, a efectos registrales, en el Registro de la Propiedad de La Roda.

— Resolución de 7-11-2003. DGRN. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso número 263.

— Resolución de 8-11-2003. Secretaría de Estado de Justicia. Dicta instrucciones a los Secretarios Judiciales sobre el procedimiento a seguir para la tramitación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo.

— Resolución de 10-11-2003. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para su provisión en concurso ordinario, número 264.

— Resolución de 2-12-2003. DGRN. Declara inhábiles los días 12, 13 y 14-1-2004, a efectos registrales, en el Registro de la Propiedad de Cieza, número 2.

## COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 18-11-2003. Establece el procedimiento y las condiciones para el pago a través de entidad colaboradora en la gestión recaudatoria y por vía telemática de las tasas aplicables por las actividades y servicios prestados por la CNMV.

## BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 17-12-2003. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

## MINISTERIO DE HACIENDA

— Decreto 1496/2003. 28-11-2003. Aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del IVA.

— Orden 3154/2003. 12-11-2003. Establece el plazo de remisión de información para el cálculo de la liquidación definitiva de la compensación a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del IAE.

— Orden 3219/2003. 14-11-2003. Aprueba el modelo 182 de declaración informativa de donativos, donaciones y aportaciones recibidas, así como los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas interiores de dicho modelo por soportes directamente legibles por ordenador, y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de Internet.

— Orden 3313/2003. 28-11-2003. Desarrolla para el año 2004 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 3521/2003. 12-12-2003. Fija el coeficiente de referencia al mercado (RM) para los bienes inmuebles de características especiales.

— Orden 3561/2003. 15-12-2003. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, ISD e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 3578/2003. 11-12-2003. Desarrolla el Reglamento General de Recaudación en la redacción dada por el Real Decreto 1248/2003, 3-10-2003, y se modifica la Orden 15-6-1995, en relación con las Entidades de Depósito que prestan el Servicio de colaboración en la gestión recaudatoria.

— Orden 3580/2003. 17-12-2003. Aprueba el modelo 156 de declaración informativa anual de las cotizaciones de afiliados y mutualistas a efectos de la deducción por maternidad, así como los diseños físicos y lógicos para su presentación por soporte directamente legible por ordenador, y se establece el procedimiento para su presentación telemática por teleproceso.

— Orden 3625/2003. 23-12-2003. Aprueba el modelo 309 de declaración-liquidación no periódica del IVA.

— Orden 3626/2003. 23-12-2003. Aprueban los modelos de declaración 210, 215, 212, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, así como el modelo de declaración 214, declaración simplificada de no residentes de los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre la Renta de no Residentes; se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por internet de dichas declaraciones y otras normas referentes a la tributación de no residentes.

— Resolución de 22-10-2003. Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Actualiza el Arancel Integrado de Aplicación (TARIC).

— Resolución de 19-11-2003. Establece la base de cálculo del anticipo a cuenta de la liquidación definitiva de la compensación a favor de las Entidades Locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del IAE.

— Resolución de 18-11-2003. Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la Resolución de 8-1-1997, por la que se determina la estructura, justificación, tramitación y rendición de la cuenta de los tributos estatales y recursos de otras administraciones y entes públicos.

— Resolución de 24-11-2003. Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial. Desarrolla el procedimiento de compensación a favor de las entidades locales por pérdida de ingresos derivada de la reforma del IAE.

— Resolución de 2-12-2003. Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Modifica Resolución de 16-12-2002, relativa a instrucciones para la elaboración de las Estadísticas de Intercambio de Bienes entre Estados miembros (Sistema Intrastat).

— Resolución de 15-12-2003. Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Recoge las instrucciones para la formalización del Documento Único Administrativo (DUA).

— Corrección de errores. Real Decreto 895/2003. 11-7-2003. Desarrolla la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley 53/2002, 30-12-2002, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, sobre beneficios fiscales aplicables al «Año Santo Jacobeo 2004».

— Corrección de errores. Resolución de 30-7-2003. Intervención General de la Administración del Estado. Aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a la Administración General del Estado.

## MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1505/2003. 28-11-2003. Establece la inclusión de los miembros del Cuerpo único de Notarios en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

— Real Decreto 1506/2003. 28-11-2003. Establece las directrices de los certificados de profesionalidad.

— Real Decreto 1539/2003. 5-12-2003. Establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

— Real Decreto 1793/2003. 26-12-2003. Fija el salario mínimo interprofesional para 2004.

— Real Decreto 1795/2003. 26-12-2003. Mejora de las pensiones de viudedad.

— Corrección de errores. Real Decreto 1046/2003. 1-8-2003. Regula el subsistema de formación profesional continua.

— Corrección de errores. Resolución de 22-10-2003. Dirección General de Trabajo. Aprueba la publicación de las Fiestas Laborales para el año 2004.

#### MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 1538/2003. 5-12-2003. Establece las especialidades básicas de inspección educativa.

#### MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN

— Real Decreto 1697/2003. 12-12-2003. Crea la Comisión Nacional de Biovigilancia.

— Orden 3056/2003. 29-10-2003. Constituye la Oficina permanente para situaciones de adversidad climática o medioambiental.

— Orden 3628/2003. 22-12-2003. Fija para el año 2004 la renta de referencia.

— Corrección de errores. Real Decreto 1047/2003. 1-8-2003. Modifica el Real Decreto 2611/1996, 20-12-1996, por el que se regulan los programas nacionales de erradicación de enfermedades de los animales.

#### MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1497/2003. 28-11-2003. Aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones.

— Orden 3298/2003. 13-11-2003. Crea un registro telemático en el Ministerio del Interior y se regulan los requisitos y condiciones técnicas para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos.

— Corrección de errores. Real Decreto 1295/2003. 17-10-2003. Aprueba el Reglamento regulador de las escuelas particulares de conductores.

**MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

— Resolución de 9-12-2003. Secretaría de Estado para la Administración Pública. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2004, a efectos de cómputos de plazos.

**MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES**

— Acuerdo República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho *ad referendum* en Málaga el 26-11-2002.

— Corrección de errores. Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 15-9-2003.

**MINISTERIO DE DEFENSA**

— Real Decreto 1691/2003. 12-12-2003. Aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios.

**COMUNIDADES AUTÓNOMAS****ANDALUCÍA**

— Ley 5/2003. 9-10-2003. Declaración de voluntad vital anticipada.

— Ley 7/2003. 20-10-2003. Regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro.

— Ley 8/2003. 28-10-2003. Flora y fauna silvestres.

— Ley 10/2003. 6-11-2003. Reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía 3969.

— Ley 11/2003. 24-11-2003. Protección de los Animales.

— Ley 12/2003. 24-11-2003. Reforma de la Ley 4/1997, 9-7-1997, de Prevención y Asistencia en materia de Drogas, modificada por la Ley 1/2001, 3-5-2001.

— Ley 13/2003. 17-12-2003. Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

— Ley 14/2003. 22-12-2003. Cooperación Internacional para el Desarrollo.

- Ley 15/2003. 22-12-2003. Andaluza de Universidades.
- Ley 16/2003. 22-12-2003. Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación.
- Ley 17/2003. 29-12-2003. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004.
- Ley 18/2003. 29-12-2003. Aprueba medidas fiscales y administrativas.
- Decreto 251/2003. 9-9-2003. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierra de Cardeña y Montoro.
- Decreto 252/2003. 9-9-2003. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierra de Hornachuelos.
- Decreto 279/2003. 7-10-2003. Crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento.
- Decreto 330/2003. 28-11-2003. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.
- Decreto 331/2003. 28-11-2003. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.
- Decreto 332/2003. 8-11-2003. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas de viudedad.
- Decreto 355/2003. 16-12-2003. Acogimiento Residencial de Menores.
- Orden 27-10-2003. Establece las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para la mejora del control ambiental en la empresa.
- Orden 13-11-2003. Establece el calendario de domingos y festivos en los que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público durante el año 2004.
- Orden 26-11-2003. Garantiza el funcionamiento de los RR.PP. y R.M. de Andalucía, mediante el establecimiento de los servicios mínimos.
- Resolución de 20-10-2003. Nombra Notarios para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Resolución de 21-10-2003. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Resolución de 27-10-2003. Criterios para la valoración de los Planes Generales de Ordenación Urbanística.
- Resolución de 27-10-2003. Realiza una convocatoria de subasta de carácter ordinario dentro del Programa de Emisión de Bonos y Obligaciones de la Junta de Andalucía.

— Resolución de 5-12-2003. Determina las Fiestas Locales en el ámbito de Andalucía para el año 2004.

— Acuerdo. 11-11-2003. Aprueba el Plan Andaluz para la Inclusión Social.

— Corrección de errores. Decreto 149/2003. 10-6-2003. Aprueba el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, y se regulan las actuaciones contempladas en el mismo.

— Corrección de errores. Orden 8-9-2003. Desarrolla determinadas actuaciones del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007.

## ARAGÓN

— Ley 24/2003. 26-12-2003. Medidas urgentes de política de Vivienda Protegida.

— Ley 25/2003. 30-12-2003. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2004.

— Ley 26/2003. 30-12-2003. Medidas Tributarias y Administrativas.

— Decreto 285/2003. 18-11-2003. Crea la Comisión de Contratación Centralizada y se regula la contratación centralizada de suministros y servicios.

— Resolución de 25-11-2003. Determina las Fiestas Locales, de carácter retribuido y no recuperable, para el año 2004 en los municipios de Zaragoza.

— Resolución de 25-11-2003. Determina las Fiestas Locales, de carácter retribuido y no recuperable, para el año 2004 en los municipios de Huesca.

— Resolución de 25-11-2003. Determina las Fiestas Locales, de carácter retribuido y no recuperables para el año 2004 en los municipios de Teruel.

## ASTURIAS

— Ley 5/2003. 30-12-2003. Presupuestos Generales para 2004.

— Resolución de 31-10-2003. Dicta instrucciones para el curso 2003-2004 sobre evaluación, promoción y titulación en ESO, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 827/2003, de 27-6-2003, por el que se establece el calendario de aplicación de la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2003, de Calidad de la Educación.

## BALEARES

— Ley 8/2003 de 25-11-2003. Medidas urgentes en materia de ordenación territorial y urbanismo en las Illes Balears.

— Ley 9/2003 de 22-12-2003. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2004.

— Ley 10/2003. 22-12-2003. Medidas tributarias y administrativas.

— Decreto 175/2003. 31-10-2003. Nombra Notarios.

— Decreto 176/2003. 31-10-2003. Reforma del Decreto 162/2003, de 5-9-2003, por el que se aprueba el Reglamento que regula la exigencia de conocimientos de lengua catalana en los procedimientos selectivos de acceso a la función pública y para la ocupación de puestos de trabajo que se convoquen en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 25/2003. 24-11-2003. Delega en los titulares de las Consejerías la firma de convenios de colaboración y acuerdos de cooperación.

— Decreto 28/2003. 26-11-2003. Establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes.

— Decreto 29/2003. 26-11-2003. Establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Medio Ambiente.

— Decreto 32/2003. 26-11-2003. Establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación.

— Decreto 184/2003. 21-11-2003. Modificación del Decreto 112/2002, 30-8-2002, mediante el cual se crea el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión.

— Acuerdo 21-11-2003. Delegación de la competencia de autorización de convenios y acuerdos de cooperación y colaboración en los titulares de las Consejerías.

## CANARIAS

— Ley 22/2003. 30-12-2003. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2004.

— Decreto 345/2003. 4-11-2003. Nombra Notarios.

— Decreto 277/2003. 11-11-2003. Aprueba definitivamente el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria, a reserva de que se subsanen las deficiencias advertidas por la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias en sesión celebrada el 20-5-2003.

— Decreto 299/2003. 22-12-2003. Planifica los juegos y apuestas en Canarias.

— Orden de 14-11-2003. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2004.

— Orden 3-12-2003. Modifica la Orden 24-5-1999, sobre colaboración de las entidades de depósito en la gestión recaudatoria.

— Orden 10-12-2003. Determina los doce domingos y festivos en los que podrán permanecer abiertos al público los comercios, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, para el año 2004.

— Orden 16-12-2003. Encomienda a la empresa pública Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias, S. A. (Visocan, S. A.) el servicio denominado «realización de los trámites previos a la firma de las escrituras de amortización, amortización anticipada y de cancelaciones de hipotecas de viviendas de promoción pública, así como de las escrituras de acceso a la propiedad derivada de los Decretos 34/1995 y 12/1996».

— Resolución de 13-8-2003. Acreditación de laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación.

— Resolución de 6-11-2003. Acreditación de laboratorios de ensayos para control de calidad de la edificación.

— Corrección de errores. Orden 25-4-2003. Autoriza los cobros en las cajas situadas en las oficinas de Gestión Recaudatoria de Canarias, S. A.

## CANTABRIA

— Orden 12-11-2003. Regula el procedimiento de obtención de la información suministrada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

— Orden 9-12-2003. Aprueba el modelo informatizado «N01. Índices notariales. Declaración informativa a efectos tributarios», y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

— Orden 18-12-2003. Regula la no exacción en período ejecutivo de deudas de pequeña cuantía por el concepto tributario de IBI cuya gestión recaudatoria se realice por la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Corrección de errores. Orden 13-10-2003. Regula la operatoria a seguir para el cobro de liquidación y autoliquidación de los tributos cedidos gestionados por las oficinas liquidadoras y el abono de compensaciones a los Registradores de la Propiedad.

## CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 12/2003. 6-11-2003. Modificación parcial de la Ley 1/1995, de 2-3-1995, del Deporte en Castilla-La Mancha.

— Ley 13/2003. 11-12-2003. Modificación de la Ley 4/1997, 10-7-1997, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha.

— Ley 14/2003. 18-12-2003. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2004.

— Ley 15/2003. 22-12-2003. Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Decreto 304/2003. 11-11-2003. Establece la Estructura Orgánica y las Competencias de los distintos órganos de la Consejería de Agricultura.

## CASTILLA Y LEÓN

— Ley 13/2003. 23-12-2003. Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas.

— Ley 14/2003. 23-12-2003. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para el año 2004.

— Decreto 133/2003. 20-11-2003. Crea y regula la Comisión Regional contra la Violencia hacia la Mujer.

— Decreto 136/2003. 27-11-2003. Establece las normas de financiación y condiciones generales para la creación y puesta en funcionamiento de centros dirigidos a la conciliación de la vida familiar y laboral.

— Decreto 143/2003. 18-12-2003. Crea el Registro de Centros Infantiles para la conciliación de la vida familiar y laboral.

— Orden 1600/2003. 13-11-2003. Desarrolla la estructura orgánica de los Servicios Centrales de la Consejería de Economía y Empleo laboral.

— Orden 1671/2003. 9-12-2003. Modifica la Orden 18-12-2002, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, por la que se regulan las prestaciones económicas de pago único a los padres y/o madres por nacimiento o adopción de hijo, en desarrollo del Decreto 292/2001, de 20-12-2001, por el que se establecen líneas de apoyo a la familia y a la conciliación con la vida laboral en Castilla y León.

— Orden 1672/2003. 15-12-2003. Modifica la Orden 27-11-2002, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por la que se regula el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho.

— Orden 1673/2003. 9-12-2003. Convoca subvenciones para fomentar los períodos o permisos de paternidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

— Orden 1712/2003. 18-12-2003. Establece los domingos y días festivos de apertura para el comercio en la Comunidad de Castilla y León en el año 2004.

— Corrección de errores. Orden 962/2003. 25-7-2003. Aprueba el modelo informatizado «N01. Índices Notariales, Declaración Informativa a efectos tributarios», y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

## EXTREMADURA

— Ley 7/2003. 19-12-2003. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2004.

— Decreto 195/2003. 2-12-2003. Fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2004 en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 199/2003. 16-12-2003. Establece la regulación de horarios comerciales en Extremadura para el año 2004.

— Decreto 201/2003. 16-12-2003. Establece un Programa Extraordinario para la inserción laboral de personas con riesgo de exclusión del mercado de trabajo.

— Decreto 203/2003. 16-12-2003. Prorroga el Decreto 216/2000, de 10-10-2000, por el que se regula el programa de subvenciones para el establecimiento de desempleados como trabajadores autónomos y se habilita el período comprendido entre el 1-1-2004 al 31-3-2004, para la presentación de solicitudes al amparo del Decreto 180/2001, de 20-11-2003, por el que se establece el programa de fomento de la contratación indefinida por las pequeñas y medianas empresas, empresas de la economía social y otras entidades privadas de Extremadura.

— Decreto 205/2003. 16-12-2003. Regula la memoria habilitante a efectos de la licencia de obras en Extremadura.

— Orden 26-11-2003. Regula la tramitación de las reclamaciones y sugerencias, relativas a la actividad sanitaria, dirigidas por los usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura al Servicio Extremeño de Salud.

— Orden 26-12-2003. Convoca el Plan de Subvenciones a Entidades Públicas para la ejecución de Programas de Apoyo a Familias en Situaciones Especiales.

— Resolución de 18-11-2003. Determinan las fiestas locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2004.

## GALICIA

— Ley 7/2003. 9-12-2003. Ordenación sanitaria de Galicia.

— Ley 8/2003. 23-12-2003. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2004.

— Ley 9/2003. 23-12-2003. Medidas tributarias y administrativas.

— Ley 10/2003. 26-12-2003. Acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia.

— Decreto 406/2003. 29-10-2003. Modifica el Decreto 42/2000, de 7-1-2000, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia.

— Orden 21-11-2003. Amplía la Orden 25-8-2003, por la que se dictan instrucciones para la aplicación en la ESO de lo establecido en la DA 1.ª del 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.

— Orden 9-12-2003. Desarrolla el Decreto 146/1997, de 22-5-1997, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de la Comunidad Autónoma.

— Resolución de 2-12-2003. Acuerda el inicio, por el procedimiento de tasación conjunta, y se somete a información pública el expediente de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para la construcción del Centro de Investigación en Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones en el Campus de A Coruña, Elviña.

— Corrección de errores. Decreto 406/2003. 29-10-2003. Modifica el Decreto 42/2000, de 7-1-2000, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia.

## LA RIOJA

— Ley 8/2003. 28-10-2003. Gobierno e incompatibilidades de sus miembros.

— Ley 9/2003. 19-12-2003. Presupuestos Generales para el año 2004.

— Ley 10/2003. 19-12-2003. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2004.

— Decreto 124/2003. 5-12-2003. Modifica el Decreto 30/1992, 26-6-1992, modificado parcialmente por los Decretos 57/2000, de 15-12-2000 y 54/2002, de 25-10-2002, por el que se regulan las condiciones y requisitos para la concesión y abono de préstamos reintegrables.

— Calendario Laboral fiestas locales año 2004.

## MADRID

— Ley 13/2003. 23-12-2003. Prorroga determinadas medidas fiscales vigentes en 2003.

— Decreto 61/2003. 21-11-2003. Establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 226/2003. 6-11-2003. Aprueba el Reglamento del Registro de Directores de Centros de Servicios Sociales de Iniciativa Privada de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 227/2003. 24-11-2003. Modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 228/2003. 24-11-2003. Modificación Decreto 210/2003, de 16-10-2003, por el que se aprueba el Reglamento Interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones.

— Decreto 345/2003. 30-12-2003. Reforma Decreto 227/2003, de 24-11-2003, por el que se modifica la estructura de la Consejería de Justicia e Interior.

— Decreto 350. 30-12-2003. Establece el calendario y el horario comercial de apertura de establecimientos en domingos y festivos durante el año 2004.

— Orden 4-12-2003. Establece la forma, condiciones y plazos para la presentación de la declaración informativa de los Índices Notariales correspondientes a la Comunidad de Madrid.

— Resolución de 19-11-2003. Declara las fiestas laborales de ámbito local para el año 2004.

— Corrección de errores. Decreto 227/2003. 24-11-2003. Modifican parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías.

## MURCIA

— Ley 6/2003. 12-11-2003. Consejos Reguladores.

## NAVARRA

— Ley Foral. 33/2003. 10-12-2003. Redelimitación de la Reserva Natural de Larra y su Zona Periférica de Protección.

— Ley Foral. 34/2003. 30-12-2003. Presupuestos Generales para el ejercicio del año 2004.

— Ley Foral. 35/2003. 30-12-2003. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Decreto Foral. 673/2003. 10-11-2003. Modifican el RIRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999, y el RIS, aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1997.

— Decreto Foral 674/2003. 10-11-2003. Modifica el Decreto Foral 81/1986, de 14-3-1986, por el que se regula el régimen de precedencias en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 685/2003. 24-11-2003. Modifica el Acuerdo de la Diputación Foral de 9-10-1980, por el que se aprueba la delimitación de funciones de los Gestores e Investigadores Auxiliares de la Hacienda de Navarra.

— Decreto Foral 716/2003. 29-12-2003. Declara los días inhábiles a efectos de cómputo de plazos, para el año 2004.

— Orden Foral 302/2003. 7-10-2003. Establece la estructura de negociados en la Sección de Contabilidad.

— Orden Foral 319/2003. 24-10-2003. Modifica el intervalo de la segunda quincena de diciembre, así como los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la Recaudación de la Hacienda Pública de Navarra.

— Orden Foral 328/2003. 4-11-2003. Crea el Negociado de Registros en el Servicio de Patrimonio.

— Orden Foral 1464/2003. 29-10-2003. Ordenación del Territorio y Vivienda, por la que se establece el régimen de gestión de encomiendas a favor de las sociedades públicas adscritas al Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda.

— Orden Foral 87/2003. 15-12-2003. Establece la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior y del Instituto Navarro de Administración Pública, a nivel de Negociados.

— Orden Foral 340/2003. 20-11-2003. Modifica la estructura de Hacienda Tributaria de Navarra del Departamento de Economía y Hacienda.

— Orden Foral 345/2003. 4-12-2003. Determina los domingos y festivos que los comercios podrán permanecer abiertos al público en el 2004.

— Orden Foral 358/2003. 9-12-2003. Aprueba el modelo 170 de declaración informativa de las cantidades percibidas por los promotores de viviendas a cuenta del precio de adquisición de éstas, así como los diseños físicos y lógicos para su presentación por soporte directamente legible por ordenador.

— Orden Foral 363/2003. 10-12-2003. Fija los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra.

— Resolución 1015/2003. 26-11-2003. Determina las fiestas locales para el año 2004, con carácter retribuido y no recuperable, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

## PAÍS VASCO

— Ley 5/2003. 15-12-2003. Autoridad del Transporte de Euskadi.

— Ley 6/2003. 22-12-2003. Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarios.

— Ley 8/2003. 22-12-2003. Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General.

— Decreto 250/2003. 21-10-2003. Libro del Edificio destinado a vivienda.

- Decreto 270/2003. 4-11-2003. Crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas.
- Decreto 263/2003. 28-10-2003. Regula la acreditación y el funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional.
- Decreto 290/2003. 25-11-2003. Modifica el Decreto sobre régimen de VPO y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.
- Decreto 329/2003. 23-12-2003. Regula las ayudas al empleo.
- Orden 22-10-2003. Nombramiento de Registradores de la Propiedad en Resolución de Concurso Ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma.
- Orden 6-11-2003. Crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado «Registro vasco de voluntades anticipadas» y se añade a los gestionados por el Departamento de Sanidad.
- Orden 20-11-2003. Establece los criterios generales del procedimiento para la presentación y tramitación telemática de los partes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Orden 20-11-2003. Establece los criterios generales del procedimiento de presentación y tramitación telemática de diversa documentación relativa a las elecciones a órganos de representación de las y los trabajadores en las empresas y en las Administraciones Públicas.
- Corrección de errores. Decreto 240/2003. 14-10-2003. Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

## VALENCIA

- Ley 15/2003. 24-11-2003. Creación del Col·legi Oficial d'Educadors i Educadors Socials de la Comunitat Valenciana.
- Ley 16/2003. 17-12-2003. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización.
- Ley 17/2003. 30-12-2003. Presupuestos para el ejercicio 2004.
- Decreto 227/2003. 14-11-2003. Modifica el Decreto 39/1998, de 31-3-1998, de ordenación de la educación para la atención del alumnado con necesidades educativas especiales.
- Orden 21-11-2003. Establece las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de declaraciones y declaraciones-liquidaciones de los tributos cuya gestión compete a la Generalitat Valenciana.

## II. Información de actividades

### ARAGÓN

El día 26 de noviembre se celebró una JORNADA-DEBATE SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE FIRMA DIGITAL, organizada por la Internet Society y en colaboración con el Departamento de Ciencia y Tecnología del Gobierno de Aragón, el Ayuntamiento de Zaragoza y el Colegio de Abogados de Zaragoza.

El día 4 de diciembre se pronunció la CONFERENCIA: *La Abogacía Española y la Constitución: 25 años de Derechos y Libertades en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, a cargo del Excmo. Señor don EUGENIO GAY MONTALVO, Magistrado del TC y ex Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.

El día 15 de diciembre se celebró una CENA-COLOQUIO SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA EN ESPAÑA, dirigida por el Excmo. Señor don CARLOS CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

Los días 17, 18 y 19 de diciembre se celebró una SEMANA DE ESTUDIO SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, organizada por El Justicia de Aragón y la Universidad de Zaragoza.

### MADRID

Los días 17 y 18 de febrero de 2004, en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, se celebraron unas JORNADAS DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA, *LAS RELACIONES FAMILIARES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: ANÁLISIS DE LA LEY 42/2003*, organizadas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Departamento de Derecho Civil) y el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, en colaboración con la Asociación Española de Abogados de Familia (ABAFA) y el Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos.

### DIRECTOR:

Excmo. Señor don CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED; Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia).

## COORDINADORA:

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ, Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil de la UNED; Secretaria de IDADFE.

## PRIMERA SESIÓN:

Presidente de la Sesión y Moderador: Excmo. Señor don CARLOS LASARTE ÁLVAREZ.

Apertura de las Jornadas: Excmo. Señor don JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES, Director General del Centro de Estudios Jurídicos.

## PONENCIAS:

- «Las reformas de 1981/1987: las relaciones de los hijos con padres, parientes y allegados», por la Ilma. Señora doña CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid; Académica Correspondiente de Real de Jurisprudencia y Legislación.
- «La aplicación judicial efectiva: pasado, presente y perspectivas de futuro», por el Ilmo. Señor don JOSÉ MARÍA PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, Magistrado-Juez de Familia (Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, núm. 22, de Madrid) y la Ilma. Señora doña M.<sup>a</sup> JOSEFA RUIZ MARÍN, Magistrada-Juez de Familia (Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, núm. 23, de Madrid).

## SEGUNDA SESIÓN:

Presidente de la Sesión y Moderador: Ilmo. Señor don ALBERTO PALOMAR OLMEDA, Director del Gabinete del Secretario de Estado (Ministerio de Justicia).

## PONENCIAS:

- «La perspectiva forense de las relaciones de los hijos con parientes y allegados», por el Excmo. Señor don LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNA-  
RRIAGA, Abogado; Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

- «La *occasio legis*: la integración de la familia en sentido amplio», por la Excm. Señora doña MERCÉ PIGEM I PALMES, Diputada/CIU.
- «Litigiosidad familiar, crisis matrimoniales y protección de los menores de edad», por la Excm. Señora doña FÁTIMA ABURTO BASELGA, Grupo parlamentario PSOE.
- «Enfoque parlamentario de la Ley 42/2003», por el Excmo. Señor don JESÚS LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Diputado/PP; Presidente de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados.

## MURCIA

Los días 23 a 26 de marzo de 2004 en Murcia, 22 a 25 de junio de 2004 en Madrid, y 19 a 22 de octubre de 2004 en Murcia, se celebran las JORNADAS INTERNACIONALES: *EL REGISTRO COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA* (CONVENIO JAI/2003/FPC031), organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles de España, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial.

### PARTICIPANTES:

Registradores de la Propiedad y Jueces de los siguientes países: Alemania, Dinamarca, Reino Unido, Escocia, Portugal, Polonia y España.

### IDIOMAS:

Castellano e inglés.

### PRIMER SEMINARIO:

Días 23 a 26 de marzo de 2004, lugar de celebración: Murcia.

- «Información registral sobre titularidades mobiliarias e inmobiliarias dirigida a los jueces»:
  - a) Forma y requisitos de la petición.
  - b) Forma y requisitos de la elaboración.
  - c) Forma y requisitos de la expedición; la remisión electrónica de constancia.

- d) Constancia de su expedición y de su recepción.
  - e) Mantenimiento de la información registral: la información continuada.
  - f) Valor y efectos de esta información en el proceso judicial para el que se solicitó.
  - g) Responsabilidad por defectos de la información.
  - h) La tutela de los derechos de los titulares registrales en el procedimiento: formas de citación, formas de personación, derechos y deberes, efectos de su ejercicio y de su no ejercicio.
  - i) Formación de un listado lingüístico-jurídico, recíprocamente compartido, sobre las materias antes mencionadas.
- «Medidas cautelares que aseguren la ejecución de sentencias recaídas sobre inmuebles en el país en el que tales inmuebles estén situados»:
- a) Examen de la anotación preventiva de demanda.
  - b) Examen de la anotación preventiva de demanda de ejecución de sentencia.
  - c) Formación de un listado lingüístico-jurídico, recíprocamente compartido, sobre las materias antes mencionadas.

## SEGUNDO SEMINARIO:

Días 22 a 25 de junio, lugar de celebración: Madrid.

- «La inscripción registral de las sentencias judiciales con trascendencia jurídico real inmobiliaria en los países de la Unión Europea»:
- a) El *exequatur* y la calificación registral: sus ámbitos respectivos.
  - b) Comunicación de la calificación registral suspensiva o denegatoria y efectos de tal comunicación: los recursos contra la misma. Ámbito de la función calificadora del título judicial europeo.
  - c) Comunicación de la inscripción de la sentencia: requisitos formales y efectos.
  - d) Notificación a los terceros de la inscripción practicada, requisitos y efectos de tal notificación.
  - e) Aspectos fiscales.
  - f) Formación de un listado lingüístico-jurídico, recíprocamente compartido, sobre las materias antes mencionadas.
- «La cooperación de los Registros europeos en materia de ejecución judicial por deudas pecuniarias»:

- a)* El Título anotable y el documento que lo comunica al Registro.
- b)* El asiento a practicar y el funcionario que lo ordena.
- c)* La calificación registral del título anotable y sus incidencias: la anotación de suspensión de la anotación preventiva de embargo.
- d)* Comunicaciones ulteriores a la práctica de la anotación a efectuar por el Registrador: sujetos a comunicar, formas de la comunicación y sus efectos.
- e)* Conclusión de la ejecución: el título que la formaliza y su inscripción registral.
- f)* La depuración de las cargas posteriores a la que se ejecuta.
- g)* Formación de un listado lingüístico-jurídico, recíprocamente compartido, sobre las materias antes mencionadas.

### TERCER SEMINARIO:

Días 19 a 22 de octubre, lugar de celebración: Murcia.

- «El Registro de la Propiedad Europeo y su colaboración en los procesos matrimoniales de separación o divorcio»:
  - a)* La interposición de la demanda y la constancia registral de los efectos de su admisión.
  - b)* La constancia registral de las medidas cautelares: títulos inscribibles y efectos de su inscripción.
  - c)* La constancia registral de la adjudicación del uso de la vivienda: requisitos del título inscribible y sus efectos.
  - d)* Las garantías inmobiliarias de las pensiones y otras obligaciones pecuniarias impuestas a cargo de un cónyuge y en provecho del otro y/o de los hijos. Las fórmulas registrales que las garantizan, títulos hábiles al efecto, sus requisitos, sus efectos, modificación y cancelación.
  - e)* La inscripción del convenio regulador y la de las sentencias recaídas en los procesos de separación y divorcio en lo que aquél o éstas tengan de trascendencia jurídico, real e inmobiliaria.
  - f)* Formación de un listado lingüístico-jurídico, recíprocamente compartido, sobre las materias antes mencionadas.

### PAÍS VASCO

Los días 15, 16 y 17 de diciembre de 2003, se celebraron en Bilbao unas CONFERENCIAS-COLOQUIOS SOBRE LA LEY CONCURSAL, organi-

zadas por el Servicio de Estudios Registrales en el Salón de Actos del Colegio de Registradores del País Vasco.

#### MODERADOR:

Don MANUEL GARAIZÁBAL FONTENLA, Registrador de la Propiedad; Director del Servicio de Estudios del País Vasco.

#### PONENCIAS:

- «Introducción a la Ley Concursal», por don ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense; Vocal de la Comisión General de la Codificación.
- «Concurso y Registro de la Propiedad», por don JAVIER GÓMEZ-GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad; Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Las acciones de reintegración de la masa», por don ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Catedrático de Derecho Civil; Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- «El desenlace del concurso: convenio o liquidación», por don RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto; Abogado.
- «Ley Concursal: aspectos procesales», por don JOSÉ MARÍA RIFA SOLER, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pública de Navarra.
- «Informes de la Administración concursal», por don FERNANDO GÓMEZ MARTÍN, Auditor de Cuentas; Miembro de la Real Academia de Ciencias Económico-Financieras.

INFORMACIÓN  
BIBLIOGRÁFICA



## **BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA**

- ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS: *Code europeen des contrats*. Seconda edizione.
- AKERLOF, GEORGE: *Racconti di un Nobel dell'economia*.
- ALCARO, FRANCESCO; TOMMASINI, RAFAELE: *Mandato fiducia e trust: Esperienze a confronto*.
- BONAVOLONTA, LUIGI MATTEO: *Formulario della volontaria giurisdizione e della giurisdizione privata nazionale e internazionale*.
- CALAMANDREI, PIERO: *Studi sul processo civile*. Vol. 5.º (año 1947) y Vol. 6.º (año 1957).
- CAMMARATA, MANLIO; MACCARONE, ENRICO: *La firma digitale sicura*.
- CARNELUTTI, FRANCESCO: *Studi di diritto processuale*. Vol. 3.º y Vol. 4.º, 1939.
- CONTE, MARIO: *Le prove nel processo civile*.
- GALGANO, FRANCESCO: *Instituzioni di diritto privato*. 2.ª ed., 2002.
- GANDOLFI, GIUSEPPE: *Code europeen des contrats*.
- GARRE DE MALBERG, RAYMOND: *La teoria gradualistica del diritto*.
- HÄBERLE, PETER: *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*.
- HARPUM, CHARLES; BIGNELL, JANET: *Registered Land: The New Law: A Guide to the Land Registration Act 2002*. 1<sup>st</sup> edition.
- IRTI, NATALINO: *Studi sul formalismo negoziale*, 1997.
- LA REFORMA DEL CODICI IN EUROPA E IL PROGETTO DI CÓDICE CIVILE EUROPEO. Materiali dei seminari 2001, raccolti da Guido Alpa.
- LAURINI, GIANCARLO: *Le sfide del notariato*.
- LORENZI, VALERIA DE: *Rappresentanza diretta volontaria nella conclusione dei contratti e analisi economica del diritto*.
- PASCUZZI, GIOVANNI: *Diritto e informatica*.
- PATTI, SALVATORE: *Annuario di diritto tedesco*, 2001.
- ROMANO, SANTI: *Gli scritti nel Trattato Orlando*. Ed. Giuffrè.
- SANTARCANGELO, GIOVANNI: *La volontaria giurisdizione*.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO: *Scritti giuridici. Vol. I, Scritti di Diritto civile* (Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto privato dell'Univerità di Roma «La Sapienza», n. 48) 1996.
- SPONTANEITA DEL MERCATO E REGÓLE GIURIDICHE: *Il ruolo del notaio*. XXXIX Congresso Nazionale del Notariato. Milano 10-13 ottobre 2002.

## RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO: *La finca y sus modificaciones (Estudio jurisprudencial)*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1.ª edición, junio de 2002, 378 págs. (\*).

Una vez efectuada la recensión que subsigue y antes de su publicación, nos ha llegado la triste noticia del fallecimiento del autor de este libro, don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS. Desde estas páginas queremos dejar constancia expresa del sentimiento por la pérdida de un hombre bueno, puente afable y amable entre Notarios y Registradores, que creemos estará —como era él— entre los justos.

### I. EL AUTOR

Un especialista en temas agrarios conocerá perfectamente la vida y la obra del aparentemente modesto —aunque más bien relevante y omnicompreensivo— jurista que es FRANCISCO CORRAL DUEÑAS. Aquí, el que suscribe, no puede menos que recordar la impecable trayectoria profesional y humana del compañero de tantas tareas y efemérides, del amigo impagable —siempre atento a la corrección y dirección de la prestigiosa *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de la que es el alma mater y ejecutor diligente—, y del padre ejemplar y modelo para todos.

En este lugar, por obvias razones de una mera dación de noticias de actualidad en nuestra REVISTA, no podemos dejar de atender esta aparición de una nueva aportación de F. CORRAL DUEÑAS, esta vez vinculada estrechamente al ámbito registral, siempre tan próximo al notarial.

### II. LA OBRA

Resultaría dificultoso dar una visión completa de la obra, dado el completísimo tratamiento jurisprudencial de cada uno de los aspectos del tema fundiario en su proyección registral. Como autor que me he prodigado en ciertas visiones jurisprudenciales de temas concretos de nuestro Derecho Privado, soy perfectamente consciente del riesgo de casuismo implícito en tales aproximaciones y de la enorme dificultad de quien se enfrente posteriormente a la tarea de dar una visión resumida de una obra tal.

En esta aportación, espléndida de elaboración y ejecución, F. CORRAL DUEÑAS presenta el tema partiendo de unas consideraciones introductorias y lo divide en cinco partes, concluyendo con un apéndice o índice cronológico de decisiones jurisprudenciales. Resumo su contenido como sigue.

En la Parte Primera estudia la finca, bajo sus diferentes aspectos, analiza las diferentes clases de fincas (rústicas y urbanas, continuas y discontinuas, matriz y dependientes —propiedad horizontal, urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios, aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles y plazas de

---

(\*) Este comentario se ha publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, en el número 44, correspondiente al trimestre octubre-diciembre de 2002.

aparcamiento—) y las fincas especiales (el agua, las concesiones administrativas, las explotaciones industriales, la medianería horizontal o «engalaberno» (\*\*)) y el aprovechamiento urbanístico).

La Parte Segunda la dedica a la registración de las modificaciones fundiarias: agrupación y agrupación de fincas, división y segregación. Dentro de cada punto examina los requisitos generales del supuesto y, específicamente, los casos concretos merecedores de atención. Así, en el supuesto de agrupación, los puntos de: necesidad de que estén inscritas las fincas a agrupar, imposibilidad de agrupar fincas completas con porciones indivisas de otras, agrupación de dos solares contiguos sobre los que existe un solo edificio, agrupación de varias fincas urbanas subterráneas que —aunque distintas— constituyen un solo garaje, unidad subterránea susceptible de aprovechamiento autónomo y formada por la agrupación de diversas porciones de subsuelo segregados de otras fincas.

La Parte Tercera está dedicada a la declaración de obra nueva, examinando los supuestos de: identificación de la finca mejorada, gravámenes sobre obras nuevas no inscritas, obra nueva sobre solar proindiviso, atribución de carácter ganancial a una edificación hecha sobre solar privativo, agotamiento del volumen edificable y cesión de solar a cambio de futuras construcciones.

En la Parte Cuarta se analiza el tema de los Excesos de cabida, en íntima relación con la legislación del Catastro.

La Parte Quinta ofrece un Resumen crítico, en el que F. CORRAL DUEÑAS se pregunta previamente si de lo que se trata es de modificaciones de hecho o más bien modificaciones de derechos, para continuar su reflexión acerca de la construcción como derecho y sobre la normativa actual en orden a la fragmentación de fincas.

### III. MI VISIÓN PERSONAL DE LA OBRA (MÁS ALLÁ DE LO ESTRICTAMENTE «NOTARIAL»)

Si se tomara como visión prevalente la estrictamente «notarial» o «notarialista», habría que ir a un replanteamiento total de la obra comentada, con inclusión de formularios de actos inscribibles (sentencias, escrituras, etc.) y añadidos de inevitables referencias a tratamientos doctrinales. Dado que todo ello desbordaría, en mi opinión, la idea y la concepción de F. CORRAL DUEÑAS, parece lógico restringir este breve comentario a si la obra aquí analizada se corresponde con la intención evidente del autor.

Intención demostrada por él a lo largo de las casi cuatrocientas páginas, para delimitar —quizá demasiado modestamente— el perfil registral del tema. Con lo que, a mi modo de ver, todo queda —según el argot forense usual— «visto para sentencia». Nada más que decir, por tanto, registralmente hablando.

Tomo como dato sorprendente la escasez de litigios que han llegado a nuestro Tribunal Supremo en todas estas cuestiones fundiarias analizadas por F. CORRAL DUEÑAS. Con la habitual profundidad investigadora de F. CORRAL, tan sólo ha encontrado un escaso número de sentencias del TS: en el tema de fincas: 9, en agrupación: 1, en segregaciones: 9, y en obras nuevas: 5. En conjunto, un bloque tremendamente revelador y significativo.

---

(\*\*) Curioso supuesto fáctico del que pueden hoy en día incluso verse ejemplos en las Islas Pitiusas (Ibiza y Formentera).

Básicamente centrada toda la obra en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, su reflejo en cada uno de los puntos tratados responde a la particular materia objeto del debate derivado de la calificación registral.

A la visión crítica de F. CORRAL en orden a que «estas modificaciones fundiarias, aunque modificaciones de hecho, tienen indudables consecuencias jurídicas», nada cabe objetar y parece evidente que tales modificaciones recaen, en definitiva, sobre derechos concretos y producen efectos jurídicos.

Resulta obvia, por otra parte, la importancia del Registro de la Propiedad como medio técnico jurídico que desenvuelve el principio de legalidad y asegura con su efecto de publicidad la función social de la propiedad. En tal sentido, es patente el interés de este volumen de F. CORRAL DUEÑAS: imprescindible este actualísimo «prontuario» registral para su consulta por todo jurista práctico.

A la hora de dar una perspectiva final muy personal, quien esto suscribe no puede sino asombrarse de la capacidad de trabajo, esfuerzo, síntesis y servicio a la sociedad que nos ofrece el ejemplo del compañero F. CORRAL DUEÑAS. ¡Y por muchos años!

JOSÉ CERDÁ GIMENO  
 Notario

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2003.

CONCEPCIÓN BARRERO, Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla, aborda en esta monografía la difícil tarea de estudiar en el procedimiento administrativo el tema de la prueba, cuestión trascendental, pero no resuelta de modo definitivo por nuestro Derecho vigente. A lo largo de la exposición se pone de manifiesto la singularidad de este procedimiento y la imposibilidad de trasladar, sin más, los esquemas y principios básicos del Derecho Procesal Civil. Aparece dividida en tres partes: la prueba en derecho; la construcción de un régimen de la prueba en la regulación del procedimiento administrativo, y el régimen de la prueba en el reseñado procedimiento.

Como señala la autora: «Las relaciones entre los hechos y el Derecho no son reconducibles a un esquema simple o unidireccional, son, por el contrario, recíprocas y complejas. La mera observación de la génesis y posterior aplicación de las normas jurídicas demuestra que el Derecho presenta, respecto de los hechos, una secuela circular. Parte necesaria e inequívocamente de la realidad, con el objeto de regularla e incluso de conformarla, para volver, de nuevo, a ella en el proceso de aplicación de la norma previamente promulgada». En el Derecho Administrativo la captación del hecho, de la realidad, tiene una importancia especial. La correcta fijación de los hechos sirve tanto a garantía de los derechos de los interesados, como a la debida consecución de los intereses públicos que exige, igualmente, que a toda decisión administrativa preceda la constatación de la realidad a la que el Derecho condiciona su validez. La fijación de los datos, en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución, resulta fundamental en el ejercicio de toda potestad administrativa.

Después del análisis de la prueba en su dimensión o vertiente procesal, se aborda la posible sustantividad de la misma en el procedimiento administrativo. En el análisis comparativo de las notas que definen los procesos judiciales y los procedimientos administrativos, con incidencia sobre la prueba, se analiza: la diferente composición subjetiva; el contraste entre los principios dispositivo y de oficialidad; la diferente estructura con la repercusión en el principio de contradicción, y el fin del proceso y del procedimiento administrativo. Nos interesa destacar de este examen los puntos segundo y cuarto. A diferencia del proceso civil, que descansa en los principios de aportación de parte y dispositivo en cuya virtud, y con carácter general, el Juez se pronuncia exclusivamente sobre los hechos aportados por las partes y con las pruebas que ellos le ofrecen, el procedimiento administrativo se rige por el principio de oficialidad consagrado en los artículos 74 y 78.1 de la LRJ-PAC. En cuanto al fin del proceso y del procedimiento administrativo, igualmente, las diferencias son notables. El primero se dirige a la adopción de la resolución justa en derecho que ponga fin a una contienda entre las partes; el segundo, a aquella decisión que, siendo conforme al ordenamiento jurídico, mejor satisfaga los intereses generales. Concluye la autora defendiendo la existencia en el procedimiento administrativo de una prueba con caracteres propios y la necesidad de un régimen jurídico singular para la misma.

La Parte II de la obra está dedicada al estudio del Derecho histórico sobre la prueba en el procedimiento administrativo, con el análisis de tres grandes etapas: la constituida por las disposiciones anteriores a la promulgación de la Ley de bases de 19 de octubre de 1889, primera norma general del procedimiento administrativo de nuestra historia; en segundo término, el análisis de esta disposición y de las que, en cumplimiento de sus bases, dictan normas generales de procedimiento administrativo para los distintos Ministerios o bien disciplinan el modo de actuar de la Administración Pública en ámbitos concretos de su actividad; en tercer lugar, la constituida por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

La Parte III, que constituye el núcleo central de la obra, está dividida en seis capítulos. En el Capítulo I, dedicado al objeto de la prueba, se reseñan dos de los grandes principios vertebradores de la actividad administrativa y del procedimiento administrativo: los de legalidad y oficialidad, respectivamente. Como señala CONCEPCIÓN BARREIRO: «El principio hoy de rango constitucional de legalidad o de sumisión de la Administración al derecho tiene, entre otras muchas consecuencias, el que toda Resolución administrativa deba encontrar adecuado sustento en el presupuesto de hecho expresamente contemplado por la norma, de tal manera que si éste no queda suficientemente acreditado, la Administración carecerá sencillamente de legitimación para actuar. La interpretación, pues, del contenido del artículo 80.1 de la LRJ-PAG, en conexión con este principio, lleva a la conclusión de que los hechos relevantes, a los que se refiere el precepto, son todos los que conforman el presupuesto de hecho de la correspondiente Resolución». No menos importante se presenta el principio de oficialidad. Este principio, traducción, a juicio de LÓPEZ MENUDO, del principio constitucional de tutela del interés público consagrado en el artículo 103 de la Constitución, conduce a este mismo resultado. Siguiendo la exposición: «En efecto, el órgano que instruye el procedimiento ha de realizar, según dispone expresamente el artículo 78.1 de la Ley, «los actos de instrucción necesaria para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución,

sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámite legal o reglamentariamente establecido» (...) En definitiva, el artículo 78.1 de la LRJ-PA impone a la Administración, como el propio Tribunal Supremo se ocupa de resaltar, la obligación de realizar una actividad probatoria para el pleno acreditamiento del presupuesto fáctico que invoque, a fin de que todas sus resoluciones descanse en unas realidades de hecho, en un sustrato material —que es al que alcanza el beneficio probatorio— del que se pueda extraer una sólida convicción administrativa y, en su caso, la jurisdiccional, a través de las reglas de la sana crítica». Concluye la autora señalando que «la prueba en el procedimiento administrativo alcanza el conjunto de hechos en los que se asienta la Resolución, con lo que, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos civiles y, por asimilación a ellos, en lo contencioso-administrativo, no queda circunscrita a los datos fácticos controvertidos». Bajo estas premisas, con una profusión de jurisprudencia tanto de la Sala Primera y Tercera del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, se van desgranando las peculiaridades existentes en los diferentes medios y mecanismos de prueba: los hechos excluidos de prueba; la prueba de la costumbre, del Derecho extranjero; la prueba de determinadas normas propias del Derecho Administrativo.

El Capítulo II, relativo a la carga de la prueba, después de un profundo estudio de los conceptos de carga subjetiva o formal y carga objetiva o material, haciendo un repaso de la cuestión antes de la reforma de la LEC con el estudio del artículo 1.214 del Código Civil y después con los artículos 217 y 429 de la LEC, aborda el tema desde la óptica del procedimiento administrativo. Nuevamente, la particular estructura subjetiva de este procedimiento, donde la Administración se presenta en una posición radicalmente distinta de la del juez civil, ya que el órgano decisor no asume la posición de tercero imparcial llamado a resolver un asunto que afecta a dos partes enfrentadas sobre las que han de repercutir las consecuencias de la prueba practicada o no practicada, y la singular proyección del interés público sobre la carga de la prueba, hacen que en esta materia no pueda procederse a un traslado automático de las normas y conceptos elaborados en los procedimientos civiles. No obstante, ni siquiera en los procedimientos administrativos existen reglas válidas y uniformes para todos, por lo que la autora diferencia entre los procedimientos incoados a instancia de parte, los incoados de oficio y, por último, los procedimientos sancionadores. En los primeros, deben diferenciarse entre la carga de la prueba que pesa sobre el interesado en el procedimiento y la que grava al órgano administrativo que lo instruye. Al solicitante corresponde, básicamente, la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión; sobre la Administración pesa la carga de demostrar, en su caso, la concurrencia de las circunstancias impeditivas o extintivas del derecho alegado. Pero no se puede olvidar la obligación que impone el artículo 78 de la LRJ-PAC, en el sentido de realizar de oficio «los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución». La autora considera que la Administración tiene el deber de aportar prueba en los siguientes casos: 1) Cuando la prueba obre en poder de la Administración. 2) Cuando la Administración se encuentre en mejores condiciones de probar que el interesado. 3) Cuando el objeto del procedimiento trascienda al interés del peticionario. En los incoados de oficio, la imposición a la Administración de la carga de la prueba deriva con toda claridad del repetido artículo 78 de la LRJ-PAC, sin perjuicio

del derecho que asiste a los interesados de la demostración de la inexistencia de los hechos que alega la Administración o la concurrencia de otros que enerven el efecto que se pretende. En los procedimientos sancionadores debe destacarse, como básico, su sujeción a los principios constitucionales que rigen el *ius puniendi* del Estado.

El Capítulo III, titulado: «Cuándo ha de probarse: función probatoria y trámite de prueba; una distinción de efectos fundamentales»; parte de que la función de verificación de los hechos en que consiste la prueba puede desarrollarse ampliamente a lo largo de toda la tramitación procedimental. Pueden realizarla los interesados al presentar sus propias solicitudes ante la Administración, al aducir alegaciones o al ejercer el derecho de audiencia que la Ley les reconoce; de la misma forma en que puede desplegarla la Administración a través de, entre otros instrumentos, la posibilidad de introducir informes. Conviene destacar en este punto el artículo 79 de la LRJ-PAC, que confiere a los administrados dos derechos diferentes: alegaciones en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia y aportar, en ese mismo período temporal, documentos u otros elementos de juicio. Especial interés presenta el estudio de la información pública y el trámite de audiencia, recogido este último en el artículo 84 de la LRJ-PAC, que no es, siguiendo a la jurisprudencia, una mera solemnidad, sino una medida práctica al servicio de posibilitar, a los afectados en expediente, el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho. La misma jurisprudencia afirma que su falta determina «la conculcación del principio de interdicción de indefensión» y se vulnera «lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución».

En el Capítulo IV se examinan los medios de prueba. Se parte, en este punto, de la flexibilidad del Derecho Administrativo en esta materia. El artículo 80.1 de la LRJ-PAC establece que «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho». Después de examinar el alcance de la expresión «admisibles en derecho», entendiéndose que la prueba ilícita posee un significado más amplio que el que es característico en ámbito procesal, se llega a la conclusión de que el requisito de la admisibilidad de la prueba no significa más que la exigencia de que la prueba que se emplee en cualquier procedimiento administrativo sea una prueba permitida o, mejor dicho, que no venga prohibida por norma o disposición alguna. Se estudia, igualmente, el problema relativo a la valoración de la prueba —modelo libre valoración o de prueba tasada—. La autora considera que, al igual que en el Derecho Procesal Civil, en el procedimiento administrativo rige el principio de la libre valoración de la prueba por el órgano decisor sin perjuicio de la existencia de numerosas excepciones a la regla general.

En el Capítulo V se estudian los diferentes medios de prueba y su valoración, siguiendo la diferenciación entre medios de prueba de carácter personal: el interrogatorio de las partes, la prueba testifical y la prueba pericial; y los de carácter real: la prueba documental, la prueba mediante soportes físicos de la imagen y el sonido y soportes informáticos y la prueba de reconocimiento por la Administración. El estudio relativo a los medios de prueba culmina con las presunciones.

La monografía termina con un capítulo dedicado a la posición del proceso contencioso-administrativo en relación con la prueba del procedimiento administrativo, es decir, examina el valor que ha de conferirse al expediente administrativo en esta clase de procesos y en particular a las pruebas practi-

cadass en el procedimientu administrativu. Se parte de la normativa existente hasta la LJCA actual, para llegar a la conclusión que el mantenimiento, en lo sustancial, del régimen de la Ley de 1956, lleva a modificar, en poco, las interpretaciones que ha venido haciendo la jurisprudencia sobre esta materia, de la que se deduce que existen muchos supuestos en los que el expediente administrativo basta al Tribunal para instruirse de la realidad de los hechos en cuya aplicación ha de resolver, como otros muchos en los que el expediente se convierte en un medio de prueba más que se añade a las que se hubieran practicado en el proceso. Mayores dificultades presenta el valor procesal de lo probado en vía administrativa. Frente al silencio de la LJCA, la jurisprudencia es clara al afirmar que la valoración de la prueba en el proceso contencioso-administrativo «se rige por los mismos principios que la regulan en el proceso civil», por lo que no se puede olvidar que la base de la convicción del juzgador para dictar sentencia descansa «en la valoración conjunta y ponderada de la prueba practicada». La remisión a la LEC hace a la autora tomar en consideración y examinar el artículo 319.2 de la misma y, por remisión, los números 5.º y 6.º del artículo 317. En cuanto a la presunción de legalidad del acto administrativo se aclara, siguiendo a la jurisprudencia, que lo que la presunción significa es la carga del particular de impugnar el acto para evitar su firmeza, pero no ampara la falta de prueba del presupuesto de hecho cuando la carga corresponda a la Administración.

La obra reseñada constituye una referencia básica en una materia que ha sido, como en tantas otras ocasiones, olvidada por el legislador. A partir de ahora, a buen seguro, cualquier modificación legislativa que se emprenda la tendrá en consideración.

LUIS DELGADO JUEGA  
Registrador de la Propiedad

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (Coordinador): *Comentarios a la Legislación concursal*, Ed. Dykinson.

En el momento de escribirse estas líneas está próxima a su finalización la VII Legislatura de la democracia en España. El trabajo legislativo que se ha realizado en ella es abrumador. Basta con comprobar que son 62 las leyes aprobadas en el último año 2003. Muchas de ellas tienen enorme trascendencia social, como la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de Prevención y Bloqueo de la financiación del terrorismo; la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; o la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que ha modificado numerosos artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otras leyes recientes, quizá más específicas, son igualmente de gran importancia. A mi juicio deben destacarse: la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública; Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre movimientos de capitales; Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía de Bienes de Consumo; Ley 26/2003, de 17 de julio, de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de sociedades cotizadas; Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, entre otras muchas.

Todo ello demuestra la labor callada pero incansable de quiénes son los artífices de los proyectos de ley, finalmente convertidos en normas de carácter general. Entre ellos se encuentra el equipo del Secretario de Estado de Justicia, RAFAEL CATALÁ POLO, cuyo jefe de gabinete ha sido estos años ALBERTO PALOMAR OLMEDA, Magistrado. Es cierto que han sido la tortura de los opositores a Registradores de la Propiedad y Mercantiles, dado que ha ocurrido la reforma en pleno desarrollo de la oposición, cuyo tribunal me honro en presidir. Pero, a salvo esos efectos colaterales, no cabe duda han impulsado una reforma muy importante de los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico, tan importante para el desarrollo económico y social.

Si hacemos un esfuerzo por ver el bosque más allá de los árboles, debemos afirmar que entre estas reformas legislativas hay una que destaca sobre las demás: la reforma de la legislación concursal llevada a cabo por Ley Orgánica 8/2003 y Ley 22/2003, de 10 de julio.

Basta con comprobar la antigüedad y dispersión que tenían en España las normas reguladoras del concurso, suspensión de pagos y quiebras, y su carácter obsoleto e insatisfactorio para la Resolución de los problemas de crisis de las empresas españolas, para apreciar la importancia de la reforma. Desde el punto de vista empresarial y económico, es esencial la existencia de un adecuado marco normativo que permita mantener la continuidad de las empresas en situaciones de insolvencia y que garantice un adecuado equilibrio de los intereses de los acreedores en caso de que finalmente la empresa no sea viable.

En este sentido, ALBERTO PALOMAR OLMEDA y el propio Secretario de Estado, son dos de los baluartes más importantes de que esta ley haya sido finalmente promulgada, aunando los muy divergentes intereses en juego: los de las empresas, Sindicatos, Administración Pública, Seguridad Social, entidades financieras y acreedores hipotecarios en general. Una ley por la que nadie apostaba, goza ahora de gran credibilidad pese a las críticas puntuales que puedan hacerse. No conozco una sola ley que haya nacido con los aplausos unánimes del graderío, pero al menos con relación a ésta, la doctrina coincide en su oportunidad. España era de los países occidentales industrializados el que tenía una legislación concursal más desactualizada.

Pero ALBERTO PALOMAR OLMEDA tiene también una conocida trayectoria científica. Además de Magistrado y Profesor de Derecho Administrativo, es un autor prolífico, siendo conocidas de todos sus principales obras en materia de Derecho del Deporte y Derecho Administrativo. Su capacidad de trabajo le llevó incluso a asumir la dirección de la Revista de Deporte de Aranzadi. Por eso no nos debe extrañar que haya llevado a cabo la coordinación de una magna obra dedicada a comentar la reforma de la legislación concursal, que él tan cerca ha vivido.

Los «Comentarios a la legislación concursal» se inician con un prólogo del Secretario de Estado de Justicia, RAFAEL CATALÁ POLO, que destaca como el sistema normativo de insolvencias de un país es uno de los elementos considerados esenciales por los actores económicos y factor determinante de la inversión, tanto nacional como extranjera.

A continuación la obra se inicia con un capítulo primero, a modo introductorio, donde justifican su posición favorable a la ley los representantes de los grupos políticos, sociales y económicos que intervinieron en su redacción. Es esta parte la prueba definitiva de lo que afirmábamos antes: el éxito increíble que significó poner en conjunción posiciones inicialmente tan divergentes.

En la situación anterior, el hecho de que proliferaran los créditos privilegiados, la posibilidad de ejecución aislada de los créditos salariales e hipotecarios, y la participación casi en exclusiva en el convenio de los créditos vinculados, hacía que el principio *par conditio creditorum* fuera más una entelequia que una realidad. Los representantes de los grupos que podríamos llamar «de presión» coinciden en alabar la ley por el hecho de que frente a esa situación anterior, la nueva norma logra restablecer el principio de proporcionalidad en el cobro y la satisfacción colectiva de los intereses de los acreedores sin merma de la búsqueda como objetivo anterior y prioritario de la continuidad de la empresa.

A continuación el libro contiene un muy interesante estudio preliminar sobre las normas que regulan la actividad económica y del papel que entre ellas juega la ley concursal. En ella se sostiene acertadamente que la actividad del Estado, más que hacerse compatible con el mercado, es cabalmente necesaria para que exista el mercado. Así propiedad y libertad de empresa, de un lado, y defensa de la competencia y de la competencia leal de otro, resultante elementos complementarios integrados en una misma unidad armónica. Factores fundamentales en la determinación del marco legal de ese mercado, además de la normativa de la Unión Europea, es la legislación concursal, y dentro de ella es fundamental para el mercado la postura que adopte en orden al reflotamiento de las empresas en crisis.

Finalmente la obra se adentra en el análisis pormenorizado de la ley concursal, tanto de la Ley Orgánica como de la Ley ordinaria, artículo por artículo. Los autores que intervienen en este análisis son, además del propio coordinador de esta obra colectiva, ALBERTO PALOMAR OLMEDA, los siguientes magistrados: PILAR ASTRAY CHACÓN, LUIS CASERO LINARES, RICARDO CONDE DÍEZ —al cual no puedo sino dedicar una referencia especial, dada mi amistad con él iniciada en un anterior tribunal de oposiciones a Registros, consolidada después, dada nuestra trayectoria personal paralela de dedicación al Ministerio de Justicia, y afirmada por su inmejorable calidad humana y científica—, CESÁREO DURO VENTURA, JAIME MALDONADO RAMOS, JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA y ANTONIO ZAFRA JIMÉNEZ. Los otros colaboradores son ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ, Profesor titular interino de Derecho Administrativo; PILAR LÓPEZ MOLINA, Administradora Civil del Estado; así como HERMINIO LOSADA GONZÁLEZ e IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ, ambos Letrados del Tribunal Constitucional.

El libro, que tiene 1.589 páginas, editado por Dykinson, incluye un completo y práctico anexo de disposiciones de la Unión Europea en materia concursal.

En fin, se trata de una obra no de consulta, sino de estudio imprescindible para cualquier jurista. Pues ser un buen jurisconsulto exige distinguir lo justo de lo injusto, pero hoy en día esto no es tan fácil: exige previamente mantenerse al día en el estudio e interpretación de las normas vigentes. El llamado legislador, con cierto desdén, nos ha dado, en este caso, hasta el día 1 de septiembre de 2004 para estudiar la reforma concursal; a la vuelta de la esquina.

ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL: *Tres lecciones de Teoría del Derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2001, 115 págs.

MANUEL ATIENZA parte de que una sociedad con mayor desarrollo jurídico no implica un pueblo mejor ordenado o más justo. Asimismo, entiende que no se puede partir de la premisa *ubi societas ibi ius*. De hecho, afirma que no existe un consenso sobre qué haya que entender como Derecho, y que la concepción de los marxistas será totalmente distinta de la de un antropólogo. En realidad, «la cuestión de cuando empieza a haber Derecho no es ni mucho menos pacífica, aunque, en general, puede decirse que los antropólogos tienden a sostener conceptos más amplios de Derecho de lo que es frecuente encontrar entre los juristas» (pág. 22). Para solventar esta problemática, ATIENZA propone averiguar cuáles son los rasgos sobresalientes que caracterizan al Derecho y comprobar hasta qué punto esos elementos están presentes en todos los demás tipos de sociedad. Al hacer un análisis del Derecho español distingue normas de conducta que establecen prohibiciones, obligaciones o permisos. Pero en la religión, moral o costumbre también encontramos esta distinción. Por ello, concluye que lo que realmente distingue al Derecho es la existencia de órganos públicos y de autoridades de varios tipos, ya sean autoridades legislativas, administrativas, judiciales o de policía. A continuación analiza la sociedad en la que viven los esquimales, que son los pueblos más primitivos, y observa que no existe ninguna autoridad constituida de forma permanente, aunque sí se plantean conflictos o disputas entre sus miembros. Después de llevar a cabo una descripción de ese sistema social concluye que «la sociedad esquimal es una sociedad anarquista, sin autoridades permanentes, tribunales, policía o normas escritas», y que más que un orden jurídico, existe un orden social basado en normas, o más bien costumbres, de carácter moral o religioso (pág. 27). Dentro de las normas morales distingue MANUEL ATIENZA la moral social o positiva, que tiene una sanción externa, pero sin poder recurrir a la fuerza física, como puede darse en el supuesto de repulsa social o pérdida de prestigio, y la moral crítica o subjetiva, que ejerce una sanción interna como pueda ser el remordimiento de conciencia o el sentimiento de pesar (pág. 86). En otras sociedades, como la de los *cheyennes*, describe ATIENZA que existe un Derecho rudimentario o primitivo, ya que sus instituciones no están tan formadas como en las sociedades contemporáneas avanzadas. Sin embargo, la investigación de ATIENZA no llega a adquirir los altos vuelos antropológico-jurídicos de un NORBERT ROULAND, Catedrático de la Univesidad de Provenza y máxima autoridad en la materia, y apenas vislumbra otra cosa que planteamientos generalistas.

Este análisis previo lleva a la afirmación de que «la juridicidad es algo graduable y de que cabría hablar de algo así como de una escala de juridicidad de las sociedades» (pág. 28). En consecuencia, también se podría hacer una clasificación de las sociedades, según las instituciones que posean. E incluso se podría afirmar que las sociedades que tengan equivalente grado de juridicidad compartirán un núcleo significativo de características sociales, económicas y culturales (pág. 29). En una palabra, afirma ATIENZA, que el Derecho existe porque existe el conflicto (pág. 30).

El concepto de Derecho que cada individuo tenga depende de un gran número de factores: la posición social, la ideología, la profesión, etc. En consecuencia, el carácter práctico y valorativo del Derecho es determinante para definir qué haya que entender por Derecho. Un error frecuente al definir

Derecho es el de olvidarse que es una palabra que no tiene un único concepto, sino que denota fenómenos sumamente heterogéneos. Además, para aclarar el concepto de Derecho hay que relacionarlo con otros como «norma», «moral» y «poder» (pág. 71).

Aunque el Derecho consiste fundamentalmente en normas, también encontramos instituciones como los parlamentos, los juzgados, los legisladores, los jueces, etc., que hacen posible el buen funcionamiento de la sociedad (págs. 73-74).

MANUEL ATIENZA es un afamado Catedrático de Filosofía del Derecho ubicado en la Universidad de Alicante. Allí dirige la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, desde la que fomenta encendidos debates científicos (esperemos que no arda el papel con tanta polémica; la buena calidad del mismo lo asegura con tanta más firmeza que el rigor y el tono de algunas de las colaboraciones) y se hace eco de la producción iusfilosófica española, europea y latinoamericana. ATIENZA brilla con luz propia en la iusfilosofía española, la tercera más considerada del mundo (tras Alemania y Gran Bretaña; en Italia asistimos a su crisis desde hace años, y en Francia no existe la Filosofía del Derecho ni como área de conocimiento en Derecho ni como asignatura, salvo en excepcionales lugares y siempre con un carácter opcional y con una asignación horaria inferior a las veinticinco horas semanales). En su haber ATIENZA cuenta con publicaciones como *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (1996), *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (1997), o *Contribución a una teoría de la legislación* (1997), así como la obra más elemental: *100 preguntas sobre conceptos básicos del Derecho* (1996). El libro, cuyo comentario ahora concluimos, se caracteriza, como buena parte de su producción jurídica, por ser una obra sencilla y que explica con claridad meridiana conceptos tan complejos como son lo que deba entenderse por Derecho o por norma. Los alumnos de Derecho de Alicante estarán agradecidos de poder contar con esta utilísima síntesis, en línea con los *Précis* franceses.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 206 (Diciembre 2003)

«Las valoraciones en la Ley 10/2003, de Medidas Urgentes de Liberalización en el sector inmobiliario y transportes», por FEDERICO GARCÍA ERVITI, pág. 11 (sin sumario).

«La quiebra del principio de igualdad básica constitucional en la regulación del suelo urbano», por PEDRO MIGUEL FUENTES MARTÍN, pág. 31.

**SUMARIO:** I. EL CONTENIDO URBANÍSTICO SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN PRIVADA COMO INTEGRANTE DE LAS CONDICIONES BÁSICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA.—II. EL CONTENIDO URBANÍSTICO SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN PRIVADA EN EL SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA URBANIZACIÓN.—III. EL SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA URBANIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTONÓMICAS.—IV. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA FIJAR LOS PRESUPUESTOS DEFINITIVOS DEL SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA URBANIZACIÓN.—V. LOS ESTATUTOS JURÍDICOS BÁSICOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANO EN LAS STC 61/1997, 164/2001 Y 54/2002.—VI. DOCTRINA DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS 7.º, 13.º, 19.º Y 20.º DE LA STC 164/2001.—VII. CONCLUSIONES.

«La gestión urbanística en el Principado de Asturias», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 49.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA GESTIÓN URBANÍSTICA ASTURIANA EN EL CONTEXTO JURÍDICO ESPAÑOL: A) LA GESTIÓN URBANÍSTICA EN EL MARCO DEL DERECHO ESPAÑOL: LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS. B) LAS CARACTERÍSTICAS DEFINIDORAS DEL MODELO ASTURIANO DE GESTIÓN URBANÍSTICA: 1. *Los actores en la gestión urbanística en el Principado de Asturias: administraciones, propietarios y particulares.* 2. *El procedimiento de la gestión urbanística: la forma y el tiempo.*—III. LOS INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS Y LOS SISTEMAS DE ACTUACIÓN EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA ASTURIANA: A) LOS INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA EN ASTURIAS: 1. *Las actuaciones sistemáticas y asistemáticas.* 2. *Los proyectos de actuación, de urbanización y de obras.* B) LOS SISTEMAS DE ACTUACIÓN: INNOVACIÓN Y TRADICIÓN DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA ASTURIANA: 1. *El sistema de actuación en suelo urbanizable prioritario: el agente urbanizador público y privado.* 2. *Los*

*sistemas tradicionales de actuación en suelo urbanizable no prioritario y en suelo urbano no consolidado. 3. El sistema de actuaciones concertadas.—* IV. CUESTIONES TRANSVERSALES DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA EN EL DERECHO ASTURIANO: A) LA REPARCELACIÓN URBANÍSTICA PARA LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE DERECHOS Y CARGAS. B) LA OBTENCIÓN DE TERRENOS PARA SISTEMAS GENERALES Y DOTACIONES DE CARÁCTER LOCAL. C) LOS DEBERES DE EDIFICACIÓN DE SOLARES Y DE REHABILITACIÓN DE EDIFICIOS. D) LOS CONVENIOS EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA: NATURALEZA DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS Y RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. *La naturaleza de los convenios en materia de gestión urbanística: los convenios urbanísticos.* 2. *La contratación pública en la gestión urbanística y las obligaciones del Derecho Comunitario Europeo.*—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

«El sistema de compensación en la nueva Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», por JOSÉ ZAMORANO WISNES, pág. 105 (sin sumario).

«Influencia del Derecho Comunitario Europeo sobre el Derecho Urbanístico de los Estados miembros. ¿Una competencia de la Unión Europea en materia de Ordenación del Territorio?», por ULRICH BATTIS, pág. 135 (sin sumario).

«Los señores del suelo. A propósito de un comentario de GONZÁLEZ-BERENGUER», por PABLO GIGOSOS y MANUEL SARAIVA, pág. 147 (sin sumario).

## **REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS**

Número 122 (Octubre-Diciembre 2003)

«En los orígenes de la España contemporánea: 1836-1839. El nacimiento de los partidos políticos y de la idea de progreso», por JOSÉ MANUEL CUENCA TORIBIO, pág. 7 (sin sumario).

«Política de Universidad: escenarios futuros», por JESÚS M. DE MIGUEL, pág. 33.

**SUMARIO: RESUMEN.—UNA ORGANIZACIÓN COMPLEJA.—LOS CINCO OBJETIVOS.—RECURSOS LIMITADOS.—GOBIERNO COMPARTIDO.—DIFICULTAD DE EVALUAR RESULTADOS.**

«El democratismo, ¿vía hacia el progreso o a la decadencia?», por PEDRO FRANCISCO GAGO GUERRERO, pág. 73.

**SUMARIO: EL PERFIL POLÍTICO DE LA DEMOCRACIA.—LA HISTORIA Y LA FUNCIÓN TÉCNICA DE LA DEMOCRACIA.—EL AFIANZAMIENTO DEL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO.—LA NECESARIA CORRECCIÓN DE LOS DESEQUILIBRIOS PARA EL DESARROLLO DEMOCRÁTICO.—¿SON LOS VALORES FUNDAMENTALES LOS QUE RECLAMAN LA DEMOCRACIA O ELLA LOS EXIGE?—EL DEMOCRATISMO.—EL DEMO-**

CRATISMO Y EL ESTATISMO.—LAS EXIGENCIAS DE LAS IDEOLOGÍAS DEL PROGRESO.—LA CAUSA PRINCIPAL DEL DESARROLLO DEMOCRÁTICO.—EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD EN LA DEMOCRACIA.—LA DEGRADACIÓN DEMOCRÁTICA.—¿ES POSIBLE DETENER LA DEGRADACIÓN?

«La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por LO 6/2002, de Partidos Políticos. Comentario a las SSTs, de 3 de mayo, y a la STC 85/2003, de 8 de mayo», por OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ, pág. 709.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: CRÓNICA DE UNOS «EFECTOS» ANUNCIADOS.—2. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL RECURSO CONTRA LA PROCLAMACIÓN DE CANDIDATOS: 2.1. LA NATURALEZA DEL RECURSO DEL ARTÍCULO 49 LOREG. 2.2. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL. 2.3. LA COMPLEJA SALVAGUARDA DE LAS GARANTÍAS PROCESALES. 2.4. LA AFECTACIÓN DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO: 3.1. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO Y LOS LÍMITES DE SU CONFIGURACIÓN LEGAL. 3.2. LA CONTINUIDAD DE LOS PARTIDOS LEGALIZADOS: PRUEBAS INDICIARIAS E INELEGIBILIDAD PARCIAL. 3.3. LA DESNATURALIZACIÓN DE LAS AGRUPACIONES DE ELECTORES. 3.4. ¿UN SISTEMA DE «DEMOCRACIA MILITANTE»?—4. CONCLUSIONES.

«La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o *efecto desaliento*», por TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ, pág. 141.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y EXPOSICIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA STC 136/1999: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL POR DESPROPORCIÓN DE LA PENA. EL ARGUMENTO DEL DESALIENTO EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. BASES PARA UNA TEORÍA SOBRE EL DESALIENTO EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. UNA REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN.

«¿Aprobaron los vascos la Constitución?», por PEDRO FERNÁNDEZ BARBADILLO y CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 167.

**SUMARIO:** I. EL PNV ES PRIMERO, PERO EL NACIONALISMO PIERDE.—II. LA PRIMERA CONSTITUCIÓN QUE INTEGRÓ LA FORALIDAD.—III. LA DECISIÓN DEL PARTIDO.—IV. LOS DATOS Y LAS INTERPRETACIONES.—V. LA MANIPULACIÓN, VEINTICINCO AÑOS DESPUÉS.—VI. CONCLUSIÓN.

«El modelo liberal español», por ÁNGELES LARIO, pág. 179.

*SUMARIO:* HISTORIA Y CONSTITUCIÓN.—EL PROCESO REVOLUCIONARIO LIBERAL. SEPARACIÓN ESTRICTA DE PODERES.—DE LA REVOLUCIÓN A LA ESTABILIZACIÓN. EL CAMINO HACIA LA PARLAMENTACIÓN.—LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL MODELO EN ESPAÑA.

«Un modelo diferente de democracia: La democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. COHEN y J. HABERMAS», por CARMEN SANCHO, pág. 201.

*SUMARIO:* INTRODUCCIÓN.—I. ¿QUÉ ES LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA?—II. EL MODELO DE JOSHUA COHEN: DELIBERACIÓN, RAZONAMIENTO PÚBLICO Y PARTICIPACIÓN DIRECTA.—III. EL MODELO DE JÜRGEN HABERMAS: UNA DELIBERACIÓN DE DOBLE VÍA.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«Democracia y sociedad del riesgo. Deliberación, complejidad, incertidumbre», por MANUEL ARIAS MALDONADO, pág. 233.

*SUMARIO:* 1. MODERNIDAD, SOCIEDAD DEL RIESGO Y DEMOCRACIA.—2. EL MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA.—3. RIESGO Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA.—4. LA FORMA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.—BIBLIOGRAFÍA.

«Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional», por JOSÉ LUIS PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, pág. 269.

*SUMARIO:* 1. HISTORIA COMPARADA BÁSICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y DE LOS DERECHOS DE CARÁCTER SOCIAL.—2. PRECISIONES CONSTITUCIONALES EN TORNO A LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.—3. CLASIFICACIÓN Y DESARROLLO LEGISLATIVO DE LAS NORMAS DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN.—4. CONCLUSIONES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES Y JURÍDICO-POLÍTICAS SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL EN LA REALIDAD CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA ACTUAL.

«Políticas de la naturaleza en la sociedad del conocimiento», por DANIEL INNERARITY, pág. 317.

*SUMARIO:* 1. EXPERIMENTAR CON NOSOTROS MISMOS.—2. PLURALIZACIÓN E INDETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA.—3. LA BÚSQUEDA COLECTIVA DE LA CERTEZA.—BIBLIOGRAFÍA.

**REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN**

Número 1 (Septiembre 2003)

«Reflexiones sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos», por ERNESTO PEDRAZ PENALVA, pág. 13.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. INSTRUMENTOS LEGALES DE REFORMA DE LA LECRIM Y DE LA LOPJ.—2. OBJETIVOS DE LA REFORMA PARCIAL DE LA LECRIM.—3. LA ACELERACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL COMO OBJETIVO DE LA LEY 38/2002.—4. ÁMBITO DELICTIVO DE LA LEY 38/2002.—5. ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS.—6. DILUCIÓN DEL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL.—7. RECONCEPTUACIÓN DEL PAPEL DE LA POLICÍA Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS EN EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO: 7.1. CONSECUENCIAS DE LA REUBICACIÓN FUNCIONAL DE LA POLICÍA: 7.1.1. *Obligatoriedad del enjuiciamiento rápido*: 7.1.1.a) El atestado como condición necesaria pero no suficiente para la incoación de diligencias urgentes. 7.1.1.b) Iniciación del atestado por denuncia ante la policía. 7.1.1.c) Denuncia presentada ante el juzgado o fiscalía. 7.1.1.d) Transformación de las diligencias previas en urgentes. 7.1.2. *Hacia la supresión de la querrela*. 7.1.3. *Incremento del tiempo de detención policial*. 7.1.4. *¿Prueba preconstituida policial?* 7.2. LA FASE INSTRUCTORA EN EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO: DILIGENCIAS URGENTES.—8. LA ANTICIPACIÓN DE LA PRUEBA EN EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO.—9. EL DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY EN LA NUEVA REGULACIÓN PARCIAL DE LA LECRIM.—INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA.

«El consentimiento informado en la Ley de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud», por JOSÉ GUERRERO ZAPLANA, pág. 91.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. IMPORTANCIA Y FUNDAMENTO.—3. LA RELACIÓN ENTRE LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO.—4. ELEMENTOS: 4.1. SUJETO OBLIGADO A FACILITAR LA INFORMACIÓN. 4.2. SUJETO RECEPTOR DE LA INFORMACIÓN: 4.2.1. *Los incapaces*. 4.2.2. *El menor de edad*. 4.3. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN: 4.3.1. *Actos médicos sobre los que se debe informar*. 4.3.2. *Objeto de la información*. 4.3.3. *La información en tratamientos experimentales*. 4.3.4. *La limitación a la información por la voluntad del paciente*. 4.3.5. *La información en el tiempo*. 4.4. EXIGENCIAS FORMALES: 4.4.1. *La información verbal o escrita*. 4.4.2. *Renuncia del paciente a la información escrita*. 4.4.3. *El formulario del consentimiento*.—5. EXCEPCIONES A LA EXIGENCIA DE INFORMACIÓN: 5.1. SUPUESTOS GENERALES. 5.2. EL ESTADO DE NECESIDAD TERAPÉUTICA.—BIBLIOGRAFÍA.

«El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales», por FAUSTINO CORDÓN MORENO, pág. 141.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.—III. LOS INSTRUMENTOS PROCESALES.

«Modernización del Gobierno Local y Gobernanza Europea», por ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO, pág. 171.

**SUMARIO:** I. SOBRE LA MODERNIZACIÓN Y EL IMPERATIVO DE LA EVALUACIÓN INSTITUCIONAL REQUERIDO POR LA GOBERNANZA ESPAÑOLA Y EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.—II. LA VALORACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN EL LIBRO BLANCO SOBRE LA GOBERNANZA EUROPEA POR EL COMITÉ DE LAS REGIONES, POR EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL Y POR EL PARLAMENTO EUROPEO: 1. LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN EL DICTAMEN DEL COMITÉ DE LAS REGIONES DE LA UNIÓN SOBRE EL LIBRO BLANCO DE LA GOBERNANZA EUROPEA: a) *Observaciones metodológicas en las relaciones institucionales: la integración de la dimensión territorial con la incorporación a la práctica de los procedimientos públicos de los principios de colaboración, cooperación, subsidiariedad, proximidad y proporcionalidad*; b) *La integración de los entes locales y regionales en los procedimientos institucionales comunitarios de decisión, como forma de «participación de los entes locales y regionales en la gobernanza europea»*; c) *La valoración de la legitimidad democrática de los representantes elegidos democráticamente y, por ello, de las instituciones y de los procedimientos legislativos*; d) *La valoración de las estructuras asociativas locales*; e) *El resultado de una nueva cultura política y administrativa vertebrada por un procedimiento institucional comunitario participado y corresponsabilizado por los Entes Locales, articulados mediante fórmulas de «cooperación horizontal»*. 2. LA VALORACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL POR EL DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA UNIÓN EN EL LIBRO BLANCO SOBRE LA GOBERNANZA EUROPEA. 3. LA VALORACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL POR EL DICTAMEN DEL PARLAMENTO EUROPEO EN EL LIBRO BLANCO SOBRE LA GOBERNANZA EUROPEA. 4. DEL LIBRO BLANCO SOBRE LA GOBERNANZA EN EUROPA AL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA.—III. COHERENCIA E INCOHERENCIAS DE LA LEY DE MEDIDAS DE MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL CON LA GOBERNANZA Y EL CONSTITUYENTE EUROPEO.

«A vueltas con la caducidad en los procedimientos sancionadores (Comentario de urgencia a la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2003)», por JOAQUÍN MESEGUER YEBRA, pág. 213 (sin sumario).

«Evolución jurisprudencial del delito contra el medio ambiente», por ANTONIO VERCHER NOGUERA, pág. 223.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RECURSO AL DERECHO PENAL PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.—III. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA.—IV. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE: IV.1. LA PROVOCACIÓN O REALIZACIÓN DE EMISIONES Y VERTIDOS COMO ÚNICAS CON-

DUCTAS PREVISTAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. IV.2. EL DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE COMO DELITO DE PELIGRO. IV.3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. IV.4. LA NORMA PENAL EN BLANCO. IV.5. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA POSIBLE INTERVENCIÓN DELICTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN TEMAS DE MEDIO AMBIENTE. IV.6. CONSIDERACIONES FINALES.—V. EL EFECTO DE LA JURISPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995: V.1. LAS DIFERENTES CONDUCTAS COMPRENDIDAS EN EL ARTÍCULO 325 DEL CÓDIGO PENAL. V.2. EL ARTÍCULO 325 COMO DELITO DE PELIGRO. V.3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. V.4. EL ARTÍCULO 325 COMO NORMA PENAL EN BLANCO. V.5. LA CAPACIDAD DELICTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.—VI. OTRAS RECIENTES APORTACIONES JURISPRUDENCIALES EN LA TEMÁTICA AMBIENTAL. LAS TOMAS DE MUESTRAS: VI.1. INCIDENCIA DEL ACTO CONTAMINADOR SOBRE UN ENTORNO AMBIENTAL COMPLETAMENTE DETERIORADO. V.2. LA FRUSTRADA NUEVA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* INTRODUCIDA EN LA MATERIA POR LA SENTENCIA 177/1999, DE 11 DE OCTUBRE. VI.3. RELACIÓN MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO. VI.4. ACTOS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL EN TEMAS DE MEDIO AMBIENTE. LAS TOMAS DE MUESTRAS. VI.5. COMISIÓN POR OMISIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. VI.6. RUIDOS.—CONSIDERACIONES FINALES.

## REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2003)

«El derecho de prenda en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía», por ÁNGEL CARRASCO y ANA CARRETERO, pág. 973.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN A LAS GARANTÍAS CATALANAS.—II. LA PRENDA: 1. REGLAS PREEXISTENTES INCORPORADAS POR LA LEGISLACIÓN CATALANA Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO. 2. USO Y CONSERVACIÓN DE LA COSA PIGNORADA. 3. OMISIONES EN LA REGULACIÓN CATALANA. 4. INNOVACIONES DE LA LDRG. 5. PRENDAS POSESORIAS Y NO POSESORIAS. 6. PRENDAS SOBRE VALORES NO ANOTADOS EN CUENTA. 7. PRENDAS SOBRE CRÉDITOS Y OTROS DERECHOS INCORPORABLES. 8. PRENDAS SOBRE VALORES ANOTADOS EN CUENTA. 9. LAS PRENDAS DE MÁXIMO. EXCURSO PREVIO A LA LEY CATALANA. 10. LA PRENDA DE MÁXIMO EN EL ARTÍCULO 13 LDRG. 11. PRENDAS SUCESIVAS. 12. INDIVISIBILIDAD DE LA PRENDA. 13. FUNGIBILIDAD Y UNIVERSALIDADES. 14. ANTECEDENTES SOBRE EL PACTO DE SUSTITUIBILIDAD. 15. ALGUNAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 16 LDRG. 16. LA ACREDITACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN. 17. SUSTITUCIÓN EN VALORES ANOTADOS EN CUENTA. 18. RECAPITULACIÓN. 19. SUBROGACIÓN REAL EN PRENDA DE CRÉDITOS. 20. LOS RASGOS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO DE REALIZACIÓN DE LA GARANTÍA. 21. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN. 22. *LOCUS REGIT ACTUM* Y *LEX REI SITAE*. 23. EL PROBLEMA DE LAS TERCERÍAS.

«La economía de la reforma y los costes del sistema concursal», por ESTEBAN VAN HEMMEN ALMAZOR, pág. 1011.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—3. COSTES JUDICIALES Y USO DE LOS CONCURSOS.—4. UTILIZACIÓN

DE LA INFORMACIÓN GENERADA EN EL CONCURSO: 4.1. INFORMACIÓN Y CONTROL DE LA EMPRESA DURANTE EL PROCEDIMIENTO. 4.2. ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTROL CONTINGENTE DE LOS RECURSOS. 4.3. VALORACIÓN DE LOS EXPERTOS CONCURSALES E INFLUENCIA EN LAS DECISIONES DE LOS «INTERESADOS».—5. ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE DECISIÓN EN EL CONTEXTO CONCURSAL: 5.1. COSTES DE AGENCIA EN EL CONTEXTO CONCURSAL. 5.2. SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA. 5.3. DERECHOS DE DECISIÓN TRAS LA REFORMA.—6. COSTES *EX ANTE* DEL SISTEMA CONCURSAL.—7. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita», por PEDRO MARTÍN GARCÍA, pág. 1039.

**SUMARIO:** I. LA PRUEBA ILÍCITA: CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LAS PRUEBAS DERIVADAS CAUSALMENTE DE UNA PRUEBA ILÍCITA: A) SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL INICIAL. B) LA DENOMINADA «CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD». C) JURISPRUDENCIA ACTUAL.—III. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD. PROPUESTA DE SOLUCIÓN.

«Las zonas verdes en el ordenamiento urbanístico de Cataluña», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 1065.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES.—III. LLEI D'URBANISME DE CATALUNYA.—IV. OTRAS LEYES URBANÍSTICAS AUTONÓMICAS.—V. DOCTRINA DE LA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA: 1. PERÍODO CONSIDERADO Y NÚMERO DE DICTÁMENES. 2. CRITERIOS APLICADOS, ASPECTOS CONSIDERADOS Y MATERIAS ABORDADAS: A) *Tramitación del expediente*: a) La intervención de la Comissió Jurídica Assessoradora; b) Corrección del expediente; c) Aclaración de dictámenes; d) Convenios urbanísticos; e) Vigencia indefinida del planeamiento; f) Discrepancia entre el planeamiento y la realidad. g) Mejoras de gestión; h) Realojamiento. B) *Necesidades derivadas del aumento de población*: a) Doctrina general; b) Alteraciones de la edificabilidad. C) *Contraposición de fines de interés general*. D) *Régimen especial de Barcelona*. E) *Valoración de la modificación: elementos considerados*. F) *Espacios o equipamientos deportivos*.—CONCLUSIÓN.

## REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 101 (2003)

«El artículo del Código Civil de Costa Rica: ¿Limitación a la libertad de testar?», por WILBERTH ARROYO ÁLVAREZ, pág. 11.

«Planteamientos de un especialista en asuntos públicos sobre el proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública», por JOHNNY MEOÑO SEGURA, pág. 39.

- «El derecho de autor ante las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la economía del conocimiento», por ALEJANDRA CASTRO BONILLA, pág. 77.
- «Notas actuales sobre derecho de daños», por ANTONIO JACOB ALDIMBA, pág. 95.
- «El refrendo contralor», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 123.
- «Protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones», por LUIS DIEGO BRENES VILLALOBOS, pág. 139.
- «El control de constitucionalidad en Costa Rica», por GUSTAVO GONZÁLEZ SOLANO, pág. 165.

## Número 102 (2003)

- «De los males, los menores: del abolicionismo y del garantismo», por EGENERY VENEGAS VILLEGAS y ELIZABETH MUÑOZ BARQUERO, pág. 11.
- «El documento electrónico, la firma digital y la contratación administrativa», por CARLOS JOVEL SÁNCHEZ, pág. 23.
- «La lógica de la constitucionalidad», por GUSTAVO GONZÁLEZ SOLANO, pág. 55.
- «Contratación para la elaboración del software individualizado. Estudio comparado de la legislación iberoamericana», por FERNANDO FUENTES PINZÓN, pág. 91.
- «De la organización mundial del comercio: evaluación del funcionamiento en sus primeros años», por GUSTAVO RIVERA SIBAJA, pág. 107.
- «La externalización de actividades laborales (outsourcing)», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 119.
- «El derecho de arbitraje peruano», por CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ, pág. 143.
- «Reseñas bibliográficas», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 175.

## **REVUE DE DROIT UNIFORME**

### Número 1 (2003)

- «Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux et le droit israélien des contrats (Résumé)», por ALFREDO MORDECHAI RABELLO y PABLO LERNER, pág. 601.

«Application des Principes d'UNIDROT comme "Règles de droit les plus appropriées" dans une sentence arbitrale suédoise (Résumé)», por LOUKAS MISTELIS, pág. 631.

«Promenade lexicographique. Le droit de la vente: une nouvelle Tour de Babel? (Résumé)», por FRANK MÜNDEL, pág. 641.

## **BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COIMBRA**

Volumen conmemorativo (2003)

«O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: um Pedaco da História da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 3.

«A Fundação do Boletim da Faculdade de Direito e o Periodismo Jurídico em Coimbra», por RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, pág. 11.

«A Evolução do Direito Romano», por A. SANTOS JUSTO, pág. 47.

«Compra e Venda e Transferência da propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano (a Raiz do "Sistema do Título e do Modo")», por ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, pág. 69.

«O sentido actual da Metodologia Jurídica», por A. CASTANHEIRA NEVES, pág. 115.

«Alguns Marcos do Século na História do Pensamento Metodológico-Jurídico», por FERNANDO JOSÉ BRONZE, pág. 151.

«Manuel de Andrade e a Influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966», por J. SINDE MONTEIRO, pág. 181.

«O Campo de Aplicação do Regime Indemnizatório do Artigo 442.º do Código Civil: Incumprimento Definitivo ou Mora?», por JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, pág. 209.

«Coligação Negocial e Operações Negociais Complexas: Tendências Fundamentais da Doutrina e Necessidade de uma Reconstrução Unitária», por FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, pág. 233.

«Sobre a Proibição do Comportamento Contraditório (Venire Contra Factum Proprium) no Direito Civil», por PAULO MOTA PINTO, pág. 269.

«A Colação dos Furos de Bens Doados», por J. P. REMÉDIO MARQUES, pág. 323.

«Terceiros para efeitos do Artigo 5.º do Código do Registo Predial», por PAULO VIDEIRA HENRIQUES, pág. 389.

- «Protecção Jurídica e Exploração Negocial de Programas de Computador», por ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, pág. 453.
- «Sobre o Contrato de Cessão Financeira ou de «Factoring», por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, CAROLINA CUNHA, pág. 509.
- «Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a Propósito do DL 558/99 e da L 58/98)», por J. M. COUTINHO DE ABREU, pág. 555.
- «Aspectos do Princípio da Verdade da Marca», por M. NOGUEIRA SERENS, pág. 577.
- «Sobre o Consentimento da Sociedade para a Cessão de Quotas», por ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, pág. 673.
- «Nacionalidades, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na Uniao Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa», por RUI MANUEL MORA RAMOS, pág. 691.
- «A Modernização da Aplicação das Regras Comunitárias de Concorrência segundo a Comissão Europeia. Uma Reforma Fundamental», por JOSÉ LUIS DA CRUZ VILAÇA, pág. 717.
- «*¿Quis Leget Haec?* A delimitação do *Therma Decidendum* do Parecer do Conselho da Concorrência em Processos de Concentração de Empresas», por VICTOR JOAODE VASCONCELOS RAPOSO RIBEIRO CALVETE, pág. 769.
- «Métodos de Protecção de Direitos, Libertades e Garantias», por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, pág. 793.
- «A “Fiscalização Concreta” no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional», por VITAL MOREIRA, pág. 815.
- «O Âmbito Material das Imunidades Parlamentares: Poder Judicial vs. Clase parlamentar. O Caso Italiano e o Caso Espanhol», por MARIA BENEDITA URBANO, pág. 849.
- «A aceitação do Acto Administrativo», por J. C. VIEIRA DE ANDRADE, pág. 907.
- «Reflexão sobre algumas Questões Práticas no Âmbito do Direito do Urbanismo», por FERNANDA PAULA OLIVEIRA, pág. 935.
- «Direito das Finanças Privadas. Cadeira de Mestrado em 1999-2000», por DIOGO LEITE DE CAMPOS, pág. 979.
- «A Regra da Anualidade na Contabilidade Pública Portuguesa», por ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, MANUEL LOPES PORTO, pág. 985.
- «Os Fisiocratas ou o Início da Ciência Económica», por ANTONIO JOSÉ AVELAS NUNES, pág. 1011.

«O princípio de Legalidade Fiscal e os Actuais Desafios da Tributação», por JOSÉ CASALTA NABAIS, pág. 1057.

«O papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futures», por JORGE DE FIGUEIRIDO DIAS, pág. 1123.

«O Direito Penal e o Tempo (Algumas Reflexões Dentro do Nosso Tempo e em Redor da Prescrição)», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 1139.

## **REVISTA JURÍDICA JALIESCIENSE**

Número 1 (Enero-Junio 2002)

«Reformas en la Institución del Amparo Mexicano», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, pág. 15.

«Comunidades autóctonas en México (Marco Constitucional Federal y Local)», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 33.

«La criminología en el estudio de la delincuencia organizada», por ROGELIO BARBA ÁLVAREZ, pág. 53.

«Once de septiembre: Análisis jurídico de una crisis internacional», por JORGE ALBERTO CONÍFERAS BRAVO, pág. 91.

«El monopolio del ejercicio de la acción penal y la participación de las víctimas en el proceso penal», por JORGE CHAIRES ZARAGOZA, pág. 133.

«Restos e innovaciones en la enseñanza del Derecho competencial, el arbitraje y la mediación como métodos alternativos para la solución de controversias, particularmente en materia de negociación internacional», por CARLOS EDUARDO MAYADO ZAPATA, pág. 155.

«Estado actual del Derecho Internacional Privado mexicano desde la óptica española», por SONIA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, pág. 175.

«La intimidación y sus derechos», por PEDRO DE JESÚS PALLARES YABUR, pág. 201.

«Franchising», por GUSTAVO L. O. FERRARONI, pág. 223.

«Propuestas para mejorar la Legislación de Sociedades Cooperativas y Cajas Populares», por JOSÉ PADILLA ARELLANO, pág. 239.

«La fuerza de una relación jurídica débil», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 269.

## Número 2 (Julio-Diciembre 2002)

- «Valores y principios constitucionales y legales en materia político-electoral», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 11.
- «Sistemas políticos y de Gobierno: Transición a la Democracia», por JOSÉ PADILLA ARELLANO, pág. 43.
- «Apuntes para un estudio sobre la Teoría General del Derecho Prospectivo», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, pág. 87.
- «El derecho a la cultura en México», por CARLOS RANURA RUIZ MORENO, pág. 115.
- «La libertad religiosa en la transición mexicana», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, pág. 135.
- «Consideraciones de la responsabilidad civil y penal del médico», por LUIS IGNACIO NAVARRO GONZÁLEZ, pág. 161.
- «La responsabilidad penal de los menores en el orden interno e internacional», por FERNANDO ESPINOZA DE LOS MONTEROS, pág. 195.
- «México y su pobreza», por PEDRO DE JESÚS PALLARES YABUR, pág. 213.
- «La justicia, condición axiológica en el derecho de las minorías y grupos desaventajados», por JOSÉ GUILLERMO GARCÍA MURILLO, pág. 231.
- «El lucro, manifestación de la disfunción social de la propiedad intelectual (Ponencia)», por MARCO ANTONIO MACHADO, pág. 241.
- «Los contenidos programáticos de la enseñanza del derecho ambiental en América Latina (Ponencia)», por MÁXIMO CARVAJAL CONTRERAS, pág. 253.
- «Nuevos campos para la enseñanza del Derecho (Ponencia)», por CARLOS ALBERTO CEVALLOS DE LA MORA, pág. 263.

## Número 1 (Enero-Junio 2003)

- «Algunas consideraciones sobre la ambigüedad del término "Estado" y sus implicaciones en el ámbito jurídico-político», por AARÓN ADRIÁN CASTILLO FERNÁNDEZ, pág. 15.
- «Teoría pura del Derecho *versus* Teoría egológica del Derecho: Diálogo o controversia», por JOSÉ GUILLERMO GARCÍA MURILLO, pág. 33.
- «La relación entre moral y derecho en el pensamiento de Efraín González Luna», por PEDRO DE JESÚS PALLARES YABUR, pág. 47.

- «Antropología y método del derecho al desarrollo», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, pág. 65.
- «Politeia: Ciencia tratado o estudio del bienestar del animal político», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 87.
- «La naturaleza “jurisdiccional” del juicio político», por JORGE CHAIRES ZARGOZA, pág. 133.
- «El Juzgado General de Bienes de Difuntos en la Nueva Galicia», por CLAUDIA CAMINO ESTRADA, pág. 159.
- «La Seguridad Social contemporánea: su problemática y alternativas de solución», por ÁNGEL GUILLERMO RUIZ MORENO, pág. 173.
- «Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 187.
- «El sistema de créditos, el modelo departamental y la red universitaria a la luz del derecho académico en la Universidad de Guadalajara», por CARLOS RAMIRO RUIZ MORENO, pág. 219.
- «Algunas propuestas para mejorar la seguridad pública», por JOSÉ PADILLA ARELLANO, pág. 241.
- «Hacia un control ciudadano del gasto público local: un Tribunal de Cuentas para el Estado de Jalisco (Apuntes para un estudio prospectivo)», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, pág. 277.

# CARTAS AL DIRECTOR



Lilia Noemi Díez  
Resistencia, Provincia del Chaco  
República Argentina

29 de diciembre de 2003  
Señor Director de la Revista Crítica  
de Derecho Inmobiliario  
Dr. Francisco Javier Gómez Gállico

Me dirijo al Sr. Secretario, en respuesta a vuestra carta de fecha 4 del corriente, que fuera recibida el sábado 27 del corriente.

Son veraces las afirmaciones vertidas por el Dr. Luis Moisset de Espanés en los correos electrónicos de fecha 27 de noviembre del corriente.

En reconocimiento de esta grave infracción he remitido notas de reconocimiento a las Revistas del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y Notarial de Córdoba, en las que además he liberado de toda responsabilidad a cada Revista, cuyas autoridades de buena fe han publicado los artículos, y solicitado una vez publicada cada nota cuya copia acompaño, solicité el envío de los ejemplares con la rectificación solicitada, a fin de brindar las explicaciones correspondientes, y hacer saber la rectificación de la autoría de cada artículo.

La Revista Notarial de Córdoba publicará la nota en su número 81, que aparecerá a fines de marzo, y la Revista del Notariado en su número 875, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2004, que aparecerá también a fines de marzo.

Con estas aclaraciones en las revistas que menciono más arriba, pensaba viajar a Madrid para tomar contacto con las autoridades de la Revista Crítica, y con los autores, cuyos textos he transcritto en gran extensión sin citas o referencias entrecomilladas para ofrecerles las explicaciones, disculpas e indemnización por daño moral. Viaje que deberé posponer por encontrarme, como consecuencia de estos hechos, sujeta a juicio académico por parte de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste, el que se tramitará una vez concluido el receso de verano a fines de febrero.

Envío cinco copias de esta nota y las citadas para el caso que decida remitírsela a los autores.

Sin perjuicio de lo expuesto, pasadas las Fiestas de fin de año, esto es, a partir del 7 de enero, me comunicaré con el Sr. Secretario telefónicamente.

Saludo al Sr. Secretario muy atentamente.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of connected, flowing loops and curves, characteristic of a cursive or semi-cursive style.

LILIA NOEMI DÍEZ  
D.N.I. N.º 14.496.349

(\*) *Se reproduce, a continuación, el texto de las cartas remitidas por Dña. Lilia Noemi Díez al Director de la Revista del Notariado y a la Directora de la Revista Notarial de Córdoba.*

Me dirijo al Sr. Director para solicitarle la publicación de esta carta en la Revista que dirige, que explica lo siguiente:

La suscripta ha publicado en la Revista del Notariado, «El rango registral. Análisis de los sistemas de determinación del rango», número 871, página 67 y siguientes, tal artículo ha sido tomado en una gran extensión de «El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos», publicada por María Corona Quesada González, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 641, página 1315 y siguientes, omitiéndose involuntariamente, y sin ánimo de dañar, toda cita o referencia entrecomillada a tal trabajo. Razón por la que solicito sea rectificado el nombre del autor por el de MARÍA CORONA QUESADA GONZÁLEZ, y una vez rectificado me ocuparé personalmente de notificar al autor, con el debido ofrecimiento de indemnización por daño moral.

Ruego me envíe dos ejemplares de la Revista donde se publique esta nota a fin de remitirlas con las debidas explicaciones a la Dirección de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y a la autora.

Saludo al Sr. Director muy atentamente.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of connected, rounded loops and curves, characteristic of a cursive or semi-cursive script.

LILIA NOEMI DÍEZ  
D.N.I. N.º 14.496.349

Me dirijo al Sr. Director para solicitarle la publicación de esta carta en la Revista que dirige que explica lo siguiente:

La suscripta ha publicado en la Revista Notarial dos trabajos, a saber: «El concepto de inmueble y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Catastro», número 867, enero, febrero, marzo de 2002, página 23 y siguientes. Tal artículo ha sido tomado en una gran extensión de texto, de «El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro», publicada por el Dr. Rafael Arnáiz Eguren en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 645, página 365 y siguientes, omitiéndose involuntariamente, y sin ánimo de dañar, toda cita o referencia entrecomillada a tal trabajo. Razón por la que solicito sea rectificado el nombre del autor por el de RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, y una vez rectificado me ocuparé personalmente de notificar al autor y al Director de la Revista.

1. «El Catastro y su conexión con el Registro de la Propiedad Inmueble», número 865, julio-agosto-septiembre de 2001, páginas 19 y siguientes. Tal artículo ha sido tomado en muchos párrafos de un artículo de María José Llombart aparecido en la Revista Lunes 4,30, número 258 y 259, páginas 21 y siguientes y 24 y siguientes, respectivamente, omitiéndose involuntariamente, y sin ánimo de dañar, toda cita o referencia entrecomillada a tal trabajo. Razón por la que solicito sea rectificado el nombre del autor por el de MARÍA JOSÉ LLOMBART, y una vez rectificado me ocuparé personalmente de notificar al autor y al Director de la Revista.

Ruego me envíe cuatro ejemplares de la Revista donde se publique esta nota, a fin de remitirlas con las debidas explicaciones a la Dirección de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y a los autores.

Saludo al Sr. Director, muy atentamente.



LILIA NOEMI DÍEZ  
D.N.I. N.º 14.496.349

Me dirijo al Sr. Director para solicitarle la publicación de esta carta en la Revista que dirige, que explica lo siguiente:

La suscripta ha publicado en la Revista Notarial, bajo su exclusiva responsabilidad, tres trabajos, a saber:

1. «La colación de las donaciones remuneratorias», en el número 81, páginas 61 y siguientes. Tal artículo ha sido transcrito en gran extensión de un artículo aparecido en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 461 de 1967, página 1057 y siguientes, con excepción de los puntos I, II.2 y III.3, omitiéndose involuntariamente, y sin ánimo de dañar, toda cita o referencia entrecomillada a tal trabajo. Razón por la que solicito sea rectificado el nombre del autor, sustituyéndolo por el de MARIA-NO ALONSO PÉREZ, y una vez rectificado me ocuparé personalmente de notificar a la mencionada Revista Crítica para que haga saber esta circunstancia al autor, con el debido ofrecimiento de indemnización por daño moral.

2. «Las relaciones de vecindad», número 79, página 63 y siguientes. Tal artículo ha sido transcrito en gran extensión de un artículo aparecido en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 659, página 1815 y siguientes, con excepción de los puntos 3, 4.3, 4.4, 4.5 y 6, omitiéndose involuntariamente, y sin ánimo de dañar, toda cita o referencia entrecomillada a tal trabajo. Razón por la que solicito sea rectificado el nombre del autor por el de RAQUEL EVANGELIO LLORCA, y una vez rectificado me ocuparé personalmente de notificar a la mencionada Revista Crítica para que haga saber esta circunstancia al autor, con el debido ofrecimiento de indemnización por daño moral.

3. «La publicidad registral, el derecho a la intimidad y la ley de protección de datos», número 80, página 71 y siguientes. Tal artículo ha sido transcrito en gran extensión de un artículo aparecido en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 659, página 610 y siguientes, con excepción de los puntos III: «la intimidad frente a la informática», y IV: «La intimidad y el empleo de datos», omitiéndose involuntariamente, y sin ánimo de dañar, toda cita o referencia entrecomillada a tal trabajo. Razón por la que solicito sea rectificado el nombre del autor por el de PLÁCIDO PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, y una vez rectificado me ocuparé personalmente de notificar a la mencionada Revista Crítica para que haga saber esta circunstancia al autor, con el debido ofrecimiento de indemnización por daño moral.

Me disculpo con el Director de la Revista y por su intermedio sus lectores, quienes de buena fe publicaron y leyeron dichos artículos.

Ruego publique esta nota en su Revista y me envíe tres ejemplares de las Revistas donde se publique esta nota a fin de remitirlas con las

debidas explicaciones a la Dirección de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

Atentamente.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of connected, flowing loops and curves, characteristic of a cursive or semi-cursive style.

LILIA NOEMI DÍEZ  
D.N.I. N.º 14.496.349

Lilia Noemi Díez  
Resistencia, Provincia del Chaco  
República Argentina

11 de febrero de 2004  
Señor Director de la Revista Crítica  
de Derecho Inmobiliario  
Dr. Francisco Javier Gómez Gállico

Me dirijo al Sr. Secretario con relación a mi carta anterior de fecha 29 de diciembre próximo pasado, a fin de hacerle saber que he remitido notas a la Revista del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a las citas de: «El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Catastro» (RCDI, núm. 645, pág. 365 y sigs.), y «El rango hipotecario: estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos» (RCDI, núm. 641, pág. 1315 y sigs.), omitidas en los artículos: «El concepto de inmueble y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Catastro» (RdN, núm. 867, pág. 23 y sigs.); «El rango registral: análisis de los sistemas de determinación del rango» (RdN, núm. 871, pág. 67 y sigs.) y en la que he solicitado, una vez publicada cada nota, el envío de tres ejemplares con la rectificación solicitada, a fin de brindar las explicaciones correspondientes y hacer saber la rectificación de la autoría de cada artículo. Esta carta como las anteriores será publicada en la Revista del Notariado en su número 875, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2004, que aparecerá, según me han informado, a fines de marzo.

Saludo al Sr. Secretario muy atentamente.



LILIA NOEMI DÍEZ  
D.N. I. N.º 14.496.349