REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Número 75
julio-septiembre 2010

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma sólo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
Depósito legal: GU-72/1992

Impreso en España – *Printed in Spain*

ATIG Artes Gráficas
Parque Empresarial Neinor-Henares. Edificio 3, Nave 10
28880 Meco (Madrid)

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE
D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR
D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

SECRETARIO
D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS
D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José Javier Castiella Rodríguez
D.ª Ana Fernández-Tresguerres García
D. José Manuel García Collantes
D. Francisco Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

Revista Jurídica del Notariado
Número 75, julio-septiembre 2010

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores 9
Adolfo Calatayud Sierra

La Exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada 57
Víctor Manuel Garrido de Palma

El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal 75
Teresa Asunción Jiménez París

Coordinación del Catastro con el registro de la propiedad y con las escrituras públicas, y de todos ellos con la realidad (Tercera parte) 205
Carlos Marín Calero

El interés de las partes en el contenido del contrato: de Roma al Proyecto de Código Europeo de Contratos 369
Alfonso Murillo Villar

La exclusión de la prórroga forzosa en los arrendamientos de vivienda tras la reforma del artículo 9.3 LAU 391
Javier Nanclares Valle

El renacimiento del Notariado y del documento público. Proceso histórico 433
Juan Alfredo Obarrio Moreno

La doble venta: ¿una vuelta de tuerca? 487
Carlos Pérez Ramos

Sobre el fundamento de los derechos reales y las raíces del sistema 523
Gabriel de Reina Tartière

La donación de órganos para trasplante: procedimiento y consentimiento 547
Agustín Romero Pareja

El documento notarial electrónico en los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado (UINL): estado de la cuestión 589
Jeffrey A. Talpis

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 625
Víctor Manuel Garrido de Palma

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

Derecho civil patrimonial, de María Paloma Fisac de Ron, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2008 635
Por José M.ª Castán Vázquez

Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad, varios autores, Sofía de Salas Murillo (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010 637
Por María Rosa Gutiérrez Sanz

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA FACULTAD DEL TESTADOR DE IMPONER OBLIGACIONES A SUS SUCESORES (1)

Adolfo Calatayud Sierra
Notario

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL MODO TESTAMENTARIO

III. SU CONTENIDO: la obligación modal

IV. SUJETO QUE IMPONE LA OBLIGACIÓN MODAL

V. EL GRAVADO POR LA OBLIGACIÓN MODAL
1. Transmisión de la obligación modal a los herederos del gravado
2. Sujeción a la obligación modal de los sustitutos del gravado
3. Pluralidad de gravados
4. Alcance de su responsabilidad

VI. EL BENEFICIARIO

VII. REQUISITOS Y LÍMITES. En particular: las legítimas y las obligaciones modales de tracto sucesivo

VIII. EFICACIA
1. Respecto del beneficiario
2. Legitimación para exigir su cumplimiento
3. Eficacia resolutoria por incumplimiento

(1) Conferencia dictada en la Academia Granadina del Notariado el día 29 de abril de 2010.

4. El modo determinante
5. Legitimación para pedir la resolución
6. Garantías para el cumplimiento de la obligación modal
7. La excepción de modo no cumplido

IX. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

En una primera y apresurada aproximación al fenómeno sucesorio, presidido por la idea de la liberalidad, ya que gratuitas son las atribuciones que reciben de quien fallece sus sucesores, puede parecer que la idea de obligación no encaja con la sucesión por causa de muerte, al menos más allá del deber que corresponde a los herederos de cumplir las obligaciones que han quedado pendientes de cumplimiento por el causante y que no se extingan por su muerte. Sin embargo, no me estoy refiriendo aquí a esas obligaciones que tenía contraídas el causante antes de fallecer y que, como parte de su patrimonio, pasan a sus herederos, sino a la facultad de éste de imponer a sus sucesores verdaderas obligaciones, que surgirán cuando reciban éstos la herencia o legado que aquél les haya atribuido.

Porque, efectivamente, a pesar de esa primera impresión, lo cierto es que la ley concede a una persona, dentro de determinados límites, la posibilidad de imponer obligaciones a sus sucesores. Se trata de una facultad que forma parte de la más amplia que la ley atribuye de disponer de su patrimonio por causa de muerte, allí donde se permite, como sucede, con mayor o menor libertad, desde hace siglos, en todos los Derechos civiles que coexisten en España. En efecto, esa posibilidad de disponer por causa de muerte comprende no sólo la de designar los sucesores y determinar los bienes o derechos que se atribuyen a cada uno, sino también la de modalizar esas atribuciones y, entre las modalizaciones que pueden establecerse, está la de imponer obligaciones. De hecho, la posibilidad de establecer este tipo de disposiciones incrementa de forma muy importante la libertad de disponer por causa de muerte y dota de una mayor riqueza el abanico de opciones del testador y le suministra instrumentos para que el testamento le permita atender a finalidades muy diversas, de tipo familiar e incluso social.

A un jurista conocedor del Derecho privado estas consideraciones previas quizá le parezcan ociosas. La posibilidad de establecer estas obligaciones tiene su canal en el modo testamentario, que es una institución básica del Derecho civil. Como no puede ser de otra forma, de él voy a tratar en este estudio. Sin embargo, me parece que puede ser de utilidad comenzar de tan atrás, contraponiendo liberalidad y obligación, porque lo cierto es que no es fácil la armonización de ambas ideas y su articulación jurídica, hasta el punto de que no es unánime que en el modo estemos ante verdaderas obligaciones, entendidas en el sentido técnico que le atribuye el Derecho de obligaciones.

Esta dificultad se pone de manifiesto en la determinación tanto del significado y concepto del modo testamentario como de su régimen jurídico, porque pocas figuras del Derecho civil con su importancia práctica siguen presentando tantas dudas a los juristas y estudiosos. Aunque el modo está presente con frecuencia en las sucesiones por causa de muerte (también, aunque no tanto, en las donaciones), seguimos sin estar completamente seguros de su concepto y de sus relaciones con otras figuras más o menos próximas. Las escasas reglas del Derecho positivo sobre la materia no son suficientes para resolver las muchas cuestiones que plantea y aunque la abundancia de literatura jurídica sobre él ha contribuido a profundizar en bastantes aspectos de su régimen jurídico, la disparidad de los criterios y las soluciones propuestas por los autores que se han dedicado a su estudio produce a veces desconcierto. Tampoco son idénticas las reglas que las diversas regulaciones civiles coexistentes en España establecen sobre la materia.

El presente estudio no pretende, desde luego, resolver, y mucho menos con carácter definitivo, todas las cuestiones que plantea esta facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores. Se trata sólo de una aportación, realizada desde las reflexiones generadas por el ejercicio práctico de la función notarial, sobre todo al redactar testamentos y resolver consultas y dudas relativas a su otorgamiento, así como al poner en funcionamiento los modos testamentarios con ocasión de la redacción de las escrituras de manifestación y aceptación de herencia. Precisamente la oscuridad de su régimen jurídico obliga, en mayor medida, al profesional que redacta el testamento a precisar y completar lo mejor posible la voluntad del testador y los efectos que ha de producir.

Mi objetivo es examinar el funcionamiento de esta facultad, los límites de su ejercicio y los efectos que produce respecto de la atribución recibida por el heredero o legatario que queda gravado por la obligación. Me voy a centrar en el modo testamentario, es decir, el que se impone con efectos por causa de muerte, como corresponde al título de esta conferencia, pero también haré alguna referencia al modo establecido en las liberalidades entre vivos, las donaciones, porque, aunque su régimen no es idéntico, tiene grandes similitudes y también resulta de interés aquello en lo que se separan.

II. EL MODO TESTAMENTARIO

Podemos partir de una idea inicial del modo testamentario, acerca de la cual existe acuerdo bastante generalizado –aunque no unánime– describiéndolo como una determinación accesoria agregada a un acto de liberalidad por causa de muerte en virtud de la cual la aceptación de ésta impone al sucesor, heredero o legatario, el deber de dar, hacer o no hacer algo.

En el modo no existe onerosidad. En efecto, el significado que en la estructura del acto jurídico tiene el modo es muy distinto al que corresponde a las prestaciones suplementarias respecto de la principal que pueden acordarse en los contratos onerosos. En éstos, si se ha acordado una prestación adicional a la principal, dicha prestación se añade a la contraprestación específica del contrato, lo que podrá convertir el negocio celebrado en innominado (mixto), pero que no deja de ser parte de la contraprestación ínsita en el contrato. De forma que esa prestación secundaria nunca tendría la condición ni el régimen jurídico del modo.

Lo que hay es accesoriedad, respecto del acto de liberalidad al que va unida, del que se deriva que a los requisitos de capacidad y forma precisos para el establecimiento de la obligación modal les son de aplicación las mismas reglas que a la liberalidad a que acompaña. Aunque hay quien ha dudado si esto es de aplicación a las donaciones modales, por la deficiente redacción del artículo 622 del Código Civil, que, para las que denomina *donaciones onerosas*, dispone que se regirán por las reglas de los contratos, sin embargo, es criterio dominante el que considera que se trata de verdaderas donaciones y les son de aplicación las reglas de éstas.

En cambio, la accesoriedad no impone la simultaneidad entre la liberalidad y el establecimiento de la obligación. En efecto, aunque lo normal será que el modo se establezca cuando se ordena la liberalidad a la que se añade, es posible disponerlo en un acto posterior (no al revés, lógicamente), siempre que, en el establecimiento de la obligación modal, se cumplan los mismos requisitos formales que son exigibles a la liberalidad a que se añaden. Por ello, para establecer una obligación modal aplicable a una atribución dispuesta en testamento, deberán cumplirse los requisitos precisos para la modificación o revocación de los testamentos, según su clase. Y, además, si estamos ante una donación, será preciso que se establezca antes de que la donación deje de ser revocable, que, según creo que es la opinión más segura, se produce cuando el donante conoce la aceptación del donatario (art. 623 CC; cfr. art. 629). Aunque también podría defenderse que la simultaneidad existe también en esos casos: en realidad estaríamos ante una revocación de la liberalidad inicial y un nuevo acto de liberalidad en los mismos términos, pero ya con la carga modal añadida.

III. SU CONTENIDO

Qué sea exactamente el contenido del modo no es algo acerca de lo cual exista unanimidad.

Tanto en los textos legales, como en la jurisprudencia y la doctrina, aparecen términos diversos para expresar el contenido del modo, términos no siempre unívocos. Así, se utilizan expresiones como *"carga"*, *"gravamen"*, *"obligación"*, *"destino* –o *fin– impuesto a los bienes"*, *"limitación de la atribución"*. El artículo 797 del Código Civil, que la doctrina coincide en considerar que regula el modo testamentario, habla de *"la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere"*. El artículo 428-1.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, por su parte, dice que el modo permite al causante imponer al heredero y al legatario o a sus sustitutos *"una carga, destino o limitación"*.

Por otra parte, es frecuente caracterizar como modos a las prohibiciones de disponer. En Cataluña, es una idea muy extendida y así lo defienden Martínez Sarrión (en "Las obligaciones de no vender y

las prohibiciones de disponer", en RDP, 1964), PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (en *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, III, vol. 1.º, 1.ª, 1979) y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (en *Derecho de Sucesiones*, I), y el mismo Libro IV del Código Civil de Cataluña parece partir de esta misma idea, puesto que regula las prohibiciones de disponer en el capítulo que lleva por epígrafe las disposiciones modales (art. 428-6). Y respecto del Derecho común, la misma incardinación la hacen autores como DURÁN RIVACOBA [en "Modo y liberalidad (aproximación a su estudio unitario)", en el volumen III de los estudios en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, pp. 293 y ss.].

También se dice por buena parte de los autores que el modo implica la necesaria existencia de un beneficiario, es decir, una persona que se ve favorecida por el cumplimiento de esa *"carga"*, *"gravamen"* u *"obligación"*, añadiendo alguno que si el beneficiario no está claramente determinado quiere decir que es la misma colectividad la que tiene ese carácter.

Y, en fin, suele decirse que la carga en que el modo consiste puede ser tanto de naturaleza personal como real (en ese sentido, abundantes autores y así lo indica también, entre otras, la STS 4 de junio de 1965, Aranzadi 3.437).

Sin embargo, en mi opinión, buena parte de estas consideraciones no resultan del todo acertadas. El verdadero contenido del modo está constituido exclusivamente por una **obligación que el causante impone al heredero o legatario** beneficiario de la atribución gratuita por causa de muerte. Exactamente lo que aparece en el enunciado de este estudio.

Se trata de una obligación en los términos en que aparece configurada en el artículo 1089 del Código Civil: dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cualquier obligación, siempre que reúna los requisitos de las obligaciones en general: tiene que ser posible, lícita y determinada. Una obligación cuyo cumplimiento puede exigirse. Esto es algo que forma parte de la naturaleza misma del modo; donde no hay obligación no hay modo.

Sin embargo, en el Derecho común no está regulada la acción de exigencia de cumplimiento del modo. Es más, incluso se ha dudado por parte de la doctrina si verdaderamente existe esa acción, sobre todo en la donación modal, ya que nada dice el Código Civil sobre esa posibilidad y en cambio regula la acción revocatoria para caso de incumplimiento en la donación modal (art. 647). Ahora bien,

como ya hemos dicho, en mi opinión, estamos ante una verdadera obligación, cuyo cumplimiento podrá exigirse y cuyo incumplimiento producirá básicamente los efectos previstos para el incumplimiento de las obligaciones, con algunas especialidades a las que luego haremos referencia. Con este planteamiento es con el que creo que hay que afrontar el estudio del modo y, por ello, esta idea central nos irá siguiendo a lo largo de este breve estudio, de ahí que la expresión que vamos a utilizar con preferencia va a ser la de *obligación modal.*

La casuística de supuestos prácticos de obligaciones modales que pueden imponerse es ilimitada, sin que sea posible hacer un catálogo, ni siquiera abierto, de las posibilidades. La obligación modal puede tener por objeto la entrega de bienes a un tercero; o una obligación de hacer algo, como destinar los bienes recibidos u otros a alguna finalidad, o realizar cualquier otro tipo de actuación; o consistir en la obligación de abstenerse de realizar alguna cosa. Puede ser que baste que su cumplimiento se produzca en una sola vez o que requiera una actitud permanente; que su cumplimiento sólo pueda producirse en un momento o plazo determinado o que pueda llevarse a cabo en cualquier momento. La obligación de dar, hacer o no hacer puede suceder que únicamente pueda ser llevada a cabo por la persona gravada, es decir, que tenga carácter personal; o que quepa su realización por otras personas con el mismo valor. Muchas veces este contenido será evaluable económicamente, pero otras muy difícilmente podrá valorarse. En muchos casos, la mayoría, será posible apreciar la existencia de un beneficiario, pero en otros no habrá atisbo de beneficiario por ningún lado.

En caso de duda, para la determinación precisa de su contenido habrá que estar a la interpretación que resulte de la voluntad del transmitente, según las reglas que sobre el particular se establecen para las liberalidades, sean entre vivos o por causa de muerte.

Del planteamiento básico que acabamos de hacer del modo como obligación impuesta al heredero, legatario o donatario por el causante o donante, podemos extraer unas primeras conclusiones que nos ayudan a fijar sus perfiles y excluir del concepto del modo una serie de supuestos, algunos de los cuales podrían, en principio, quedar incluidos en esas caracterizaciones genéricas que algunos textos legales y autores utilizan:

1. Recomendaciones. En primer término, no es obligación modal la mera recomendación o la expresión de un deseo por el transmitente, que ha excluido su carácter obligatorio, de modo que su incumplimiento no produce consecuencias jurídicas de ningún tipo. A pesar de ello, es frecuente la existencia en los testamentos de este tipo de recomendaciones, porque, el hecho de que no produzcan efectos jurídicos no quiere decir que sean desdeñables desde el punto de vista práctico, ya que en muchos casos, aunque no interese crear una vinculación jurídica, el testador cree oportuno dejar constancia de cuáles son sus deseos, lo que creará al menos un deber de tipo moral para sus sucesores.

Es creencia extendida que si se duda acerca de si lo querido por el testador ha sido una obligación modal o una recomendación, se presume esto último, que es el efecto más débil. Así lo dispone expresamente el artículo 428-1.3 del Libro IV del Código Civil de Cataluña. De ahí la necesidad de expresar con claridad la voluntad de establecer una obligación modal, si esto es lo que se desea, mediante palabras lo suficientemente claras.

2. Cargas y gravámenes. Tampoco hay obligación modal si lo que sucede es que los bienes heredados están sujetos a una carga real o gravamen preexistente; ni tampoco si esa carga o gravamen se constituye en ese acto por voluntad del testador a favor de persona distinta que la que adquiere la propiedad de los bienes. Pensemos en el caso de que se reciba la nuda propiedad de un bien, o un bien sujeto a un derecho de superficie o a una servidumbre o a cualquier otro gravamen que se establece a favor de otra persona (o que, tratándose de donación, se lo reserva el donante), o si se dispone una sustitución fideicomisaria o una cláusula de reversión en favor de otros. En estos casos, el heredero, legatario o donatario ya recibe los bienes sujetos a esa carga, gravamen o limitación, de modo que su efectividad no depende de que cumpla obligación alguna. No hay, por tanto, obligación modal.

Desde este punto de vista, creo que las expresiones *"carga"* o *"gravamen"*, que suelen emplearse para denominar al modo, resultan equívocas y conviene evitarlas.

Por esta razón, no resulta exacta, en mi opinión, la afirmación de que el modo puede ser una carga tanto de naturaleza personal como real: el modo, en sí mismo considerado, como obligación impuesta al sucesor, sólo puede tener **naturaleza personal**. Por ello, en

principio, no accede al Registro de la Propiedad, ya que no genera una limitación de carácter real sobre los bienes transmitidos. Lo cual no obsta para que sea posible que el testador en algunos casos imponga una garantía real para el cumplimiento de esa obligación. Y ello sin perjuicio de la posible revocación en caso de incumplimiento a que luego nos referiremos.

3. Prohibiciones de disponer. Tampoco son modo las prohibiciones de disponer propiamente dichas, en contra de lo que, como hemos dicho, sigue defendiendo un sector de la doctrina. En efecto, en las prohibiciones de disponer no existe obligación alguna por parte de quien la sufre, sino una privación de la facultad dispositiva, que, como se dijo, lleva consigo que no quepa hablar de cumplimiento o incumplimiento, puesto que la contravención sencillamente no produce efecto alguno. Como dice Montés Penadés (en "El modo testamentario y las prohibiciones de disponer", en ADC, Abril-Junio, 1974), una prohibición de disponer es sencillamente una disminución que experimenta el derecho transmitido, pero no implica una obligación.

En cambio, sí que constituyen auténticas obligaciones modales las llamadas obligaciones de no disponer, es decir, las que carecen de eficacia real, que no privan verdaderamente de la facultad de disponer, de forma que su contravención no supone la ineficacia del acto de disposición realizado, sino que lleva consigo las consecuencias propias del incumplimiento de una obligación.

De todos modos, la fuerza de los mecanismos establecidos para proteger el tráfico jurídico y la buena fe de los terceros adquirentes puede producir que, por mucho que el transmitente haya establecido una verdadera prohibición de disponer, el acto de disposición realizado contraviniéndola devenga inatacable; así resultaría, en su caso, del principio de fe pública registral, si, no constando inscrita en el Registro de la Propiedad la prohibición de disponer que recae sobre un inmueble, concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (aunque, para evitar que tal situación se produzca, el art. 26 de dicha ley regula el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer); en el caso de que la prohibición recaiga sobre bienes muebles, todavía será más fácil que la enajenación realizada devenga inatacable, conforme a lo dispuesto en el artículo 464 del Código Civil. Pues bien, parece razonable considerar que esos supuestos deben recibir el tratamiento del modo, puesto

que las consecuencias que, a la postre, se han producido son las de la obligación de no disponer.

4. Fundación. Es obligación modal, muy habitual, la que impone el destino de los bienes recibidos o parte de ellos a un determinado fin. En este caso, nos encontramos con una figura próxima a la fundación, la cual también puede constituirse por vía testamentaria, como autoriza el artículo 9 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, por lo que merece la pena distinguirlas.

La diferencia entre ambas figuras está en que la fundación es una persona jurídica, que tiene fines de interés general y cuya constitución, aun *mortis causa*, debe estar prevista con absoluta claridad en el testamento. O bien el propio testamento recoge todos los requisitos que el artículo 10 de la citada Ley establece para la escritura de constitución de la fundación. O, como dice el apartado 4 del citado artículo 9, si en la constitución de una fundación por acto *mortis causa* el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos; en caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.

Pero, en cualquier caso, debe estar claramente establecida en el testamento la voluntad de constituir la fundación. En otro caso, la imposición de un determinado destino para los bienes, aunque sea de interés general, constituirá obligación modal y no fundación.

5. Condición. La distinción entre obligación modal y condición no siempre se explica con la debida claridad. Con alguna frecuencia, en la redacción de los testamentos, puede dudarse si el testador ha querido establecer una cosa u otra, de ahí la necesidad de que la diferencia entre una y otra figura quede perfectamente clara.

Es clásico hablar de la distinción entre la condición y el modo indicando que aquélla suspende pero no obliga y éste obliga pero no suspende, pero este aserto, que puede sernos de utilidad para distinguir el modo de la condición suspensiva, no nos ayuda con la condición resolutoria, que es donde se suscitan las mayores dudas; sobre todo, en la condición resolutoria potestativa, es decir, aquella cuyo cumplimiento queda en manos del donatario, heredero o lega-

tario. En efecto, un mismo hecho puede configurarse como condición o como modo.

Sin embargo, la distinción es muy importante por la forma tan distinta en que se producen sus efectos en uno y otro caso; todavía más en aquellos Derechos que, como el catalán y el mallorquín, por partir del principio *"el que es heredero lo es siempre"*, prohíben la condición resolutoria en la institución de heredero (para el Derecho catalán, el art. 423-12.1 del Libro IV Código Civil de Cataluña, y para el Derecho mallorquín, el art. 16.1 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares).

Pues bien, la distinción se encuentra en la misma idea que venimos repitiendo: mientras que en el modo lo que hay es una obligación de dar, hacer o no hacer algo, la condición, aun la potestativa, se establece como un hecho objetivo y frío, cuya realización produce, sin más, la adquisición o la resolución, según los casos. La voluntad de que la liberalidad surta efecto va ligada firmemente al cumplimiento o incumplimiento de la condición, de modo que sin ellos se considera que no ha habido liberalidad. Sólo por excepción, en ciertos casos, el legislador no da relevancia a la condición y la tiene por no puesta, de modo que su incumplimiento no afecta a la liberalidad (art. 792 CC para las condiciones imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres; en Cataluña, art. 423-16 del Libro IV Código Civil de Cataluña para las imposibles, las irrisorias y las perplejas).

No hay, por tanto, en la condición obligación de cumplir nada, sino mera subordinación de la voluntad de realizar la liberalidad al cumplimiento o incumplimiento de determinados hechos. No se podrá, en consecuencia, exigir el cumplimiento del hecho condicionante.

En cualquier caso, que estemos ante obligación modal o condición dependerá, no del hecho que constituye su objeto, sino de la forma en que éste se ha dispuesto por el transmitente. Habrá pues que llevar a cabo una interpretación de cuál ha sido la voluntad del causante, su verdadera voluntad, que a lo mejor no coincide con el sentido literal de las palabras que ha utilizado. Pero, en caso de duda, se presume que lo querido por el testador es una obligación modal. Así se desprende del artículo 797.1: *"La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se*

entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad". Esta presunción se basa en el principio de conservación de los actos jurídicos. La misma regla, todavía más explícitamente formulada, la recoge el artículo 428-1.3 del Libro IV Código Civil de Cataluña: *"en caso de duda sobre si el testador ha impuesto una condición o un modo, o una simple recomendación, se da preferencia, respectivamente, al modo o a la recomendación"*.

IV. SUJETO QUE IMPONE LA OBLIGACIÓN MODAL

Puede imponer la obligación modal quien realiza la liberalidad de la que es accesoria. En la sucesión testamentaria, el testador. En la sucesión paccionada, en todos los Derechos donde esta forma de disponer por causa de muerte es válida, el otorgante que dispone de su sucesión (véanse: el art. 431-6 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, art. 66 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, ley 177 del Fuero Nuevo de Navarra y el art. 74 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco).

En cuanto al codicilo, en aquellos Derechos en que se regula (leyes 195 y 196 del Fuero Nuevo de Navarra y arts. 421-20 y ss. del Libro IV del Código Civil de Cataluña) parece que no hay duda de que pueden disponerse en él obligaciones modales para el legado ordenado en el mismo codicilo; posiblemente también para el legado que se dispuso en el testamento al que el codicilo complementa. En cambio, por lo que respecta a las obligaciones modales para el heredero instituido en testamento, en la medida en que las normas que regulan el codicilo prohíben establecer modificaciones o condiciones para la institución de heredero, no es posible que el codicilo las imponga.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta, en los casos y con las limitaciones en que se permite, la **posibilidad de delegar la facultad de disponer por causa de muerte**, posibilidad en tendencia creciente en nuestros diversos Derechos civiles (art. 831 del Código Civil, arts. 124 y ss. de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, arts. 424-1 y ss. del Libro IV del Código Civil de Cataluña, arts. 196 y ss. de la Ley de Derecho Civil de Galicia, arts. 32 y ss. y 164 y ss. de la Ley de Derecho Civil Foral Vasco, leyes 281 y ss. de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).

En estos casos, el fiduciario-comisario designado, dentro del ámbito de las facultades que le correspondan, podrá establecer obligaciones modales. No es posible extendernos en esta cuestión y sólo quiero resaltar aquí que, frente a los demás territorios españoles en que, aun permitiendo sus legislaciones la delegación sucesoria, es muy poco frecuente su utilización, en Aragón es práctica habitual, al otorgar testamento los cónyuges, la mutua designación como fiduciarios-comisarios, y, en tal condición, el sobreviviente puede ordenar la sucesión del premuerto con la misma libertad con que podría hacerlo éste, salvo las limitaciones que le hubiera impuesto. La ejecución de la fiducia se llevará a cabo por escritura pública entre vivos y con carácter irrevocable; pero, si el fiduciario es el cónyuge, podrá ejecutar la fiducia también por testamento, con el carácter revocable propio de éste y su eficacia diferida al momento del fallecimiento del fiduciario. Pues bien, no hay duda de que el fiduciario-comisario, al ejecutar el encargo recibido, podrá establecer obligaciones modales para los sucesores de quien le nombró, con la misma libertad que habría podido hacerlo éste.

V. EL GRAVADO POR LA OBLIGACIÓN MODAL

Es quien queda obligado a cumplir la prestación que constituye el contenido de la obligación modal, en el caso del modo testamentario el heredero o legatario a quien se le impone.

Son muchas las cuestiones que se suscitan respecto del gravado por la obligación modal. Vamos a examinar algunas de ellas.

1. TRANSMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN MODAL A LOS HEREDEROS DEL GRAVADO

La obligación modal pasará a los herederos del heredero o legatario gravado por ella que todavía no la haya cumplido, como una obligación más que forma parte de su patrimonio. Ello sucederá con independencia de que dichos herederos adquieran o no los bienes objeto de la institución de heredero o legado modales, ya que, como se ha dicho, el modo, como tal, no consiste en una carga real que pesa sobre determinados bienes. Esto es así incluso en aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación modal está ligado

al bien objeto de la transmisión, particularmente cuando consiste en destinar los bienes en cuestión a una determinada finalidad. Lo que sucede es que, si los adquirentes de los bienes no les dan ese destino, se arriesgan a que la atribución que recibió su causante sea revocada y, de esa forma, ellos pierdan el bien de que se trate. De todos modos, en esos casos resulta muy oportuno que el gravado, en su testamento, al disponer de los bienes en cuestión cargue a quien vaya a recibirlos con la obligación de cumplir el modo.

Por excepción, si la obligación modal es puramente personal del sucesor fallecido, quedará extinguida; por ejemplo, si la obligación modal consiste en que el heredero o legatario gravado que ha fallecido concluya unos estudios universitarios. Tampoco pasará a los herederos del gravado si el disponente hubiera previsto otra cosa.

2. SUJECIÓN A LA OBLIGACIÓN MODAL DE LOS SUSTITUTOS DEL GRAVADO

El modo grava a quienes heredan los bienes que debían recibir los primeramente designados como herederos o legatarios a través de alguno de los diversos mecanismos que operan en el ámbito de las disposiciones sucesorias, salvo que el disponente hubiera dispuesto otra cosa o que fueran puramente personales de aquéllos. Así lo dispone con bastante claridad con carácter general el artículo 8.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón: *"Quien hereda como consecuencia de la ineficacia de un llamamiento voluntario, aunque sea como heredero legal, queda sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas al primeramente designado, salvo que sean puramente personales de éste o que el disponente hubiera previsto otra cosa"*. Aquí entran quienes suceden por sustitución vulgar, voluntaria o legal (también conocida como derecho de representación en la sucesión voluntaria), por derecho de acrecer o como heredero que recibe el legado por quedar éste sin efecto y, también, quien sucede abintestato por no ser efectiva la disposición voluntaria ordenada.

Creemos que esta solución es válida también para el resto de los Derechos vigentes en España. En el ámbito del Código Civil esta solución se dispone para los sustitutos vulgares en el artículo 780: *"el sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto ex-*

presamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido"; también para el derecho de acrecer en el artículo 984: *"los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla"*; y, en los demás casos, la misma solución se aplicaría por disposición del artículo 986: *"en la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones"*.

Hay normas equivalentes a las dos primeras del Código Civil en los artículos 425-4.2 y 462-2.3, respectivamente, del Libro IV del Código Civil de Cataluña, pero no existe la paralela al artículo 986 CC, por lo que puede dudarse si quien sucede abintestato con arreglo al Derecho catalán por quedar sin efecto una disposición voluntaria con obligación modal queda obligado al cumplimiento de dicha obligación. Los autores que apoyan la subsistencia de la obligación a cargo de quien hereda abintestato se basan, aparte de en la aplicación analógica de los dos artículos citados, en el texto del artículo 461-11.1: *"El llamado que repudie la herencia testamentaria podrá aceptar la intestada, pero con sujeción a los legados, fideicomisos, condiciones y demás cargas que el testador haya impuesto"*. Pero parece que este precepto, salvo en el específico caso que regula, lleva más a la conclusión opuesta, por interpretación *a sensu contrario*. De todos modos, probablemente la solución más segura sea la misma que en los casos de la ley aragonesa y común, por los principios que inspiran la materia, fundamentalmente el respeto a la voluntad dispuesta por el testador.

3. PLURALIDAD DE GRAVADOS

Si son varios los herederos o legatarios sujetos a una misma obligación modal, habrá que presumir que la obligación se distribuye en proporción a sus respectivas cuotas, sin solidaridad entre ellos, dada la presunción contraria a ésta que inspira el ordenamiento jurídico (art. 1137 del Código Civil). Aunque el causante puede haber dispuesto la solidaridad.

Por otra parte, si la obligación en que el modo consiste es indivisible –bien por su naturaleza, bien por la voluntad del testador–,

deberá cumplirse en su integridad, sin perjuicio de que si ha tenido que ser cumplida toda ella sólo por uno o varios de los gravados, podrán éstos reclamar a los restantes la parte que les corresponda en la obligación en proporción a su cuota.

4. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL GRAVADO

Es discutible si el gravado por la obligación modal responde de su cumplimiento sólo hasta el valor de lo que obtenga como heredero o legatario.

En el Derecho catalán, el artículo 427-39.1 del Libro IV Código Civil de Cataluña dispone que si el valor de los legados excede de lo que la persona gravada obtiene por causa de muerte, ésta los puede reducir o suprimir, salvo que los cumpla íntegramente a sabiendas de que son excesivos. Probablemente tal norma es aplicable para el heredero o legatario gravado con un modo, dada la remisión que hace el artículo 428-1.4 de dicho cuerpo legal: *"las normas de los legados se aplican también a los modos si su naturaleza lo permite"*.

Para el Derecho común, parece que hay que distinguir entre el heredero y el legatario. Por lo que se refiere al heredero, conforme al artículo 1003 del Código Civil, *"por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios"*, de donde la doctrina deduce mayoritariamente que la responsabilidad por el cumplimiento del modo no está sujeta a limitación, salvo que el heredero sujeto a la misma acepte la herencia a beneficio de inventario. Por contra, algún autor, como Durán Rivacoba [en "Modo y liberalidad (aproximación a su estudio unitario)", en el volumen III de los estudios en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, pp. 293 y ss.], considera que el indicado precepto no es de aplicación a la obligación modal y que por la propia naturaleza de ésta, que no es legado, ni deuda, ni carga de la herencia, se aplican los efectos del beneficio de inventario. Pero esta posición no parece ser la mayoritaria.

En cambio, parece razonable entender que el legatario sólo responde de la obligación modal que se le haya impuesto hasta donde alcance el valor del legado recibido. Así puede inferirse de lo dispuesto en el artículo 858 del mismo cuerpo legal, que, tras disponer que *"el testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo al*

heredero, sino también a los legatarios", añade que *"éstos* [los legatarios] *no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado"*. Es cierto que la norma se refiere al sublegado y que en el Derecho común no hay una remisión como la del Derecho catalán a la regulación del legado, pero creo que la analogía de las situaciones lleva a la misma solución.

En cuanto al Derecho aragonés, el principio que inspira la regulación de la responsabilidad del heredero es de la limitación de la misma, ya que *"el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario"* (art. 40.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte). De este principio cabe inferir que el heredero sólo responderá del cumplimiento del modo en los indicados términos. Respecto de los legatarios, ante la falta de una regulación específica en el Derecho aragonés, habrá que aplicar la del Código Civil, que, como hemos visto, lleva a la misma conclusión.

Y estas mismas soluciones son las aplicables al Derecho navarro, conforme al principio de responsabilidad *intra vires* del heredero que se establece en la ley 318 del Fuero Nuevo.

VI. EL BENEFICIARIO

Ya se ha hecho una referencia a la supuesta necesidad conceptual del llamado beneficiario, es decir, la persona, o personas, favorecidas por el cumplimiento de la obligación modal. Como ya se dijo, buena parte de la doctrina considera que la existencia de un beneficiario está implícita en la idea misma de la obligación modal, que puede establecerse a favor del mismo sucesor gravado, de un tercero determinado o de personas indeterminadas, en cuyo caso el beneficiario sería la colectividad, la sociedad.

Sin embargo, dejando aparte lo discutible que es configurar como sujeto de derechos a la sociedad, como colectividad de personas, lo cierto es que la casuística en materia de modo puede ser extraordinariamente variada y en muchos casos no se acierta a ver sombra alguna del beneficiario. En el típico caso en que se impone la obligación de realizar sufragios por el alma del testador, no parece razonable considerar que ésta es la beneficiaria. Pero pensemos, por

ejemplo, en la obligación modal consistente en mantener y continuar la colección filatélica que tenía el causante; o conseguir algún tipo de realización relacionada con una actividad (deportiva, artística o de cualquier otra clase) a la que el causante tenía afición (pero a lo mejor muy poca el gravado).

En fin, como hemos dicho, la obligación modal puede tener por objeto cualquier clase de prestación que reúna los requisitos de validez de toda obligación y no siempre habrá alguien que pueda considerarse beneficiario del cumplimiento de la misma.

VII. REQUISITOS Y LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN MODAL TESTAMENTARIA

Para empezar, la obligación en que el modo consiste debe reunir los **requisitos generales de las obligaciones**, por lo que su objeto debe ser posible, lícito y determinado. No vamos a extendernos aquí en el significado de estos requisitos, que nos podría llevar muy lejos.

Además, deberán concurrir los **requisitos generales de capacidad y forma propios del instrumento en que se dispone el modo por causa de muerte**, es decir, el testamento, el pacto sucesorio o el instrumento en que se formalice la ejecución de la fiducia sucesoria, según los casos. Tampoco vamos a detenernos en el examen de estos requisitos.

También deberán respetarse los **límites que cada legislación establezca para disponer por causa de muerte**. En particular, las obligaciones modales impuestas a legitimarios deben respetar los derechos de éstos a percibir sus legítimas. De hecho, ésta es una de las limitaciones principales para poder establecer obligaciones modales por causa de muerte y deben ser muy tenidas en cuenta por quien redacte la disposición por causa de muerte. En este sentido, la obligación modal, cuando recae sobre un legitimario, vendría a actuar como un gravamen, sujeto a las normas que protegen la intangibilidad cualitativa de las legítimas.

Que la obligación modal a estos efectos ha de considerarse como un gravamen recayente sobre la legítima, incluido, por tanto, en el artículo 813, párrafo segundo, del Código Civil y demás normas concordantes del resto de los Derechos españoles, es algo acerca

de lo cual no parece haber duda. Expresamente lo incluye entre los gravámenes sobre la legítima el artículo 183.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón. También el artículo 451-9.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña incluye el modo dentro del régimen de los gravámenes sobre la legítima.

Dicho esto, hay que añadir que cómo han de tratarse las obligaciones modales que recaen sobre los legitimarios no es materia sencilla. Dada la importancia de la cuestión para determinar en qué medida puede alguien imponer obligaciones a sus sucesores, vamos a examinar esta cuestión con algún detenimiento, dentro de las limitaciones que nos impone la duración razonable de esta conferencia.

Teóricamente caben dos posibilidades de tratamiento de las obligaciones modales a cargo de legitimarios. La primera sería considerarlas como una disminución de valor de la atribución recibida, de modo que si, reducido ese valor, no obstante se cubre el importe de la legítima, nada podría objetarse a la obligación modal; es decir, sería el mecanismo de intangibilidad cuantitativa el que, en su caso, actuaría en protección de los derechos del legitimario: quien hubiera recibido una atribución superior a su legítima pero con una obligación modal que reduce su valor por debajo de aquélla, tendría derecho al complemento o suplemento de legítima en otros bienes.

La segunda solución es completamente distinta y, por la vía de un mecanismo específico de intangibilidad cualitativa, impone que los legitimarios reciban bienes de al menos un importe equivalente a la legítima que, además, estén libres de gravámenes y, por tanto, también de obligaciones modales. Es una mayor protección de los derechos legitimarios, porque, de esta forma, aun habiendo bienes por valor superior a la legítima, puede reclamarse por lesión cualitativa de la misma. Por tanto, la obligación modal impuesta a un legitimario y que rebase los derechos legitimarios se tendrá por no puesta.

Pues bien, esta segunda solución es la que establece el Derecho español para las obligaciones modales testamentarias. Así lo entiende la doctrina para el Derecho común, interpretando el artículo 813 del Código Civil, y así lo disponen también el artículo 183 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, el artículo 451-1.9 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, el artículo 60 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco y artículo 241 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

Sobre esta cuestión, podemos hacer varias consideraciones:

1. Este régimen es aplicable, como se ha dicho, para las obligaciones modales sucesorias. Sin embargo, las dispuestas en liberalidad entre vivos, es decir, en donación, quedan sujetas al primero de los sistemas que se han explicado: cuando la obligación modal se ha impuesto al legitimario en una donación, lo que sucede es que, para la computación de esa donación y su imputación a la legítima del donatario, se reducirá, en el valor que suponga la obligación modal, el importe de la donación. La razón de este distinto tratamiento es obvia: al hacerse la donación no es posible saber en qué medida va a servir de pago de la legítima, porque no se sabe ni el importe de ésta, ni si el legitimario recibirá otras atribuciones imputables a ella; además, al aceptarse la donación se aceptará también la obligación.

2. Si la obligación modal consiste en la entrega de bienes determinados, incluidos en la herencia, a un tercero, estaremos más bien ante un legado o sublegado o, al menos, ante un supuesto equiparable, en el que lo coherente será aplicar el régimen de la intangibilidad cuantitativa. Es lo que cabe deducir del artículo 183.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, que, tras establecer que el modo es un gravamen a efectos de la legítima y, por tanto, sujeto a su régimen jurídico, dispone que no se consideran gravámenes los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente.

3. En la medida en que la obligación modal es una obligación personal que se impone al sucesor y que, tal y como hemos dicho, no recae, como una carga real, sobre los bienes recibidos por el legitimario, no es fácil determinar si la obligación modal supone una infracción del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. En mi opinión, habrá que proceder de esta forma:

a) Una vez calculado el importe de la legítima, si resulta que las liberalidades recibidas por el legitimario en vida, valoradas en la forma que dispone la ley, excluyendo el valor de los posibles gravámenes a que estuvieran sujetas superan el importe de su legítima, se entenderá ésta ya cubierta, de modo que las liberalidades por causa de muerte ya no serán imputables a la misma y, por tanto, las obligaciones modales que se le impongan en ellas no quedarán sujetas a la regla que obliga a que se tengan por no puestas.

b) Si las liberalidades entre vivos no cubren la legítima, habrá que ver si, caso de que el gravado haya recibido varias atribuciones por causa de muerte y sólo alguna de ellas está sujeta a la obligación modal, entre el importe de las no sujetas y las liberalidades entre vivos se cubre el importe de su legítima. Si así fuera, la obligación modal quedaría incólume. Si no, quedaría afectada por la prohibición y habría que dejarla sin efecto, en la forma que a continuación diremos. De aquí se infiere una interesante regla práctica: conviene que el testador que quiere imponer una obligación modal a un legitimario disponga en su favor varias atribuciones, de forma que deje libre de la obligación modal alguna atribución que pueda cubrir la legítima e imponiendo aquélla sobre las otras, preferentemente en forma de legado. Con lo cual, se conseguirá evitar que la obligación modal pueda dejarse sin efecto por contravenir la legítima.

4. En cuanto a la forma en que ha de dejarse sin efecto la obligación modal que contraviene la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima, surgen también muchas dudas, ante el silencio de la mayor parte de las legislaciones. El artículo 184.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón establece varias reglas, que entiendo razonables y generalizables:

a) En principio, la obligación se tendrá por no puesta sólo en la parte que vulnere la prohibición. Lo que sucede es que, dada la indivisibilidad que en muchos casos tendrá la obligación modal, será difícil que pueda lograrse la ineficacia parcial. Como dispone dicho precepto, si por su naturaleza no fuera posible dejarla sin efecto parcialmente, se tendrá por no puesta en su totalidad.

b) Para el caso de que fueran varios los descendientes sujetos a la obligación modal, la parte que, en su caso, deba quedar sin efecto se repartirá entre ellos en la misma proporción en que hayan sido favorecidos por el causante en sus disposiciones por causa de muerte.

c) Si a un descendiente se le hubieran impuesto varios gravámenes, incluyendo entre ellos alguna obligación modal, podrá decidir el orden en que deben quedar sin efecto.

5. Existen algunas obligaciones modales que, aun recayendo sobre la legítima, no vulneran la prohibición de establecer gravámenes sobre ella. Podemos mencionar las siguientes:

a) En los sistemas de legítima colectiva, en que el deber que la legítima implica puede cumplirse con cualquiera de los legitimarios, con sólo uno o con varios o todos ellos, y en la proporción que el causante haya decidido, si resulta que el beneficiario de la obligación modal impuesta a un legitimario es otro legitimario, no existe contravención de la intangibilidad cualitativa de la legítima: la obligación modal supone una forma de hacerse efectiva la legítima colectiva. Así lo dicen expresamente el artículo 186.1.º de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón y el artículo 60 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco; en realidad así sería aunque dichas leyes no lo dijeran expresamente, porque es algo consustancial con el sistema mismo de legítima colectiva que impera en los Derechos civiles de Aragón y de Vizcaya. Lo mismo será aplicable para la mejora del Derecho común, que es también una modalidad de legítima colectiva, aunque el Código Civil no lo disponga de forma expresa.

b) En el Derecho aragonés, también se permiten aquellos gravámenes sobre la legítima –entre los que puede haber obligaciones modales– establecidos por una justa causa, siempre que esté expresada en el título sucesorio o en documento público (art. 186.3.º de la Ley de Sucesiones por causa de muerte), entendiéndose por justa la que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios, añadiéndose que la causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre que no lo es (art. 187). Se trata de una regla específica para Aragón, donde tiene mucha importancia. Destacar de ella la obligación de que la justa causa se exprese en el título sucesorio o en documento público y la presunción en su favor mientras no se demuestre que la causa no es justa, lo que parece que requerirá un pronunciamiento judicial en tal sentido.

c) Otra vía por la que se puede conseguir hacer efectiva una obligación modal impuesta a un legitimario consiste en establecer en el título sucesorio una opción compensatoria de legítima. Es decir, dar al legitimario la opción de elegir entre recibir una porción de herencia superior a lo que le correspondería por legítima estricta, pero sujeto a la obligación modal, o rechazar ésta y con ello ver reducida su porción hereditaria. Estas opciones están reguladas en algunos de nuestros Derechos civiles.

En el Derecho aragonés, se impone para la validez de estas cautelas un doble requisito: que la opción a favor de la atribución libre

de gravamen permita cubrir la totalidad de la legítima colectiva; y que si se opta por la atribución sujeta a gravamen, el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios cubra además la mitad de la parte de libre disposición (art. 185 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte). Es decir, que la contrapartida por aceptar el gravamen incluya al menos la mitad de la parte de libre disposición de la sucesión.

En la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, el artículo 49, aplicable a las Islas de Mallorca y Menorca, admite también la disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta. Aquí no se exige el *premio* a los legitimarios gravados, contra lo que sí hace el Derecho aragonés.

Por su parte, en Cataluña, el artículo 451-9 del Libro IV del Código Civil impone directamente el régimen de la cautela, al disponer que si la disposición sometida a limitación tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, éste debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar sólo lo que por legítima le corresponda, añadiendo que si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción.

En el ámbito del Código Civil, sólo se regula expresamente la posibilidad de opción del legitimario para el caso del usufructo o renta vitalicia (art. 820.3.º), pero la doctrina acepta la posibilidad de incluir en el testamento la cautela sociniana, si bien algún autor considera que la aplicación de estas cautelas a la mejora es problemática, ya que al atribuirse ésta a favor del hijo o hijos que acepten el gravamen, la entidad global descendientes sufre colectivamente una condición que favorece al titular de ese gravamen, que es un no legitimario, deduciendo de ello que estas cautelas aplicadas a la mejora sólo son eficaces cuando se las hace jugar junto con el tercio de libre disposición, es decir, cuando se da a elegir a los legitimarios entre recibir la mejora más el tercio de libre disposición con el gravamen o sólo su legítima, puesto que así el condicionamiento global que sufren los legitimarios como colectivo puede estimarse compensado con la posibilidad de recibir el tercio de libre disposición (Vallet de Goytisolo, *Estudios de Derecho sucesorio*, volumen III, *Estudios dispersos sobre las legítimas*). Esta misma idea es la que parece

haber inspirado la norma anterior del Derecho aragonés, en el que toda la legítima es mejora, como colectiva que es.

El último límite que es preciso considerar tiene que ver con las **obligaciones modales de tracto sucesivo**, es decir, aquellas en que la obligación impuesta tiene carácter permanente en el tiempo. Las más frecuentes de este tipo son las que consisten en destinar un bien, normalmente el que es objeto de la liberalidad, a determinada finalidad. La cuestión que debemos plantearnos es si, cuando el testador no ha previsto un plazo determinado, hay que considerar que estas obligaciones son perpetuas, de modo que se transmiten a los herederos del gravado y a los herederos de sus herederos por los siglos de los siglos, o si tienen algún límite temporal.

Para las adquisiciones a título gratuito de las Administraciones públicas, suelen existir normas que establecen limitaciones temporales. Así, el artículo 21.4 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone que *"si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público"*. En similares términos se pronuncia el artículo 13 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), recogiendo la norma que ya establecía el anterior Reglamento (art. 97 del Decreto de 27 de mayo de 1955). La cuestión sería determinar cuándo concurren esas *"circunstancias sobrevenidas de interés público"* que autorizan a que, una vez transcurridos los treinta años, puedan destinarse los bienes a otros fines. El artículo 42.1 del Reglamento de la Ley 33/2003 (Real Decreto 1373/2009) todavía parece ir algo más allá, al establecer que *"sólo procederá la reversión de los bienes y derechos adquiridos gratuitamente bajo condición o modo de destino a un fin determinado cuando, no habiendo transcurrido el plazo fijado en el acuerdo, o en todo caso el señalado en el artículo 21.4 de la Ley, se incumplieran las condiciones o el modo impuestos en el mismo"*. O sea que, si ha transcurrido el plazo, ya no procede la reversión, sin que sea exigible el requisito adicional de que concurran circunstancias sobrevenidas de interés público.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias, no ha dado relevancia al plazo señalado. Así, la sentencia de 20 de julio de

2007 (ponente Xavier O'Callaghan), relativa a una donación de un inmueble realizada en 1937 por un particular al Estado para que sea destinado a campamento y campo de instrucción y de tiro, siendo que en el año 1997 se enajena el terreno en cuestión; la sentencia declara la revocación de la donación arguyendo que si el uso resultó temporal, no obstante haber transcurrido medio siglo de uso, temporal debe ser considerada la donación, sirviendo como único fundamento el artículo 647 del Código Civil, sin limitación temporal. La de 14 de febrero de 2006, ésta de la Sala 3.ª, por tratarse de un recurso contencioso-administrativo, puesto que un Ayuntamiento había hecho una cesión gratuita de un terreno al Estado para ser destinado a cuartel de la Guardia Civil, argumenta con el citado artículo 13 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, para concluir que el plazo de treinta años de dicho precepto no tiene incidencia por su carácter reglamentario y posterior y por la integración con el artículo 647 del Código Civil, que no establece plazo alguno. Ninguna referencia se hace en estas sentencias al artículo 21 de la citada Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, quizá porque, a pesar de lo reciente de dichas sentencias, la indicada Ley es posterior a los hechos objeto de las mismas.

Esto cuando quien adquiere los bienes sujetos a la obligación modal es una Administración pública, porque, cuando es un particular, en principio, no existen normas que establezcan limitación temporal alguna.

Podría razonarse que si el sucesor no quiere quedar sujeto a la limitación perpetua que la obligación modal le impone, lo que debe hacer es repudiar la atribución; o limitar el cumplimiento al límite del valor de la liberalidad recibida, en los casos en que hemos indicado que esto es posible. Ahora bien, admitir esa perpetuidad podría suponer una suerte de amortización o vinculación de los bienes, que resulta contraria a los principios generales del Derecho que rigen en nuestro ordenamiento.

El límite habría que fijarlo en el temporal que establecen las reglas que regulan las sustituciones fideicomisarias (para el ámbito del Código Civil, arts. 781 y 785; para Cataluña, art. 426-10 del Libro IV del Código Civil de Cataluña; para las Islas Baleares, art. 25 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares; y para Navarra, la ley 224 del Fuero Nuevo de Navarra). Y esta misma limitación creo que habrá que aplicarla a las demás obligaciones modales, de

la naturaleza que sean, que impongan una limitación que se extienda en el tiempo.

VIII. EFICACIA DEL MODO

Es éste quizá el punto capital del régimen jurídico de la obligación modal: en qué medida y de qué forma vincula al gravado por él y qué efectos produce su incumplimiento. Y lo cierto es que la variedad de opiniones existentes sobre la materia es tal que cuál sea la solución más segura dista de estar clara. Se discrepa acerca de casi todo: qué tipo de derecho atribuye al beneficiario; quién puede exigir que se cumpla; si es posible, frente al incumplimiento voluntario, el cumplimiento forzoso en forma específica; si su incumplimiento genera la resolución de la liberalidad y, en su caso, en qué casos, con qué requisitos y quiénes pueden instarla; qué garantías adicionales pueden establecerse para su cumplimiento; qué sucede en caso de imposibilidad de cumplimiento. No queda más remedio que detenernos en estas cuestiones para poder concluir este estudio.

Ya hemos dicho que el efecto específico y propio del modo consiste en generar una obligación para el gravado, pero es preciso profundizar en el significado que esto tiene.

1. DERECHO DEL BENEFICIARIO

Conceptualmente hablando, el modo no genera un derecho subjetivo para el beneficiario como tal, suponiendo que exista y sea determinado o determinable. Es decir, la obligación en que el modo consiste para el gravado no genera un derecho directo para el beneficiario, que adquiera directamente del causante.

Esto es, precisamente, lo que distingue el modo respecto del legado y del sublegado. En efecto, el legatario sí que tiene un auténtico derecho subjetivo que recibe directamente del causante, mientras que en el modo lo que prevalece es la idea de que debe cumplirse la voluntad del testador porque así lo ha ordenado, y sólo se confiere una legitimación formal para pedir en interés ajeno que se cumpla esa voluntad (Puig Brutau, en *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 1.º, 1963). Estamos, pues, ante lo que podemos llamar disposiciones sin atribución patrimonial directa (Lacruz Berdejo, en *Elementos de*

Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones). O, como dice ROCA-SASTRE MUNCUNILL (en *Derecho de Sucesiones*, I), el modo no atribuye derecho subjetivo a persona alguna, sino solamente una acción instrumental de exigir su ejecución, existiendo únicamente una facultad de ciertas personas de exigir el cumplimiento de su voluntad para conseguir la finalidad o interés por él mismo querida; no hay, en consecuencia, vocación directa por parte del testador en favor del beneficiado por el modo, sino simple imposición de una carga al heredero o legatario, quien específicamente ha de cumplirla y ofrecer su cumplimiento a los favorecidos, quienes podrán aceptarla o renunciarla a su arbitrio pero como vocación u oferta efectuada por los gravados, y no directamente del testador.

Consecuencia de ello es que, como acertadamente señala DURÁN RIVACOBA (*obra citada*), el objeto en que consiste el modo no integra el patrimonio jurídico del beneficiario en cuanto derecho a su prestación, no pudiendo, en consecuencia, transmitirse, ni ser embargado.

Para Cataluña, el artículo 428-1 del Libro IV de su Código Civil expresamente recoge este principio básico de la configuración del modo, al disponer que éste no redunda en provecho directo de quien puede pedirlo y que si el testador atribuye, a favor de una persona o personas determinadas, cualquier derecho diferente al de pedir el cumplimiento del modo, se entenderá dispuesto un legado u otra disposición por causa de muerte, y no un modo, aunque el testador se valga de esta expresión.

Es decir, el testador puede elegir, para favorecer a alguien a costa de un heredero o legatario, entre ambas figuras, legado y modo, según estime más oportuno. Realmente, si lo que pretende es favorecer a un tercero a cargo del gravado, lo más adecuado será que disponga un legado o sublegado, puesto que es la forma directa de conseguir el fin propuesto. Para decidirse por el modo deberá haber razones específicas que desaconsejen seguir el medio directo. Como dice DURÁN RIVACOBA (*obra citada*), ello puede ser debido a dos tipos de razones: o existe una desconfianza por el causante hacia su persona o le ofrece mayores garantías desde la perspectiva de su eficacia el presumible, a su juicio, buen hacer del destinatario de los bienes para el cumplimiento de su encargo. Conviene tener en cuenta esta distinción para una correcta práctica testamentaria y para llamar a cada cosa por su nombre. Si bien, como hemos visto que

dice expresamente el Derecho catalán, la denominación utilizada no será decisiva, por lo que, si el disponente atribuye al beneficiario un auténtico derecho subjetivo directo, estaremos ante un legado, aunque lo haya designado con la denominación de modo.

Ésta es la posición dominante también en el ámbito del Derecho común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Ahora bien, no puede dejar de llamarse la atención acerca de que un grupo de autores ha impugnado la nitidez de esta distinción; así, VALLET DE GOYTISOLO (en *Panorama del Derecho de Sucesiones,* I, *Fundamentos*, 1982) considera que hay un prurito conceptualista de aislar químicamente puros el modo y el legado, cuando en realidad se trata de figuras situadas en planos distintos que pueden entrecruzarse, pero que no están contiguos ni por eso necesitadas de un deslinde, atribuyendo este autor al beneficiado por el cumplimiento del modo el derecho a exigir tal cumplimiento, y criticando la STS 4-VI-65, que niega ese derecho partiendo de la distinción antes referida.

2. LEGITIMACIÓN PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DEL MODO

Lo anterior nos lleva a plantearnos quién está legitimado para exigir el cumplimiento de la obligación modal. La extraordinaria casuística existente en la materia hace que la cuestión no pueda resolverse de forma sencilla.

Para la donación, al menos mientras viva el donante, el tema es más fácil: sólo él podrá exigir su cumplimiento. Más complicado es una vez fallecido, aunque lo más coherente será entender aplicables las mismas reglas que para las disposiciones sucesorias modales, que ahora pasamos a examinar.

Para las liberalidades modales por causa de muerte, tenemos un amplio catálogo de personas con posible legitimación que conviene analizar.

Para Cataluña, el artículo 428-2 del Libro IV de su Código Civil dispone que pueden exigir el cumplimiento de los modos: a) el albacea, b) el heredero, respecto al modo impuesto a otros partícipes en la herencia, c) el legatario gravado con un legado sujeto a modo, d) el coheredero o colegatario, respecto a los modos impuestos a todos o a determinados coherederos y colegatarios, e) los órganos administrativos correspondientes, las entidades asistenciales y las

fundaciones y asociaciones interesadas, respecto a los modos con finalidades de interés general, y f) las personas que el testador haya nombrado a tal fin.

En el ámbito del Derecho común, no existe una norma similar. Desde luego, está clara la legitimación del albacea (art. 902.3 Código Civil) y la de la persona nombrada a tal fin por el testador (que vendría a ser una especie de albacea con facultades específicas). A estos efectos, debe destacarse la conveniencia de que en los testamentos en que se dispongan obligaciones modales se piense bien en quién queda encargado de poder exigir su cumplimiento, designando, incluso, una persona de confianza del testador para ello.

También parece clara la legitimación de los herederos (art. 911), desde luego para el caso de no haber albacea; más discutible es si también la tienen en el supuesto de que, habiendo albaceas o personas nombradas al efecto por el transmitente, éstos no exijan el cumplimiento pudiendo hacerlo.

Pero aparecen, a continuación, un variado grupo de candidatos a tener legitimación.

— Resulta discutible la atribución de legitimación al legatario, aunque quizá pueda defenderse en los mismos casos en que se lo concede el Derecho catalán, según hemos visto. Así, podemos mencionar al legatario gravado con un legado sujeto a modo (siempre que no haya albacea o persona encargada de ello por el transmitente), legitimación que se basaría en que la resolución derivada del incumplimiento haría que el bien revertiera en él. También podría otorgarse legitimación al legatario en el supuesto de que haya varios legatarios gravados con el mismo modo y éste sea indivisible o, no siéndolo, se dé la circunstancia de que para cumplir su parte de obligación modal sea presupuesto el cumplimiento del otro u otros colegatarios.

— Se ha venido defendiendo la legitimación del Diocesano para pedir el cumplimiento del modo de carácter piadoso. Probablemente es defendible la legitimación para exigir el cumplimiento del modo consistente en sufragios y obras pías de la autoridad religiosa que represente a la Iglesia o confesión religiosa legalmente reconocida a la que pertenecía el causante, salvo que el testador hubiera señalado otra cosa. Para Cataluña, el artículo 428-3.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña establece una solución discutible, al indicar

que si el causante destina una parte de sus bienes a sufragios y obras pías, indeterminadamente y sin especificar su aplicación, la persona gravada debe venderlos y debe entregar la mitad del importe a la confesión religiosa a la que pertenecía el causante, para dichos sufragios y para atender a sus necesidades, y la otra mitad, a la Generalidad de Cataluña, para que los aplique a entidades o a finalidades asistenciales del municipio o la comarca del último domicilio del testador en Cataluña. En cualquier caso, parece que tanto la confesión religiosa como la Generalidad de Cataluña podrán exigir que esta regla se cumpla.

— Otra legitimación en la que se suele pensar es la de la autoridad administrativa competente para exigir el cumplimiento del modo cuyo objeto fuera una finalidad de interés público. En cuanto a los modos establecidos en favor de los pobres, las disposiciones específicas establecidas en la ley (para el Derecho común: art. 749 del Código Civil; para Cataluña, el art. 428-3.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña; y para Aragón, el art. 158 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte) creo que, efectivamente, permiten conceder a dichas autoridades esta legitimación. En los demás casos de obligaciones modales con finalidad de interés público, ya hemos visto que el Derecho catalán concede legitimación a los órganos administrativos correspondientes, las entidades asistenciales y las fundaciones y asociaciones interesadas para exigir el cumplimiento de los modos con finalidades de interés general.

Esta legitimación, incluso deber, de la autoridad pública competente en el lugar donde deba ejecutarse la disposición por causa de muerte creo que puede extenderse a todos los modos en que esté envuelto el interés público, por la función que encomienda a la autoridad pública.

Téngase también, a estos efectos, que el artículo 179 del Reglamento Notarial establece que los notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, o que tenga por objeto fines de interés general, como los de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga, remitirán a los órganos administrativos competentes que ejerzan el protecto-

rado sobre las fundaciones creadas para el cumplimiento de dichos fines, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes, tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador. Y añade que de igual modo los notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan alguna disposición de las expresadas en el párrafo anterior, notificarán mediante acta, a los órganos administrativos competentes a que se refiere el apartado anterior, el texto íntegro del testamento, con cargo a la herencia.

— Algún autor concede legitimación para exigir el cumplimiento de los modos que satisfagan intereses de tipo familiar a los parientes del causante. En mi opinión, si resulta que no hay albacea ni persona designada por el testador para asegurarse del cumplimiento del modo y el único heredero es el gravado por el modo, tal vez sea razonable admitirla.

— También se ha defendido la legitimación de la persona que adquiriría los bienes si no se cumple el modo, es decir, si se resuelve la liberalidad que acompaña. Creo que también resulta razonable atribuirle esa facultad, al menos con carácter subsidiario de los que en principio debería exigir el cumplimiento.

En cuanto a los beneficiarios de la obligación modal, es un tema muy debatido si tienen legitimación para exigir su cumplimiento cuando el testador haya establecido claramente una obligación modal, en vez de un legado o sublegado. Es quizá criterio mayoritario que, en la medida en que el establecimiento del modo no les atribuye un derecho subjetivo y que eso es, precisamente, lo que distingue el modo del legado, no tendrían legitimación para exigir el cumplimiento del modo (criterio expresamente recogido para Cataluña en el art. 161 CS). De todos modos, esta conclusión no es unánime. Así, Lacruz Berdejo (*obra citada*), aun aceptando la distinción entre legado y modo, admite la legitimación del beneficiario para exigir la ejecución del modo, e incluso una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, con arreglo a los principios del Derecho de obligaciones, todo ello sobre la base de la aplicación analógica del artículo 1257 del Código Civil y argumentando que en otro caso bastaría la connivencia del gravado y los herederos para despojar al favorecido. En mi opinión, esta propuesta parece razonable, pero quizá esta legitimación del beneficiario debería considerarse de tipo subsidiario

o residual: sólo para el caso de que ningún otro legitimado exija el cumplimiento y, tras haber fracasado el intento del beneficiario de que quien pueda, en principio, exigir el cumplimiento lo haga, tras haberlo instado.

3. EFICACIA RESOLUTORIA DEL MODO POR INCUMPLIMIENTO

Para entender si es posible instar la resolución por incumplimiento de la liberalidad a que va ligada la obligación modal y de qué forma y con qué requisitos, creo que hay que volver a insistir en que nos encontramos ante una obligación propiamente dicha. Por tanto, el incumplimiento del modo producirá las consecuencias que genera el incumplimiento de una obligación en el Derecho general de obligaciones, con las lógicas adaptaciones derivadas de que nos encontramos ante una obligación que acompaña a una liberalidad por causa de muerte.

Lo cual nos anima a volver sobre la distinción del modo con la condición, particularmente con la resolutoria potestativa, que, como dijimos, es la que plantea más dificultades en su distinción con el modo. En efecto, en la condición, como vimos, no hay obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse; sencillamente, la voluntad de que la liberalidad surta efecto va ligada firmemente al cumplimiento de la condición (en este caso, el cumplimiento de la condición resolutoria consiste en la no realización del dar, hacer o no hacer previsto por el transmitente, es decir, en lo que sería incumplimiento del modo), de modo que sin ellos se considera que no ha habido liberalidad. Por tanto, y salvo las matizaciones que la propia ley establece, es totalmente indiferente cuáles son las causas del cumplimiento de la condición: ésta deja sin efecto el acto de liberalidad, con eficacia retroactiva y con carácter automático.

En cambio, en el modo, sí que existe obligación, cuyo cumplimiento, por tanto, podrá exigirse. Y lo que se puede dudar es si el incumplimiento de la obligación modal realmente conlleva la pérdida de eficacia de la liberalidad a la que acompaña. Volvemos a encontrarnos con la falta de soluciones expresas de carácter general en el Código Civil.

En el caso de la donación, la cuestión no plantea dudas, puesto que la consecuencia que el artículo 647 Código Civil contempla para el incumplimiento es, precisamente, la revocación. La duda será qué

requisitos hacen falta para hacer valer la revocación y qué efectos produce ésta.

En cambio, en las disposiciones sucesorias modales, la posibilidad de dejar sin efecto la liberalidad por incumplimiento del modo es mucho más discutida.

En Cataluña, el artículo 428 del Libro IV del Código Civil de Cataluña afronta esta cuestión siguiendo los principios propios del Derecho catalán, que limitan a casos determinados la posibilidad de obtener la resolución de la liberalidad por causa de muerte. En concreto, si lo gravado por el modo es la institución de heredero, dado el principio prohibitivo de las condiciones resolutorias, se establece como única posibilidad la de imponer un fideicomiso al heredero instituido (esta solución probablemente es también la aplicable a Baleares, dado que allí también se aplica el principio de *"el que es heredero lo es siempre"*); si afecta a un legado, se acepta, además de la previsión de un fideicomiso, el derecho de la persona gravada por el legado de pedir su restitución, pero sólo si se demuestra que el cumplimiento del modo fue motivo determinante del legado, es decir, que el testador no habría querido el legado sin el modo, lo cual en principio no se presume.

En el ámbito del Derecho común, existen opiniones doctrinales discrepantes. Un grupo de autores, siguiendo criterios similares a los del Derecho catalán, cree que la resolución sólo será posible si el modo ha sido determinante. Entre otros, Puig Peña, Torralba Soriano y Durán Rivacoba. Este último autor encuentra la explicación para la distinción del régimen jurídico con la donación modal en que en las disposiciones por causa de muerte el disponente no puede valorar el carácter de la cláusula modal y, por ello, sólo en notorias circunstancias se permitirá que su incumplimiento implique las consecuencias más graves y extremas. También la sentencias del TS 7-12-1979 y 21-5-1984.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina admite la resolución por incumplimiento de la disposición gravada con el modo con carácter general. Así se infiere del artículo 797.2 del Código Civil: *"Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación"*.

De todos modos, hay que tener en cuenta que lo primero que habrá que examinar será la voluntad del transmitente. Así, éste podría haber establecido que la resolución sólo sea subsidiaria respecto del cumplimiento en forma específica. En segundo lugar, el transmitente puede llegar a excluir la posibilidad de revocación y establecer otro tipo de sanción para el incumplimiento (si el testador excluyera todo tipo de consecuencia para el incumplimiento, en realidad estaríamos ante un consejo o recomendación, no ante un modo propiamente dicho). Concretamente, puede establecer cláusulas penales, conforme a lo que luego veremos.

Por otra parte, producida la resolución, hay que examinar la forma en que se produce, que es diferente a cómo opera la condición resolutoria, ya que aquí no existe la automaticidad propia de la condición.

Y es que, realmente, estamos ante una resolución por incumplimiento, de características parecidas a la regulada en el artículo 1124 CC, y que precisará de similares requisitos. Así lo entienden acertadamente los autores que, en mi opinión, mejor han comprendido en qué consiste el modo. Así, podemos mencionar a Albaladejo García (en "La revocación por donaciones por incumplimiento de cargas", en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1984), según el cual la resolución precisa del ejercicio de una voluntad dirigida a obtenerla y, además, hace falta que se den los requisitos que la jurisprudencia ha venido declarando aplicables a la resolución por incumplimiento de las obligaciones. Algún autor, como Domínguez Rodrigo, estima que el principio general del artículo 1124 CC no fundamenta la resolución por incumplimiento del modo, ya que aquí no hay obligaciones recíprocas, sino liberalidad, encontrando la base de la resolución en la situación de injusto enriquecimiento por parte del donatario que se produciría caso de no concederla el ordenamiento jurídico. Por mi parte creo que, aunque así sea, el mecanismo resolutorio se basará en los principios generales que regulan la resolución por incumplimiento de las obligaciones, dejando a salvo las particularidades derivadas de la existencia de una liberalidad y las reglas específicas que haya, dada la proximidad de los supuestos.

Son consecuencias de este punto de vista, en cuanto a la forma de operar de la resolución, las siguientes:

a) La resolución requiere una declaración de voluntad dirigida a producirla. Ahora bien, en contra de lo que defiende ALBALADEJO GARCÍA (*obra citada*), creo que no precisa del ejercicio de una acción judicial para conseguirlo, sin perjuicio de que si el gravado discute la eficacia de la resolución, será preciso obtener la declaración de la misma mediante la sentencia dictada en el correspondiente procedimiento declarativo. En este sentido, creo que es válida la doctrina asentada en relación con el artículo 1124 CC.

b) Sólo el incumplimiento culpable habilita a pedir la resolución. Por ello, la imposibilidad de cumplimiento fortuita o imputable a un tercero extingue el modo, manteniéndose la eficacia de la liberalidad gravada.

c) No se considerará incumplimiento el que lo sea de una parte accesoria o secundaria de la obligación.

d) Tampoco se entiende que es incumplimiento el mero retraso (por existir voluntad de cumplimiento). Conforme a ello, el tribunal podrá, cuando esté justificado, conceder al gravado plazo para cumplir (art. 1124.3 CC).

e) Puede reclamarse la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento si éste no fuera posible por culpa del gravado (art. 1124.2).

f) Cabe el cumplimiento en forma equivalente, conforme a lo dispuesto en el artículo 797 CC.

g) La resolución no es subsidiaria respecto de la exigencia del cumplimiento en forma específica, de modo que cabrá optar entre una y otra. Pero puede suceder que la resolución no pueda operar por faltar alguno de los requisitos antes expresados: no ser el incumplimiento culpable, tratarse de un mero retraso o caber el cumplimiento en forma equivalente.

h) La resolución hará que los bienes objeto de la liberalidad pasen a las siguientes personas:

— En primer término la recibirá quien el transmitente hubiera indicado para tal caso, como sustituto fideicomisario.

— Si no se hubiera señalado a nadie específicamente, los bienes se recibirán por el sustituto vulgar siempre y cuando la sustitución no excluya este caso. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, en el ámbito del Derecho común, según la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina, la sustitución vulgar sin expresión de casos

se extiende a todos los casos en que el primeramente llamado no quiera o no pueda heredar, entre los que se encontraría éste, mientras que si está establecida sólo para uno o varios casos, quedan excluidos los demás; en cambio, para Cataluña, el artículo 425.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña dispone que, salvo que parezca que es otra la voluntad del testador, la sustitución vulgar ordenada para uno de los citados casos valdrá para el otro, y la ordenada para el caso de premoriencia del heredero instituido se hará extensiva a todos los demás en que no llegue a serlo porque no quiera o porque no pueda.

— Si no hay sustituto vulgar, acrecerá a los coherederos o colegatarios a quienes proceda.

— Si no procede el derecho de acrecer, si es un legado, se refundirá en la herencia.

— Y si no hay otros herederos designados, se abrirá la sucesión abintestato.

En cualquier caso, recuérdese que, como ya se dijo más arriba, el principio general es que quien reciba la liberalidad lo haga con sujeción a la misma obligación, salvo previsión del transmitente o que fuera puramente personal.

i) En cuanto a la forma en que produce efectos la resolución, habrá que estar, en primer término, a lo que el transmitente haya podido determinar. Si éste ha dispuesto, por ejemplo, un fideicomiso o una reversión a favor de otra persona, los efectos que producirá serán los propios de la sustitución fideicomisaria. A falta de previsión, para las donaciones modales, el artículo 647.2 del Código Civil establece que como consecuencia de la resolución quedarán nulas las enajenaciones que el gravado hubiera hecho y la hipoteca que sobre ellos hubiera impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria. Son efectos similares a los derivados del régimen resolutorio del artículo 1124 CC. Y es el mismo régimen que habrá que aplicar a las disposiciones testamentarias.

4. EL MODO DETERMINANTE

Se entiende por tal aquel en el que consta que el cumplimiento del modo fue motivo decisivo de la liberalidad. Esta figura tiene im-

portancia en el Derecho catalán, ya que es el requisito que habilita la resolución por incumplimiento de la atribución gravada. Sin embargo, en el régimen general español es posible obtener la resolución por incumplimiento de la obligación modal aunque el modo no tenga ese carácter. Desde este punto de vista, el modo siempre sería determinante. Ahora bien, también sucede en el ámbito del Derecho común que el testador disponga expresamente ese carácter determinante de la obligación modal, utilizando incluso la expresión *"condición"*, como medio de reforzar la obligación y asegurar su cumplimiento. En estos casos, la distinción entre condición y modificación parece oscurecerse. De hecho, algunos autores (ALBALADEJO GARCÍA, *obra citada*) consideran que entonces estamos ante una verdadera condición resolutoria y que debe aplicarse el régimen de ésta.

Sin embargo, creo que lo que sucede en esos casos es que el transmitente introduce una garantía real para reforzar la obligación de cumplimiento del modo. La idea puede comprenderse si comparamos el supuesto con el de la compraventa con precio aplazado garantizado con cláusula resolutoria. En efecto, si no existe cláusula resolutoria, la obligación del comprador de pagar el precio tendrá eficacia puramente personal, lo que no impide obtener la resolución del contrato por la vía del artículo 1124 CC, conforme a lo en él dispuesto; si se establece cláusula resolutoria, se consigue reforzar la eficacia de la obligación de pagar el precio aplazado, al dotarla de eficacia real, que permite su acceso al Registro de la Propiedad (tratándose de bienes inmuebles) y su oponibilidad a terceros adquirentes. En puridad, como ha dicho la mejor doctrina, aunque en la práctica se dice que el precio ha sido garantizado con condición resolutoria, verdaderamente no hay tal, ya que, según ha insistido la jurisprudencia, no existe aquí el automatismo ni la eficacia retroactiva derivados de la auténtica condición resolutoria: sencillamente, se está reforzando con una garantía real una obligación en principio puramente personal.

Pues bien, creo que estas ideas son válidas para el llamado *modo determinante*: no hay verdadera condición resolutoria, sino una cláusula resolutoria dirigida a reforzar la obligación, la cual permite su acceso al Registro de la Propiedad (ya vimos antes que el modo como tal, dado su carácter personal, no accede al Registro de la Propiedad). En el caso del modo testamentario, además, esta cláusula resolutoria tiene la virtud de acabar con las dudas que pue-

dan existir acerca de si es posible obtener la resolución en caso de incumplimiento (que, como hemos dicho y luego insistiremos, hay quien lo niega). Pero, por lo demás, en mi opinión, los requisitos y circunstancias que deben darse para poder operar la resolución no se modifican respecto de lo antes dicho.

5. LEGITIMACIÓN PARA PEDIR LA RESOLUCIÓN

También han surgido algunas dudas en torno a quién puede instar la resolución.

Si se trata de una donación modal, está claro que podrá hacerlo el donante mientras viva. Una vez fallecido, habrá que acudir a las soluciones válidas para las obligaciones modales testamentarias.

Para las liberalidades modales por causa de muerte, creo que la legitimación para obtener la resolución es más limitada que la que hemos examinado antes sobre la posibilidad de exigir el cumplimiento del modo. En este punto, creo razonable el criterio de LACRUZ BERDEJO (*obra citada*), que limita esta posibilidad a los herederos y albaceas y a quienes, eventualmente, por la decadencia de la liberalidad podrían llegar a ser herederos o legatarios o a aumentar su emolumento.

6. GARANTÍAS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL MODO

El modo, según venimos insistiendo, es una obligación que se impone a quien recibe una liberalidad, cuyo cumplimiento se puede exigir y obtener, si es posible, de modo forzoso, y cuyo incumplimiento permite obtener, en los términos examinados, la resolución de la liberalidad. Ahora bien, con independencia de ello, puede suceder que el disponente quiera que se adopten medidas que refuercen las posibilidades de que se cumpla. A ello vamos a dedicar este apartado.

Es el Derecho catalán el que más regula esta cuestión, preocupado por el hecho de que, como vimos, en Cataluña la resolución de la liberalidad *"mortis causa"* por incumplimiento del modo sólo puede proceder tratándose de legados y siempre que se demuestre su carácter determinante (art. 164.4 CSC). Por ello, establece una serie de medidas que pueden adoptarse para reforzar la obligación de cumplir el modo.

Podemos mencionar varios mecanismos para asegurar que el gravado cumpla la obligación modal que se le ha impuesto:

a) El afianzamiento. El artículo 797.2 CC lo impone, en la forma que vamos a ver, para los modos sucesorios. En cambio, no está previsto legalmente para las donaciones modales y no parece que proceda por analogía. De todos modos, hay que tener en cuenta que siempre prevalecerá la voluntad del transmitente, el cual podrá imponer afianzamientos, personales o reales (hipotecarios o pignoraticios), incluso en las liberalidades entre vivos, o eximir de prestar toda fianza en las *mortis causa*. También podrá el transmitente determinar el tipo de afianzamiento y las condiciones del mismo.

Ante la falta de previsión del testador, el afianzamiento que procede, como decíamos, es el del artículo 797.2 CC: *"Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación"*. Literalmente interpretado, el instituido bajo modo no ha de afianzar para entrar en posesión de la herencia; quienes deben hacerlo son sus herederos, si aquél fallece. Durán Rivacoba (*obra citada*) explica el sentido de la norma diciendo que si se exige la fianza a los herederos del gravado, pero no a éste, es debido a que aquéllos, a diferencia de éste, no merecen *a priori* la confianza del disponente. Sin embargo, otros autores defienden que también el gravado está obligado a prestar dicha fianza (Torralba Soriano, Lacruz, Cámara Álvarez), argumentando la lógica y los antecedentes históricos. No obstante, la literalidad de la norma parece clara y no deberían imponerse más obligaciones que las que la ley dispone, siempre dejando a salvo lo que el causante haya establecido.

En cambio, en el Derecho catalán, no se impone por ley la obligación de afianzar, aunque se faculta al testador a establecerla (art. 164 CSC). Lo cual no deja de ser un tanto paradójico si tenemos en cuenta que, como se ha dicho, en el Derecho catalán el incumplimiento del modo tiene una sanción mucho más débil que en el Derecho común, dado que la resolución de la disposición por esa causa es excepcional.

Habiendo obligación de prestar fianza, ésta se constituirá a satisfacción de las personas legitimadas para exigir el cumplimiento del modo, y, si no hubiera un acuerdo al respecto, se tendrá que someter a decisión de los tribunales a través de juicio declarativo.

b) Cláusula resolutoria. Un segundo mecanismo de aseguramiento consiste en establecer la cláusula resolutoria, ya se disponga como tal, ya aludiendo al carácter *determinante* del modo, o bien expresando que se somete el cumplimiento del modo a condición resolutoria. Estaremos ante el supuesto del *modo determinante* al que nos hemos referido antes y a lo cual nos remitimos.

c) Condición suspensiva. Si lo que hace el testador es suspender la eficacia de la liberalidad hasta que se cumpla la obligación impuesta, realmente no estaremos ante un modo, sino que, en ese caso, se tratará de una auténtica condición suspensiva. En efecto, no parece que en ese supuesto sea posible exigir nada al supuesto gravado, que nada recibe hasta que se cumple la condición. En esta línea, el artículo 428-4.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña dispone que no se entenderá propiamente ordenado un modo si el testador quiere garantizar su cumplimiento mediante condición suspensiva de la institución del heredero o del legado.

d) Cumplimiento por los albaceas. El artículo 428-4.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña dispone que el testador puede facultar a los albaceas para el cumplimiento del modo. Ya vimos que el albacea está legitimado para exigir el cumplimiento del modo. Aquí no se trata de esto, sino de que se le faculte para que él mismo, a costa del gravado, cumpla el modo, por supuesto si ello es posible por no tratarse de un dar, hacer o no hacer que sólo pueda ser realizado por él. Esta posibilidad creo que es válida también para el Derecho común. Sin embargo, no parece que ello cree una verdadera obligación para el albacea de cumplir por sí el modo si no lo hace el gravado; lo podrá hacer si quiere, y ello no es muy probable, por mucho que luego pueda reclamar contra él en resarcimiento de los gastos y perjuicios que el cumplimiento le hubiera ocasionado.

e) Cláusulas penales. Otra posibilidad prevista en el artículo 428-4.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña es que el testador establezca sanciones para el obligado que incumpla la obligación modal, posibilidad también válida para el Derecho común. Se tratará de cláusulas penales, probablemente moderables por el

juez conforme al artículo 1154 CC. Estas sanciones puede preverlas el testador sólo para el caso de que no se cumpla el modo o también para el de que el cumplimiento tenga que ser forzoso o incluso para el retraso en el cumplimiento; y pueden establecerse como sustitutivas de la indemnización de daños y perjuicios que pudiera corresponder o como adición de ésta. Las cantidades pagadas por este concepto corresponderán a las personas designadas al efecto por el testador, pero si éste no hubiera previsto nada parece que lo más razonable es atribuirlas al beneficiario del modo, y si no existe nadie en concreto, a los herederos.

f) Fideicomiso modal. El citado artículo 428-4.3 del Libro IV del Código Civil de Cataluña también establece que el testador podrá imponer un fideicomiso al sucesor gravado con el modo para el caso de que se incumpla por causas que le sean imputables. Es decir, que puede determinar que en tal supuesto los bienes objeto de la liberalidad pasen a otra persona. Éste es el procedimiento que utiliza el Derecho catalán, en el que no cabe la resolución de la institución de heredero, para conseguir un efecto similar, por vía indirecta. La figura creo que es perfectamente aplicable en el Derecho común. De hecho, siempre que el testador prevea expresamente un destinatario ulterior de los bienes para el caso de que el gravado no cumpla la obligación modal, creo que probablemente lo más correcto será configurarlo como una verdadera sustitución fideicomisaria, que tiene efectos menos radicales que una resolución pura y dura y, además, tiene un régimen jurídico más perfilado; salvo, quizá, que la persona designada fuera, precisamente, aquella en cuyo favor se produciría la resolución si nada indicara.

El mecanismo de funcionamiento de este fideicomiso es muy similar al de la sustitución fideicomisaria condicional. En efecto, tenemos que, por un lado, no estamos propiamente ante una sustitución fideicomisaria condicional, porque el hecho del que depende no es una condición, sino un modo, lo cual tendrá importantes consecuencias en cuanto a cuándo se entiende abierta la postsucesión, particularmente en lo relativo a la imposibilidad de cumplimiento, a que luego nos referiremos. Pero, por lo demás, el funcionamiento será casi igual que el de la sustitución fideicomisaria condicional y, así, para el fideicomisario, el hecho de que el gravado incumpla culpablemente o no la obligación modal actúa en cuanto a la adquisición de sus derechos como una auténtica condición, y por ello si fallece

antes de incumplirse culpablemente el modo, no adquirirá derecho alguno al fideicomiso.

Según lo dicho antes, el fideicomisario adquirirá los bienes con la obligación de cumplir la obligación modal, salvo que el transmitente hubiera dispuesto otra cosa o el modo fuera puramente personal del gravado; y, también, salvo que el modo estuviera establecido exclusivamente en favor del propio fideicomisario.

7. LA EXCEPCIÓN DE MODO NO CUMPLIDO

El artículo 428-4.5 del Libro IV del Código Civil de Cataluña establece otra sanción para el incumplimiento culpable del modo, que trata de estimular el cumplimiento, al disponer que al gravado con un modo todavía no cumplido por su culpa que ejercite cualquier acción fundamentada en su carácter de heredero o legatario, se le podrá oponer, con la finalidad de suspender el ejercicio de la acción, la excepción de modo no cumplido. Una disposición como ésta no existe en el Derecho común. Quizá podría defenderse que el transmitente pueda disponer este tipo de efectos al establecer el modo.

IX. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

Hemos caracterizado al modo como una obligación impuesta por el transmitente a quien recibe la liberalidad por aquél dispuesta y las consecuencias que produce su incumplimiento. Ahora bien, no queda completa la caracterización del modo sin examinar qué sucede cuando la obligación en que el modo consiste deviene de imposible cumplimiento.

Son varias las cuestiones que vamos a tratar en este apartado, que nos sirven para acabar de perfilar la forma de operar del modo.

En el tratamiento de esta cuestión, hay que distinguir los siguientes supuestos:

1. Imposibilidad originaria. En este punto, se produce una convergencia de efectos entre la condición y el modo. En efecto:

— Para la condición dispone el artículo 792 Código Civil: *"Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas*

costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa". Esta solución ha sido criticada por un gran sector de la doctrina, que considera que el negocio jurídico sometido suspensivamente a una condición imposible debería ser nulo, pues aparentar querer determinado resultado, pero sólo desde la aparición de un evento imposible es precisamente no querer que tenga lugar [LACRUZ BERDEJO (*obra citada*)]. De todos modos, probablemente esa solución pueda matizarse, en el sentido de que si pudiera demostrarse que el testador o donante no habría hecho la institución de heredero o el legado o donación si hubiera conocido tal imposibilidad, tal vez deberían considerarse como ineficaces, por aplicación del artículo 767.1: *"La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa"*. Creo que ello debe anteponerse a la literalidad del inciso *"aun cuando el testador disponga lo contrario"*, que ha de quedar limitado a las condiciones ilícitas, respecto de las cuales resulta más razonable, máxime en unión al artículo 768.2: *"La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita"*.

En cambio, en Cataluña, frente a las condiciones imposibles, las irrisorias y las perplejas, para las que se dice en el artículo 423-16 del Libro IV del Código Civil de Cataluña que se tienen por no formuladas, en cambio, el artículo 423-17, para las condiciones ilícitas señala que, aunque, en principio, se tienen por no formuladas, si resulta claramente que el cumplimiento de la condición ilícita es motivo determinante de la institución de heredero, ésta es nula.

— Para el modo, nada dice el Código Civil. Sin embargo, parece que la solución ha de ser la misma que para la condición. Es cierto que en materia de obligaciones rige el principio contrario, ya que la condición imposible anula la obligación que de ella dependa (art. 1116 CC). Pero, a pesar de la configuración del modo como una obligación, la mayor parte de la doctrina aplica la misma solución que a la condición, puesto que no sería coherente que la imposibilidad originaria produjera más efectos en el modo (anular la liberalidad de que ella dependa) que en la condición (tenerse por no puesta dejando con plena eficacia la liberalidad); tampoco sería coherente con el tratamiento que tiene la imposi-

bilidad sobrevenida, que vamos a ver a continuación. En consecuencia, también el modo originariamente imposible se tiene por no puesto, salvo que de la misma liberalidad resulte que el testador o donante no la habría hecho si hubiese conocido dicha imposibilidad.

Es la solución que da para Cataluña, el artículo 428-5.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña establece que *"el modo de cumplimiento imposible o ilícito se tiene por no ordenado, pero sin que ello implique la ineficacia de la institución de heredero o del legado gravados con el modo, salvo que su cumplimiento fuese el motivo determinante de la institución"*.

2. Imposibilidad sobrevenida. Aquí el régimen del modo vuelve a separarse del de la condición:

— En la condición, la imposibilidad sobrevenida equivale a incumplimiento. Ello es consecuencia de la naturaleza misma de la condición, a que antes nos hemos referido: si ésta no se cumple, sea cual sea la razón, los efectos ligados al cumplimiento de la condición no se producen. Sólo se exceptúa el caso regulado en el artículo 798.2: *"Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición"*. En similares términos, el artículo 423-15.3 del Libro IV del Código Civil de Cataluña.

— En el modo, por el contrario, la imposibilidad sobrevenida sin culpa de quien recibe la liberalidad purifica la atribución gravada por él, es decir, equivale a su cumplimiento. El Código Civil no establece expresamente esta regla, limitándose a decir, en el artículo 798.2, que *"cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición"*. Ahora bien, como decíamos, toda imposibilidad sobrevenida, que no sea debida a culpa del propio heredero, legatario o donatario sujeto al modo, equivale a su cumplimiento. Así hay que entenderlo como consecuencia de la naturaleza misma del modo y de lo que dispone el artículo 1156 CC para las obligaciones.

3. Cumplimiento en forma análoga. Una particularidad importante del modo respecto de la condición, que también se infiere de su naturaleza y del contenido obligacional que tiene aquél, es que admite su cumplimiento aproximativo. En efecto, el cumplimiento de la condición, para que tenga tal carácter, debe ser exacto

y completo, mientras que si la obligación modal no puede cumplirse en los mismos términos ordenados por el causante o disponente, deberá cumplirse en otros análogos. En realidad, para ser más precisos, el modo no es que pueda, sino que *debe*, cumplirse en forma análoga. En efecto, como hemos dicho antes, la imposibilidad sobrevenida del modo determina que éste se tenga por cumplido. Pues bien, lo que sucede es que, si cabe un cumplimiento análogo, no puede hablarse de imposibilidad, de forma que la obligación modal sigue vigente, si bien debiendo cumplirse en la forma análoga. Esta idea queda bastante bien recogida en el artículo 428-5.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña: *"no se considera que el modo sea de cumplimiento imposible si puede alcanzarse la misma finalidad que perseguía el testador aunque en un grado inferior o en términos diferentes a los que había ordenado"*.

La materia aparece regulada para el Derecho común en el artículo 798.1 del Código Civil, que dispone lo siguiente: *"Cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad"*.

El citado artículo 428-5.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña añade a lo dicho más arriba: *"En este caso, a instancia de la persona gravada con el modo o de cualquiera de las personas legitimadas para pedir su cumplimiento, la autoridad judicial competente puede decretar, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, la conmutación o la conversión del modo".*

En cuanto al ámbito de este mecanismo de conmutación, decir que, aunque se regula sólo para el modo en las liberalidades por causa de muerte, la mayor parte de la doctrina lo considera aplicable, por analogía, también a la donación modal. Por otra parte, creo que la norma sería de aplicación tanto a la imposibilidad originaria como a la sobrevenida, a pesar de que algún autor la limita a la segunda; no creo que haya razones en este caso para darles un tratamiento distinto. Sin embargo, LACRUZ BERDEJO (*obra citada*) cree que se limita a la imposibilidad sobrevenida.

Los **presupuestos** para que sea de aplicación son los siguientes:

a) Que el donante o disponente no haya dispuesto que el modo deba cumplirse en los mismos términos que él ha señalado [como

dice TORRALBA SORIANO (*Comentario del Código Civil*, I)] o no haya establecido otras consecuencias para la imposibilidad. Aunque no se diga expresamente, hay que inferirlo de la prevalencia de la voluntad del causante o donante y de la parte final del artículo 798.1, que exige la conformidad con la voluntad del testador.

b) Que no sea posible el cumplimiento exacto del modo. Concretamente, el Código Civil habla de que procederá este mecanismo de cumplimiento análogo *"cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador"*. De manera que si la imposibilidad procede de culpa o hecho propio de quien ha sido gravado con el modo, estaremos, en principio, ante una imposibilidad culpable, que acarreará las consecuencias que antes examinamos para tal supuesto.

De todos modos, algún autor, como LACRUZ BERDEJO (*obra citada*), cree que, aunque el artículo 798 CC contempla exclusivamente los supuestos de imposibilidad sin culpa, debe extenderse, con mayor razón, a los casos de imposibilidad culposa, ya que lo contrario podría ser injusto para el favorecido mediante la carga a quien interese el cumplimiento análogo.

c) Que sea posible el cumplimiento en otros términos análogos y conformes a la voluntad del transmitente. El Derecho catalán, como hemos visto, establece como presupuesto que *puede alcanzarse la misma finalidad que perseguía el testador aunque en un grado inferior o en términos diferentes a los que había ordenado.*

La disparidad entre la forma en que se va a llevar a cabo el cumplimiento análogo y el previsto por el testador puede estar en varios aspectos: en el tiempo de cumplimiento, en el grado cuantitativo o incluso en el objeto mismo del cumplimiento. En cualquier caso, lo relevante para determinar si ese cumplimiento análogo es posible será el respeto de la finalidad perseguida por el testador y cuándo esto sucede será un difícil problema interpretativo que deberá resolverse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. La discusión puede surgir, en caso de imposibilidad no culpable, entre el gravado, al que le interesará sostener que no cabe el cumplimiento análogo porque entonces queda liberado de toda obligación, y los demás interesados, que querrán al menos ese cumplimiento análogo.

Por lo que hace referencia al **ejercicio de la conmutación**, hay que decir que puede ser solicitada tanto por el propio gravado como

por los legitimados para exigir su cumplimiento. Así lo establece, con acierto, el citado artículo 428-5.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña y para el Derecho común creo que vale la misma solución. Al gravado le interesará hacerlo cuando el cumplimiento de la forma prevista por el testador le suponga una grave dificultad y quepa el riesgo de que si no cumple en dicha forma se interprete que ha incumplido. Y a los legitimados para exigir el cumplimiento del modo, cuando el gravado alegue que la forma prevista por el testador hacen imposible su cumplimiento, pretendiendo quedar liberado del modo.

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo la conmutación, nada dice el Código Civil, por lo que habrá que seguir las normas generales: en defecto de acuerdo entre las partes, habrá que acudir al correspondiente proceso declarativo ordinario. El artículo 428-5.2 del Libro IV del Código Civil de Cataluña sí que establece una regulación sobre el tema, disponiendo que se decretará por el juez en expediente de jurisdicción voluntaria, y añade en el apartado 3 que, en los modos ordenados para el cumplimiento de finalidades de interés general, la conmutación o la conversión debe ser acordada por los órganos administrativos competentes.

LA EXCLUSIÓN DE SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. EL ENCUADRAMIENTO DE LA FIGURA

CAUSAS LEGALES DE EXCLUSIÓN

I. La sociedad puede excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias. Caso de que el incumplimiento se deba a causas involuntarias no se perderá la condición de socio, salvo disposición contraria de los estatutos (arts. 350, primer inciso, y 89.2)

II. y III. Las causas legales de exclusión del socio administrador en la Ley de Sociedades de Capital

1. Concreción legal al socio-administrador
2. La infracción de la prohibición de competencia y los estatutos
3. ¿Y la realización de algún negocio aislado?
4. Estudio de los distintos supuestos ante la regulación legal
   - 4.1. La realización de operaciones contrarias a su deber de lealtad
   - 4.2. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio
   - 4.3. Personas vinculadas. El artículo 231
   - 4.4. La condena por sentencia firme a indemnizar a la sociedad del artículo 350 *in fine*
   - 4.5. ¿Puede ser o no conveniente la regulación estatutaria?
   - 4.6. La exclusión del socio-administrador de su condición de socio. ¿Y respecto a su cargo de administrador?

EL DERECHO AL PUESTO Y CONDICIÓN DE SOCIO Y LA EXCLUSIÓN ESTATUTARIA

Introducción

I. Las vicisitudes personales, familiares y patrimoniales de los socios y la sociedad de responsabilidad limitada ante la exclusión

II. ¿Cabe en estatutos la exclusión por acuerdo sin más de la Junta General?
1. La posición de algunos autores ante la cuestión
2. La exclusión "por justos motivos" sin más concreción
3. Precisiones y puntualizaciones doctrinales. La Ley de Sociedades de Capital en su artículo 351

III. Los Estatutos y la Exclusión: el margen de la autonomía de la voluntad

EL ESTABLECIMIENTO ESTATUTARIO AL SOCIO DE LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR SUS PARTICIPACIONES: EL ARTÍCULO 188 RRM. RELACIÓN CON LA EXCLUSIÓN
1. Las causas de exclusión y la *ratio* del precepto reglamentario
2. Su interrelación. Aspectos de la figura que necesitan precisión estatutaria
3. El artículo 291 de la Ley de Sociedades de Capital
4. Determinación de las circunstancias clara y precisa
5. Efectos de la obligación de transmitir. Distintos supuestos estatutarios

EL SOCIO SIGNIFICATIVO. SU EXCLUSIÓN
Introducción. El supuesto de hecho en la realidad societaria
1. Los requisitos de la Ley: el artículo 352
2. El supuesto del artículo 352.2, primer inciso
3. Legitimación activa
4. ¿*Quid iuris* si el juez declara la nulidad del acuerdo?

CONCLUSIÓN FINAL

INTRODUCCIÓN

La figura, dentro de las sociedades de capital, está regulada exclusivamente para la sociedad limitada, lo que puede llevar al que afronta el estudio de la misma a preguntarse si existe o no razón para ello. Máxime, si ante la reciente Ley de Sociedades de Capital –texto refundido– se lee en su Exposición de Motivos: "... en el plano de la realidad se produce una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades –las que son específicas de las sociedades cerradas– se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes... sin que el sentido de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad".

Sin olvidar afirmación como la transcrita, voy a introducirme en la Exclusión de socios en la Limitada, en su razón de ser y en las causas de exclusión fundamentalmente. Importa al jurista calar en la profundidad de figuras como ésta a fin de comprobar su viabilidad, su utilidad real, en definitiva.

ENCUADRAMIENTO DE LA FIGURA

Ha sido frecuente comenzar el estudio de la Exclusión de socios aludiendo a su finalidad y a los efectos de la misma: evitar la disolución total de la sociedad, salvando la empresa, a pesar de que por causa del incumplimiento por algún socio de sus obligaciones, se produce la subsiguiente expulsión del mismo del seno social. Expulsión del socio culpable que lleva consigo el que *se lleve* la parte o cuota patrimonial a la que tiene derecho. Clásicamente ha sido enfocada como una resolución parcial del contrato a petición de la sociedad y en la terminología legal "disolución parcial de aquélla" (Ley de 1953).

A partir de la Ley citada, la orientación doctrinal –inicialmente marcada por Fausto Navarro Azpeitia– la resumió Garrigues poniendo el acento en la utilidad de prevenir rescisiones parciales de origen legal en la Limitada, a fin de pactar un procedimiento extrajudicial rápido y expedito, para sancionar, aun sin la concurrencia del socio causante, el incumplimiento de obligaciones, de los deberes de lealtad con los demás socios y con la sociedad, desde luego con restitución al socio excluido de su cuota, y subsistiendo la empresa social; todo ello sin merma de las garantías de los acreedores sociales. Así se interpretó la regulación de la Ley de 1953 respecto al instituto de la exclusión. Con ella se venía a reconocer el carácter personalista que tiene la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español; tradicionalmente personalista –resaltaba el autor citado– a través de la jurisprudencia cautelar de la que los notarios han sido artífices (la concepción notarial –diría en otro momento– ya antes de la Ley del 53, había configurado a la Limitada más bien con el acento en la nota personalista; no como una pequeña Anónima como la *private company* inglesa, sino como una sociedad colectiva con el injerto de la responsabilidad limitada; de ahí la exclusión, institución propia de la sociedad colectiva).

¿Qué decir de la figura de la exclusión ante la actual regulación legal-reglamentaria? Un estudioso de la misma –García Villaverde– apuntaba que con la Ley de 1995 se adopta una terminología precisa, *exclusión*, abandonando las equívocas referencias a la rescisión, resolución o disolución parcial. Rompe así sus lazos históricos con la disolución, además de no suponer la existencia de un poder disciplinario de la sociedad sobre sus miembros. Las causas legales actuales –termina diciendo– si bien siguen construyéndose en torno básicamente a las obligaciones importantes del socio y sus incumplimientos, también cobija la figura supuestos relativos a las vicisitudes personales de los socios si tienen relevancia para la sociedad.

CAUSAS LEGALES DE EXCLUSIÓN

I. La sociedad puede excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias. Caso de que el incumplimiento se deba a causas involuntarias no se perderá la condición de socio, salvo disposición contraria de los estatutos (arts. 350, primer inciso, y 89.2)

Ya de entrada afirmo que si el profesional del Derecho formula a los interesados una pregunta, que puede ser de éste o parecido tenor: ¿existe alguna obligación que conviene plasmar en la escritura de modo expreso, claro y directo, aparte del deber de aportar, cuyo desembolso hay que hacer íntegramente al constituir la sociedad?, considero que se da el paso acertado para comenzar *con buen pie* la andadura empresarial que de la Limitada se sirve.

Seguidamente habrá que precisar aquellas obligaciones que por su gravedad, entidad y peso específico *merecen* configurarse como prestación accesoria, así como convendrá también concretar y dejar claro –ante la Limitada real de que se trate– cuándo puede considerarse que se producirá o no voluntariedad en el incumplimiento de la obligación (ello ante el apartado 2 del art. 25 que la Ley de 1995 contemplaba y que apareció *in extremis* en el Proyecto). En este sentido Leña Fernández y Rueda Pérez han considerado factible que los estatutos aclaren o determinen específicamente el contenido de las causas legales de exclusión en general, así como que las modalicen exigiendo determinados requisitos. Ya marcó este criterio Girón Tena y lo recogen también Martínez Nadal y Martínez Jiménez.

II. y **III. La sociedad puede excluir al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia**, ya que los administradores no pueden dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social. Salvo autorización expresa de la sociedad, y ello mediante acuerdo de la Junta General, para el que se requiere el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social [arts. 350, segundo inciso, 230 y 199 *b)*]. Lo que se completa con los artículos 228, 229, 230 y 231.

El artículo 350 continúa diciendo: ... o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia.

He querido apuntar el conjunto de disposiciones legales que, yuxtapuestas, abarcan los supuestos de la exclusión relativos al socio-administrador. Como puede observarse, con la actual regulación legal se trata de resolver cuestiones controvertidas que la doctrina y la jurisprudencia se habían planteado. Conviene, con todo, realizar algunas precisiones a la vista del actual régimen de la Ley de Sociedades de Capital.

1. El artículo 350 contempla el supuesto de socio-administrador, no otros que quedarán en su caso a la previsión estatutaria. Y es que como decía la Exposición de Motivos de la Ley de 1953: "parece excesivo imponer la prohibición a los socios en general; no así en cambio en relación con los administradores, que tienen en su mano los secretos y la confianza de aquéllos"; de ahí la concreción legal, que parte de la racional necesidad de que el socio administrador objetivamente no contraríe las exigencias de la buena fe (y sin que ello se confunda con los actos de comportamiento desleal; art. 5 de la Ley de Competencia Desleal).

2. La competencia o concurrencia se refiere a la dedicación al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social (art. 230), por lo que hay que estar a cada supuesto concreto a efectos de saber cuándo existe o no competencia y en su caso precisar –estatutariamente– supuestos. Ello conviene, además, considerando que la prohibición puede evitarse por la autorización expresa de la sociedad (con los requisitos señalados). Por

todo ello puede convenir la prudente previsión clarificadora y matizadora en los estatutos.

3. "Género de actividad que constituya el objeto social", ¿supone y exige dedicación habitual, de modo que no infringe la prohibición legal quien realiza algún negocio aislado? Con GARCÍA VILLAVERDE he considerado en ocasión anterior que la *ratio* normativa –se refería el autor a la de la Ley de 1953 en relación con el art. 137 del CCom– lleva necesariamente a entender que la importancia que pueden presentar en la realidad empresarial los negocios puntuales, aislados, exige la respuesta afirmativa (recoge la opinión de LANGLE, para quien en todo caso ese negocio concreto supone una deslealtad, máxime si se ha enterado de la posibilidad de realizarlo por ser el gestor y no lo realiza para la sociedad, sino para sí).

4. Lo expuesto permite al intérprete situarse en un punto de partida realista ante la total normativa actual de la Ley de Sociedades de Capital para estudiar conjuntamente los supuestos de exclusión del artículo 350 a partir de la infracción de la prohibición de competencia. Veámoslo.

4.1. Partiendo del deber de lealtad, que exige del órgano de administración el desempeño de su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés *de la sociedad* (art. 226), se le prohibe –en el art. 227– utilizar el nombre de la misma, o invocar su condición de administrador de la sociedad para realizar operaciones por cuenta propia o de personas a él vinculadas.

4.2. Pero es que además –en el art. 228– se le prohibe realizar, en beneficio propio o de personas vinculadas al administrador, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviere interés en ella, siempre que la misma no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.

4.3. Para establecer el artículo 231 quiénes –a los efectos de los artículos anteriores– tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: si éstos son personas jurídicas y si lo son físicas (en este último caso: su cónyuge o personas con análoga relación de afectividad; los ascendientes, descendientes y hermanos

del administrador o de su cónyuge; los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador y las sociedades en las que éste, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del art. 42 del Código de Comercio).

Con lo que, por un lado está la prohibición de competencia del artículo 230: "dedicación al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituye el objeto social", ya expuesta y cuya interpretación racional lleva –como he señalado– a considerar incluidos negocios concretos, aislados, puntuales; y por otro, aquellos casos no incluibles en la prohibición de competencia pero sí causantes de daños y perjuicios a la sociedad por tratarse de actos contrarios a esta ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia. En tales casos, si es condenado por sentencia firme –conforme al último inciso del art. 350–, incurre el socio-administrador en causa de exclusión como socio.

4.4. Nos hallamos, como puede observarse, ante un campo en el que las situaciones de hecho pueden ser múltiples: los preceptos citados –arts. 227, 228 y 231– parten del establecimiento de principios prohibitivos generales y tratan de precisar supuestos. La judicialización de los casos está a la orden del día y es que la condena por sentencia firme se exige –en los términos previstos en el citado art. 350–, lo que no podría ser de otro modo dado los supuestos fácticos.

4.5. ¿Y los estatutos?, ¿pueden tener alguna intervención respecto a la autorización expresa de la sociedad para eliminar la prohibición de competencia en los términos del artículo 230, ya expuesto? El precepto establece la competencia de la Junta General, pero convendría, con todo –a la vista de la sociedad concreta–, plantearse si los estatutos deben o no precisar los términos de la autorización expresa de la sociedad, los supuestos en que es factible o no. Y en segundo término, para los casos en que puedan darse en el futuro actos a considerar como contrarios a esta ley o a los estatutos (expresiones del ya citado art. 350), la previsión que precise supuestos determinados –ante el caso real concreto– también hay que plantearse si conviene o no que sea plasmada estatutariamente. Materia delicada que en principio parece conveniente dejarla a la decisión de la Junta ante el caso real ya surgido, sin perjuicio de precisar estatutariamente específicos supuestos permitidos, detalla-

damente expuestos, para así lograr plena seguridad jurídica, en la interpretación del "mismo, análogo o complementario" género de...

Y **4.6.** Tratada ya la exclusión del socio-administrador de su condición de socio, *¿quid iuris* respecto a su cargo de administrador?: la respuesta la da el artículo 223 al posibilitar la separación en cualquier momento por la Junta General. En la sociedad limitada, dice el precepto, podrán exigir los estatutos una mayoría reforzada para el acuerdo de separación, pero no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social (la figura contractual del gerente estatutario *ex* art. 132 del Código de Comercio no se plasma por tanto en las Limitadas).

Además, cualquier socio puede solicitar del juez de lo mercantil... el cese del administrador si ha infringido la prohibición de competencia (art. 230.2).

EL DERECHO AL PUESTO Y CONDICIÓN DE SOCIO Y LA EXCLUSIÓN ESTATUTARIA

Introducción

Con el consentimiento de todos los socios pueden incorporarse a los estatutos otras causas de exclusión o modificarse o suprimirse las que ya figurasen en ellos con anterioridad (arts. 351 de la Ley y 207, apartado 2, del Reglamento del Registro Mercantil). El precepto reglamentario añade que: si los estatutos sociales establecen causas de exclusión distintas a las previstas en la ley, "deberán determinarlas concreta y precisamente".

Nótese, ante todo, el enfoque actual comparativamente al del Código de Comercio en su artículo 218.7.º: la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil colectiva o en comandita será posible "por faltar de cualquier otro modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato".

¿Cuáles causas pueden hoy preverse en los estatutos sociales? Voy a tratar de responder a la pregunta con un estudio que abarque las distintas situaciones que la realidad puede presentar, aparte de lo que se ha expuesto con anterioridad, al tratar de las causas legales y las previsiones estatutarias.

I. Las vicisitudes personales, familiares y patrimoniales de los socios y la sociedad limitada ante la exclusión

"Si mi hijo *w* se casa; si no se casa; si se casa con; si se divorcia; si se marcha de la ciudad; si no acaba la carrera; si el socio *z* es declarado incapacitado; si *w* viuda, contrae nuevo matrimonio...". ¿Hasta dónde puede llegarse en este campo?: las causas de exclusión han de circunscribirse siempre a conductas del socio que supongan un incumplimiento de sus deberes y obligaciones con la sociedad, no a supuestos distintos (así, incapacitación, quiebra, embargo de la cuota de un socio...; DGRN, en resolución de 13 de enero de 1984).

En el sentido indicado cabe considerar, centrado en la Limitada familiar, que en caso de incumplimiento de deberes personales o familiares sin mayor especificación, la sociedad debe permanecer en su composición inalterada; si se pretendiera, por ejemplo, que, caso de existir causa de desheredación, o si se casa o se divorcia..., ya estamos ante una justa causa de exclusión de la Limitada familiar sin más, quedaría desenfocado y desbordado el *deber de fidelidad* propio de los socios en la sociedad de responsabilidad limitada.

En la línea que se ha expuesto se mueve Cabanas Trejo, entendiendo que los incumplimientos pueden ser no sólo de obligaciones en sentido estricto, sino también de otros deberes del socio, como el de fidelidad, pero siempre que se le dote de un contenido concreto, así como es posible también considerar la vulneración de la confidencialidad, e incluso situaciones personales de los socios, pero *siempre que* puedan tener relevancia para la sociedad.

No es éste, sin embargo, el parecer de autores como Leña Fernández y Rueda Pérez cuando dicen que "si los estatutos pueden acentuar el grado de personalización", como anuncia la Exposición de Motivos de la Ley de 1995, es posible ampliar el elenco de causas de exclusión atendiendo sin más aditamentos a las situaciones personales. Igualmente podrá ser causa de expulsión del socio: cualquier actitud desarrollada por él que pueda ser considerada perjudicial para la sociedad, como no acudir a los aumentos de capital, transmitir parte de sus participaciones, no aceptar los cargos que la Junta General le defiera...

Ante lo expuesto, mi enfoque se mueve ante y sobre todo en una clara línea de exigencia expresa y previa de causalización adecuada: si en la sociedad de responsabilidad limitada concreta se consideran

supuestos como los que ya se han señalado como causa suficiente, no hay por qué tener escrúpulo en contra de los mismos. Piénsese –por ejemplo, en la Limitada familiar o en la de profesionales– en la que exista el compromiso (plasmado incluso en el Protocolo Familiar o en el Profesional) de que se sea administrador o se deje de serlo dado determinado evento, temporal o de edad, o de profesión, o de que se asuma determinado porcentaje de capital...; si ello aparece plasmado además con claridad en la parte contractual pura, *stricto sensu*, de la escritura de constitución de la Limitada y se lleva luego a los estatutos, *desgranando* las causas de exclusión, la causa está aflorando suficientemente y demuestra su conveniencia de modo concreto y preciso, por lo que nada hay que oponer, a mi juicio, a la eficacia de la misma.

II. También en relación con lo que estoy estudiando, cabe formular otro interrogante de interés: ¿será susceptible de constituir causa estatutaria de exclusión, el solo y simple acuerdo de la Junta General, sin necesidad de especificación o justificación alguna, y bien sea por la mayoría reforzada que establece la Ley, o bien por otra mayoría todavía mayor? Algo así como el envés de la moneda: "yo me voy cuando quiero; me pueden echar cuando decidan, sin más".

Afirmativamente responden –y con abundante argumentación– Leña Fernández y Rueda Pérez, a diferencia de Cabanas Trejo, quien considera que consecuencia tan radical como la expulsión del socio exige una clara determinación causal del supuesto de hecho, por lo que rechaza la cláusula estatutaria genérica. A mi juicio, la cuestión requiere –ante lo señalado ya y a la vista además del aporte que representa los estudios realizados por Alfaro Águila-Real– que me introduzca en la problemática que anida en el corazón de la cuestión que acabo de dejar planteada.

1. Estamos ante un viejo problema, ante el que "toda prudencia es poca". Considerar que la exigencia reglamentaria: "determinación concreta y precisa de la causa de exclusión" (art. 207.1) es ilegal, como ha llegado a considerar el autor últimamente citado, trayendo además a colación argumentos de la doctrina y jurisprudencia alemanas (en cuya legislación –no debe olvidarse– no se regula ni el derecho de separación ni el de exclusión), o bien entender, como los dos autores primeramente citados *supra*, que se cumple la exigen-

cia del Reglamento si consta expresamente en los estatutos que la causa de expulsión será "el acuerdo de la Junta General", máxime si está convenientemente modalizada por un reforzamiento de la mayoría necesaria, si bien constituyen argumentos suficientes en el sentir de dichos autores para la respuesta afirmativa, a mi juicio no lo son. Veamos por qué.

2. Ha señalado García Villaverde que en los casos en que existe sólo una cláusula general de exclusión por referencia a los "justos motivos", lo más frecuente es el acudir a los jueces para excluir y hay que ir definiendo los supuestos que en ella se comprenden. Entiendo que la idea del autor citado va en la línea –tradicional– de considerar que las cláusulas genéricas apuntan a la necesaria actuación judicial para decidir si en el caso real concreto existe o no causa justa de expulsión o exclusión del socio. Por ello, cláusula estatutaria de este o parecido tenor: "se considera justo motivo de exclusión el incumplimiento grave de obligaciones sociales que vulneren el deber de fidelidad", ¿no supone abrir la puerta a la controversia y en definitiva poner el conflicto, la divergencia, más que posible, en la vía necesariamente contenciosa? Concrétense, por tanto, los posibles incumplimientos, graves y que la sociedad considera fundamentales, y prevéanse estatutariamente. Esto es lo que a mi juicio y sin que se entre en juicios de acierto o desacierto normativo, precisa, matiza y exige el Reglamento del Registro Mercantil, y hoy todavía más: de "causas determinadas de exclusión" habla el actual artículo 351 Ley SC, precisando la expresión "otras causas" que empleaba el artículo 98 de la Ley de Limitadas de 1995. De no hacerse así, habrá que dar la razón al Código portugués cuando posibilita la exclusión, *pero judicial*, del socio que con su comportamiento desleal o gravemente perturbador del funcionamiento de la sociedad, ha causado o puede causarle perjuicios importantes ("relevantes"; art. 242.1).

3. Alfaro ha ido evolucionando –al menos así lo considero– en su enfoque inicial: en sus últimos estudios, al referirse a la consideración como justo motivo de exclusión del incumplimiento grave de las obligaciones sociales, dice textualmente: "en función de las particulares necesidades de la sociedad y para evitar los riesgos de una interpretación de la cláusula por la mayoría o por el Juez contraria a los deseos de las partes, *aquí podrían concretarse* motivos particulares de exclusión. Por ejemplo, la pérdida de las cualidades

personales que llevaron a los restantes socios a celebrar el presente contrato, la no cooperación sistemática o grave en la adopción de los acuerdos sociales para los que sea necesario su concurso, la realización de actividades competitivas con las de la sociedad por cuenta propia o de un tercero o la realización de actos de competencia desleal hacia la sociedad, la comisión de delitos contra cualesquiera socios...". Citando a continuación el autor el supuesto de las *prestaciones accesorias*, lo que a mi entender supone evidentemente poner un dedo (se necesitan más, desde luego) en la llaga: como ya expuse, la previsión cautelar de las prestaciones accesorias vía estatutos, implica camino *ad hoc*, vía acertada para canalizar buena parte del cumplimiento de los deberes y obligaciones que se consideran importantes en la Limitada concreta de que se trate; y caso de incumplimiento –voluntario–, las consecuencias ya están previstas en la Ley, con las matizaciones que los estatutos puedan en su caso prever, dentro de lo posible, y que estudiaré seguidamente.

III. La incorporación estatutaria de causas determinadas de exclusión, la modificación de las estatutarias o la supresión en los estatutos existentes, exige –como se ha dicho al principio– el consentimiento de todos los socios. Éste –por el art. 207.2 del RRM– ha de constar en escritura pública o bien resultar de modo expreso del acta del acuerdo social pertinente, la cual deberá estar firmada por todos los socios (por medio, es claro, de certificación de la misma incorporada a la escritura pública).

Crear, modificar y extinguir las causas estatutarias; no suprimir también las legales (en este sentido, por ejemplo, Ávila Navarro). Y en cuanto al consentimiento de todos los socios, está revelándose su razón de ser contractual y el amplio margen de la autonomía de la voluntad en este campo, como ha quedado expuesto. La misma fundamenta la necesidad para suprimir causas estatutarias, del consentimiento de todos los socios. Omisión de la Ley de 1995 (art. 98, segundo párrafo) que la actual Ley de Sociedades de Capital ha subsanado, en la línea del RRM (art. 207.2).

EL ESTABLECIMIENTO ESTATUTARIO AL SOCIO DE LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR SUS PARTICIPACIONES: EL ARTÍCULO 188 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. SU RELACIÓN CON LA EXCLUSIÓN

La Exclusión, conforme al estudio que aquí estoy realizando de sus causas, quedaría incompleta si no se considera la, hoy por hoy, posibilidad que el Reglamento del Registro Mercantil brinda.

En la doctrina se han expuesto enfoques divergentes sobre la obligación estatutaria que el Reglamento regula. Estamos, ha podido decirse, ante un mecanismo indirecto de exclusión del socio –"paraexclusión" es el término sugerido por Bonardell Lenzano, según apunta Cabanas Trejo–, que exige el mismo control de admisión que las causas estatutarias de exclusión y la garantía para el socio de obtener el valor real de sus participaciones, no siendo necesaria desde luego la amortización de las mismas con reducción del capital social.

Frente a esta postura, Alfaro Águila-Real considera que caso de exclusión pueden establecer los estatutos que el socio excluido ha de transmitir sus participaciones a un tercero o a los demás socios, no siendo imperativo ni el requisito del valor real ni la reducción del capital social (convirtiendo así en *agua de borrajas* la regulación de los requisitos que exige el art. 208 reglamentario).

En último término, en el sentir de Quijano González, tal vez resulta ahora más cómodo configurar las causas estatutarias de exclusión como causas de obligación de transmitir, evitando así los inconvenientes del reembolso de las participaciones, la amortización y la reducción del capital.

No pretendo mediar aquí con *otra* postura, que en parte o totalmente converja o disienta con las señaladas, pero sí que conviene, con todo, concretar algunos puntos que ayuden a clarificar las figuras y los supuestos de aplicación.

1. No puede negarse que la génesis, razón de ser y *atmósfera* propia de la exclusión están impregnadas de causas relativas a incumplimiento de obligaciones, infracción de prohibiciones, o condena judicial del socio... (art. 350), y en esta línea de pensamiento se mueven los juristas en general al tratar de precisar las causas estatutarias de exclusión (sin perjuicio de que existan pareceres

disidentes en este punto y de que tampoco haya de ceñirse la exclusión exclusivamente a *sancionar* conductas antisocietarias).

La génesis y *ratio* propias de la obligación de transmitir, actualmente plasmada en el precepto reglamentario, ha sido otra: "el socio que deje de trabajar en la empresa social deberá...". "El socio que cumpla determinada edad...". Se trata de obligaciones *pactadas* libremente y en los estatutos plasmadas; si la Ley establece causas de exclusión, el que incurre en una de ellas *es expulsado* por la sociedad.

Nos parece que actualmente *la filosofía* adecuada a estas figuras (si se nos permite el término) debe seguir siendo la señalada, so pena de mezclarlas para confundirlas, lo que evidentemente el jurista no debe hacer, a mi juicio. En definitiva, exclusión y obligación de transmitir no son figuras *intercambiables* sin más.

2. Lo anterior no obsta para que la posibilidad, que hoy el Reglamento plasma, se tenga en cuenta *interrelacionada* con la exclusión, por lo que ahora trato de perfilar los aspectos más imprecisos de su regulación.

3. El establecimiento estatutario de la figura, por afectar al puesto y condición de socio e implicar específicamente *nuevas obligaciones* para los socios, requiere los requisitos de la modificación de los estatutos si se implanta posteriormente, y siempre, por tanto, el consentimiento de los socios afectados (art. 291 de la LSC).

4. La atenta previsión del jurista no deberá pasar por alto "la determinación de las circunstancias expresadas de forma clara y precisa" (art. 188.3), y el valor de las participaciones, de modo que a falta de acuerdo se prevea la determinación del mismo de forma objetiva e imparcial.

5. Llegado el caso, la obligación de transmitir estatutaria desembocará en la enajenación onerosa –compraventa– de todas las participaciones del socio saliente, comprándolas el socio o socios o terceras personas previstas; sin atisbo alguno de amortización-reducción del capital social, desde luego. Pero, no se olvide, es posible que la obligación no sea de transmitirlas *todas*; y es factible que los estatutos permitan que el socio no tenga que desprenderse íntegramente de la totalidad. Y es que los supuestos posibles dentro de la figura permiten un campo abierto a la autonomía de la voluntad, que en este aspecto difiere de la *ratio* y de las consecuencias del instituto de la Exclusión, sin duda.

EL SOCIO SIGNIFICATIVO. SU EXCLUSIÓN

Introducción

La Ley de 1995 atendió los supuestos en que la realidad societaria exigía seguridad jurídica total cuando el socio de la Limitada que incurre en causa de exclusión –a juicio de la Junta General– tiene una participación significativa en el ente social.

El juicio crítico que de la actual regulación por el artículo 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital puede hacerse, lo sintetizo seguidamente.

Además del acuerdo de la Junta General, la exclusión de un socio con participación igual o superior al 25 por 100 del capital social, necesita resolución judicial firme, si el socio no se conforma con la exclusión acordada (art. 352.2; dejando ahora aparte la excepción que supone el inciso inicial del precepto).

Voy a estudiar este importante supuesto previsto específicamente en la Ley para el caso de que el socio "con participación significativa" no se conforme con la exclusión acordada por la Junta General.

1. El acuerdo de la Junta General decidiendo la exclusión es necesario siempre, pero *además* la resolución judicial firme. Esto hay que tenerlo en cuenta ante todo: la exclusión de socios es una facultad o potestad corporativa, no un derecho del socio ejercitable caso de que la Junta General se pronunciara en contra de la exclusión; de modo que en este caso no es posible acudir a la autoridad judicial.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1995 resaltaba el *plus* que supone la exigencia de resolución judicial, como "manifestación de la tutela de la minoría". Tal énfasis justificativo no ha dejado de causar sorpresa: si verdaderamente se quiere tutelar a la minoría por este camino –han señalado Leña Fernández y Rueda Pérez– debería haberse generalizado la protección judicial a la exclusión de todo socio, cualquiera que fuera su participación social. A mi juicio, el sistema elegido por el legislador –que tenía el peso embarazoso de la legislación anterior sobre él– no puede ser en definitiva digno de elogio (¿las soluciones salomónicas lo son en general?), máxime cuando la participación cualificada igual o superior al 25 por 100 del capital social, hay que entenderla que es del total capital de la sociedad y no sólo del correspondiente a los socios con derecho a

voto –así lo apunta ESTURILLO PÉREZ–. En definitiva, el criterio legal puede producir la consecuencia de que a un socio con elevada participación social prácticamente no haya posibilidad de excluirle (en este sentido, GARCÍA VILLAVERDE y ALFARO; este último apunta el recurso del minoritario en tal caso a separarse de la sociedad). Y aunque esta opinión valorativa pueda considerarse exagerada, desde luego sí que hay que destacar la dificultad normativa para tratar con justeza supuesto como el que aquí se ha contemplado, ante los intereses encontrados que existen.

La disconformidad del socio excluido por el acuerdo de la Junta General podrá ser activa y manifiesta: notificación a la sociedad de su disconformidad, o bien mediante la impugnación judicial del acuerdo de exclusión. Mas si guarda silencio, la sociedad tiene que recurrir a ejercitar la acción judicial y ello en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión (art. 352, apartado 3, por el que se faculta a cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo para ejercitar la acción de exclusión, caso de que la sociedad no lo hubiera hecho en dicho plazo). Ante la demanda, el socio excluido manifestará entonces su conformidad o disconformidad con la exclusión.

2. Lo expuesto, salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad en los términos ya estudiados al tratar de las causas legales de exclusión. En este supuesto, la exclusión no requiere *además* resolución judicial firme (art. 352.2 en su inciso inicial).

Y es que –por evidente economía procesal– sería redundante tener que acudir a la vía judicial cuando existe ya condena del socio administrador y la causa es justamente la propia de la exclusión como socio: basta entonces con el acuerdo de la Junta General, y ello cualquiera que sea la participación del socio a excluir.

3. Legitimada activamente para la acción de exclusión está la sociedad; pero si la misma no ejercita la acción judicial de exclusión en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión, puede hacerlo, como ya he apuntado, *cualquier socio que* hubiera votado a favor del acuerdo de exclusión (art. 352, segundo párrafo). Y si lo hace, ha de ser "en nombre de la sociedad". ¿Qué decir al respecto?

Con lógica aplastante y total realismo, la Ley prevé que puedan existir problemas en la *praxis* ante la exclusión del socio admi-

nistrador y el ejercicio judicial de la acción, precisamente por el órgano de administración. De ahí que cualquier socio que votó a favor del acuerdo de exclusión (para acreditarlo exige el art. 352.1 que en el acta de reunión o en anejo conste la identidad de los socios que hayan votado a favor del acuerdo) está legitimado para ejercitar la acción de exclusión, y ello en nombre de la sociedad (y es que se trata de un derecho social y para ello la Ley habilita en el supuesto en estudio un especial mecanismo de representación orgánica; por él, el socio legitimado puede lógicamente otorgar poder a procuradores, previa justificación del cumplimiento de los requisitos legales).

Y **4.** *¿Quid iuris* si el juez declara la nulidad o la anulación del acuerdo? El socio ha de ser *readmitido* en la sociedad –como gráficamente señala ALFARO–. La sentencia tiene efectos *ex nunc* y se aplica la doctrina de la sociedad nula: afirmar la eficacia retroactiva de la sentencia –dice– provocaría la ineficacia de toda la actividad social desde el acuerdo de exclusión hasta aquélla, lo que es inasumible. El socio puede entonces optar por separarse de la sociedad, con la indemnización de daños correspondiente, pues –concluye– la reproducción de conflictos parece más que previsible (causa de separación que, a mi juicio, debe ser objeto de previsión estatutaria).

CONCLUSIÓN FINAL

He tratado de profundizar en la figura de la Exclusión, con regulación legal para la sociedad de responsabilidad limitada y que trata de dar respuesta –legalmente y con las oportunas previsiones estatutarias en su caso– a supuestos que forman parte del *substratum* personal que existe en muchos de los casos que la realidad conoce y que a este tipo o forma social acuden. Ello sin perjuicio del supuesto reglamentario que he expuesto y que ha de armonizarse con la Exclusión.

Comenzaba el estudio presente transcribiendo una afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital: la Exclusión con su calado real y su peso específico en la sociedad limitada, pienso que relativiza los rotundos términos de la Exposición de Motivos citada. Lo que no impide que debamos preguntarnos si la figura de la Exclusión ha de considerarse caso de existir una so-

ciedad anónima estatutariamente *cerrada*, posibilidad que, hoy por hoy, la ley no considera factible.

El aporte legal-reglamentario de la actual regulación de la Exclusión, realista aunque no exento de dificultades interpretativas, debe mantenerse en su *ratio* y sustantividad cualesquiera que sean las reformas legales en la materia. De lo contrario, se daría la espalda, a mi entender injustificadamente, a figuras que son fruto de la experiencia contrastada y por el legislador reconocidas.

EL ACREEDOR HIPOTECARIO Y EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY CONCURSAL

Teresa Asunción Jiménez París
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. EL ACREEDOR HIPOTECARIO EN EL DERECHO ANTERIOR A LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

II. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 56 LEY CONCURSAL
- 2.1. El texto de la Comisión General de Codificación, el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001 y el Proyecto de Ley publicado el 23 de julio de 2002
- 2.2. Vicisitudes parlamentarias

III. RÉGIMEN GENERAL DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA EN LA LEY CONCURSAL
- 3.1. El carácter privilegiado del crédito
- 3.2. El derecho de ejecución separada

IV. ACCIONES REALES HIPOTECARIAS QUE SE PARALIZAN
- 4.1. ¿Es posible la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial? Particular consideración de la vivienda familiar del concursado
- 4.2. La determinación del carácter afecto o no afecto de los bienes sobre los que recae la garantía

V. LOS PRESUPUESTOS DE LA PARALIZACIÓN Y SUSPENSIÓN
- 5.1. La declaración de concurso
- 5.2. La exigibilidad de la obligación garantizada
- 5.3. La integración del bien en la masa activa
- 5.4. La integración del crédito garantizado en la masa pasiva

VI. LA INCLUSIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO EN LA LISTA DE ACREEDORES

VII. PARALIZACIÓN, SUSPENSIÓN Y CONTINUACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES AFECTOS
7.1. Paralización
7.2. Suspensión
7.3. Continuación

VIII. LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 155.2 LC

BIBLIOGRAFÍA

I. EL ACREEDOR HIPOTECARIO EN EL DERECHO ANTERIOR A LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL (1)

En el Derecho anterior al CCom de 1885 rige el principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra, defendido por SALGADO DE SOMOZA (2). En este sentido, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 se prevé que los Comisarios procederán a la formación de una memoria general de las deudas, haberes y efectos de la casa y negocios del fallido (cap. XVII, núm. XIX) e igualmente que no procederán ejecuciones singulares al margen de la quiebra (cap. XVII, núm. LI) (3). Los acreedores privilegiados y personales están obligados a presentar las escrituras y cuentas corrientes que tuvieren con el fallido en los ocho días siguientes a aquél en que se hubiere hecho y publicado el nombramiento de los Comisarios si fueren conocidos de la Villa de Bilbao, con apercibimiento de que, siendo remisos, serán por su cuenta cualesquiera perjuicios y da-

(1) El presente trabajo de investigación se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación dirigido por la profesora titular de la UCM doctora Matilde CUENA CASAS: *Matrimonio y concurso de acreedores*. SEJ 2007-60719.

(2) GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil.* Tomo II. 7.ª edición, 1975, p. 446.

(3) "Si sucediere, que a bienes correspondientes á la quiebra, y concurso, se hiciere algún embargo en otro cualquier Juzgado de dentro, ó fuera de estos Reynos, pretendiendo alguno, ó algunos Acreedores cobrar en ellos; apartandose del juicio universal, y de venir á la masa comun con los demás de su calidad, se ordena que en conformidad de lo dispuesto por Derecho se acuda luego al remedio, despachando Cartas de exorto, y inhibición para que se remita todo al juicio universal."

ños que de su omisión se causaren. Otro plazo especial se da a los acreedores de fuera de la Villa, con el mismo apercibimiento de que de no acudir dentro del término que se les prefiniere, les parará el perjuicio que hubiere lugar por Derecho (cap. XVII, núm. XIV y XV). Si no hubiere ajuste con el deudor, y convenio de espera y quita entre acreedores y fallido, los acreedores hipotecarios junto con los privilegiados cobran en primer término dentro de la quiebra por el orden de su graduación, repartiéndose lo que quede proporcionalmente entre los acreedores personales ["puesta la causa en estado (procurando la mayor brevedad) se dará la sentencia de graduación, y conforme á ella se harán los pagos á los Acreedores privilegiados y de Hypoteca, si tuviere, por el órden de sus grados, y lo que quedare en efectos, ditas y otros cualesquiera bienes del fallido se repartirá entre los Acreedores personales sueldo á libra (4), ya en los mismos efectos, ó ya en lo que huvieren procedido, si antes estuvieren rematados…" cap. XVII, núm. LV].

El CCom de 1829 se pronuncia en parecidos términos. El régimen de los acreedores hipotecarios en el Código de Comercio de Sainz de Andino hay que entenderlo partiendo de que no se regula la quiebra del comerciante referida a la totalidad de las deudas del quebrado, sino exclusivamente a las deudas mercantiles (art. 1015) (5). El acreedor hipotecario ha de concurrir a la quiebra como cualquier otro acreedor. La obligación de presentar los títulos justificativos de sus créditos para el reconocimiento de éstos afecta a todos los acreedores, también a los hipotecarios y privilegiados. Si no hacen esta presentación en plazo, se constituyen en mora (6). Para que

(4) Sueldo a libra: "Con que se explica la proporción con que se reparte alguna cosa, según lo que corresponda al principal, o derecho" (DRAE 1780).

(5) Zubiri de Salinas, Mercedes: "Hipoteca y concurso", en *Las claves de la Ley concursal.* García Cruces-González, J. A.; Quintana Carlo, I.; Bonet Navarro, A. (Coord.). 2005, pp. 292 y 293.

(6) En tal caso:

— No pueden ser reconocidos amistosamente por los síndicos sino que han de acudir al Tribunal que los reconozca judicialmente a sus expensas con citación y audiencia de los síndicos.

— Quedarán privados de la preferencia que debieran gozar por su clase o privilegio y reducidos a la condición de acreedores comunes.

— No cobrarán más que la porción que les corresponda en los dividendos que se repartan después de intentada la reclamación y nada en los que

la hipoteca convencional surta efectos legales en la quiebra es necesario que se consigne en escritura pública y que se tome razón de ella en el Oficio de hipotecas de la cabeza de partido judicial en que radiquen los bienes hipotecados, dentro del término prescrito por la Ley y, por consiguiente, sólo podrán ser colocados en la clase de acreedores hipotecarios los acreedores que justifiquen sus créditos con escrituras que tengan ese requisito (7). En la liquidación, los créditos se satisfacen por el mismo orden con que hayan sido colocados en los estados de clasificación y graduación sin pasar al segundo hasta que estén completamente pagados los del primero y así los demás hasta llegar a la clase cuarta, o sea, a los acreedores comunes, a los que se paga distribuyendo entre todos la existencia en proporción a lo que se reparte y a lo que cada uno tiene que recibir (8). El primer lugar en dichos estados lo ocupan los acreedores de dominio. El segundo, los acreedores hipotecarios; el tercer lugar los acreedores escriturarios y el cuarto lugar los acreedores comunes (9). Todos los bienes de la quiebra sobre los que no haya

---

estuvieran distribuidos antes porque los pagos ya hechos son actos consumados que no se pueden revocar.

— El que no reclame antes de concluirse de repartir el haber total de la quiebra, no será oído, y perderá enteramente su crédito. (González Huebra, P.: *Tratado de las quiebras.* Madrid, 1856*,* pp. 85 y 86).

(7) *Op. cit.*, p. 122.

(8) *Op. cit.,* p. 168.

(9) El pago de los acreedores se verificaba del modo siguiente: En primer lugar, los bienes que existan en la masa de la quiebra, sin haberse transferido su propiedad al quebrado por un título legal e irrevocable, se deberán considerar de dominio ajeno y ponerse a disposición de sus legítimos dueños, precediendo la prueba y el reconocimiento de su derecho en la Junta de acreedores, o por sentencia que haya causado ejecutoria. "Del producto de los demás bienes de la quiebra, hecha que sea la deducción de las pertenencias de los acreedores con título de dominio, deberán ser pagados con preferencia los acreedores privilegiados con hipoteca legal, o convencional, graduándose el lugar de su prelación respectiva por el de la fecha de cada privilegio sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a las naves …y de lo que previenen las leyes comunes sobre los créditos alimenticios y refaccionarios que no procedan de operaciones mercantiles (art. 115). Cuando hubiere 2 o más hipotecas sobre una misma finca, contraídas en un solo acto o en una propia fecha, se deberá dividir proporcionalmente el valor y producto de la hipoteca entre los acreedores que la hayan adquirido. Y cuando los acreedores hipotecarios no queden cubiertos de sus créditos

pendientes reclamaciones de dominio deben enajenarse para hacer pago a los acreedores. La venta se promueve por los síndicos, se acuerda por el juez comisario y se ejecuta observando las formalidades establecidas según la clase a que correspondan. Si se trata de bienes inmuebles, su precio se fija por peritos, que nombran los síndicos y el quebrado, o el juez comisario en defecto de hacerlo éste. En caso de discordancia entre los nombrados elegirá otro tercero el Tribunal. La venta se hace en pública subasta (10). La terminación de la quiebra por convenio sólo se permite al deudor no fraudulento (11). Sólo puede discutirse y votarse el convenio en Junta de acreedores. Señalaba González Huebra: "Los acreedores de dominio y los hipotecarios tienen derecho a asistir como todos los demás, y les interesará indudablemente estar presentes, a lo menos a éstos últimos, si la cosa afecta al pago no alcanza para cubrir la totalidad de su crédito; pero como los primeros reclaman objetos determinados, y los segundos tienen asegurada su cobranza hasta donde alcance la prenda o la hipoteca, pueden si quieren no concurrir, o no tomar parte en la resolución aunque concurran. Si no la toman, conservarán íntegros sus derechos, y se les entregará el objeto reclamado o se les pagarán sus créditos hasta donde alcance la garantía, como si no hubiera convenio; mas si prefieren tomarla y votar, pierden este derecho, y aunque conservan el de ser pagados en el lugar y grado que les corresponda, según los títulos que presenten, tienen que sujetarse al acuerdo de la mayoría; quedan comprendidos en las esperas, perdones o quitas que ésta conceda, y no pueden cobrar sino perdiendo la parte proporcional que les toque, y en los plazos que se fijen: disposición sumamente acertada, y que tiene por objeto

---

con los bienes que les estuvieren respectivamente hipotecados, han de ser considerados en cuanto al excedente como acreedores escriturarios". De Tapia, E.: *Elementos de jurisprudencia mercantil.* Tomo II. Valencia. Imprenta de D. Ildefonso Mompié de Montagudo, 1838, pp. 151-153.

(10) González Huebra, P.: *Tratado de quiebras. Op. cit.,* pp. 76 a 79.

(11) Estaba prohibida a los que hagan cesión de sus bienes (art. 1176 CCom 1829); a los alzados; a los quebrados que en concepto de los síndicos deban ser calificados de fraudulentos; a los que se fuguen teniendo salvoconducto; entendiéndose fugados para este efecto los que no se presenten cuando los llame el Tribunal o el juez comisario (*Op. cit.*, pp. 206 y 207).

impedir que en la seguridad de que sus créditos han de ser pagados de todos modos, voten en perjuicio de los demás" (12).

Consecuente con esta regulación sustantiva, desde el punto de vista procesal, se partía del principio tradicional del Derecho procesal de la fuerza atractiva de los juicios universales. Principio que se reconocía en la LEC sobre negocios y causa de comercio de 1830 (art. 236) y que pasa a la LEC 1855 (reglas 3.ª y 4.ª del art. 157) (13).

Esta necesidad de que el crédito hipotecario se haga valer en el seno del proceso de quiebra se ve modificada, influyendo de una manera decisiva la legislación hipotecaria. "La LH [de 1869] dotaba al acreedor hipotecario de un procedimiento específico de protección en el art. 133 para el ejercicio de la acción real hipotecaria, previéndose que el procedimiento no se suspendería por las reclamaciones de un tercero [si no estuviesen fundadas en título anteriormente inscrito] ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos. Este fue el origen del derecho de ejecución separada, luego recogido en el artículo 127 de la LH de 1946" (14). El derecho de ejecución separada hace referencia a la posibilidad de satisfacer el derecho de crédito fuera del procedimiento concursal. La hipótesis puede ser considerada como un caso de privilegio, incluso puede afirmarse, en palabras de Díez-Picazo, que "es la forma más vigorosa y vehemente del privilegio, pues no existe privilegio mayor que el de quedar inmune a la colectivización de créditos que el concurso significa". Como dice Beltrán, "el derecho de ejecución separada va contra la esencia misma del concurso de acreedores: permite que determinados acreedores puedan satisfacerse al margen del procedimiento concursal, cuando éste se fundamenta precisamente en la idea de otorgar un tratamiento igualitario a todos ellos, evitando las ejecuciones individuales" (15) (16). El derecho de ejecución separada, configurado

(12) *Op. cit.,* pp. 210 y 211.

(13) Zubiri de Salinas, Mercedes: "Hipoteca y concurso". *Op. cit.,* pp. 292 y 293.

(14) *Op. cit.*

(15) Beltrán Sánchez, E.: "Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Iglesias Prada, J. L. (Coord.): Tomo III, Editorial Civitas, SA. Madrid, 1996, p. 3485.

(16) La prohibición de las acciones ejecutivas individuales, propia de

por la legislación hipotecaria, surgía así en oposición al principio de universalidad de los juicios de concurso y quiebra y su traducción procesal, la acumulación de autos.

Como consecuencia de la admisión de tal derecho, la LEC 1881 cambió el criterio en cuanto a la acumulación, previendo ahora la no acumulación de los juicios ejecutivos al juicio universal de concurso o de quiebra, cuando sólo se persiguieran bienes hipotecados (art. 1379 LECA en relación con el 1173.3.º y 166). Prohibió además a los síndicos enajenar los inmuebles que por hallarse hipotecados especialmente hubieran sido embargados en ejecución no acumulada al concurso [art. 1234.2.º LECA, también aplicable a la quiebra (art. 1319)] (17).

En 1885 se promulgó un nuevo Código de Comercio. Aparentemente, el tratamiento que en el mismo se daba al acreedor hipotecario podía llevar a pensar que éste no gozaba de un derecho de ejecución separada, sino que debía cobrar dentro de la masa de la quiebra. Los créditos hipotecarios estaban expresamente incluidos en la clasificación y prelación de créditos del CCom, artículo 914.1 y 916.II.1, siendo clasificados como acreedores privilegiados con derecho real, ocupando el primer lugar en la graduación de los créditos, por delante de los acreedores singularmente privilegiados. Se incluían, por tanto, en la masa pasiva de la quiebra (18).

---

toda legislación concursal, asegura que el activo del deudor será repartido conforme a las normas de la graduación y conforme al principio *par conditio creditorum* (principio de reparto proporcional entre los acreedores ordinarios, sin distinción de fechas). Por ello, tradicionalmente se han paralizado las acciones individuales de los acreedores. Por ello y para evitar el caos que derivaría de tales acciones y el desmembramiento del activo concursal y para que el concurso, como ejecución colectiva, resultase económicamente ventajosa para todos los acreedores. A partir de la LH de 1869, este principio general conoce una excepción en la ejecución singular privilegiada del acreedor hipotecario. (Cfr.: GARRIDO, J. M.: *Tratado de las preferencias del crédito.* Civitas Ediciones SL, Madrid, 2000, pp. 635 y 636).

(17) ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: "Hipoteca y concurso". *Op. cit.,* pp. 292 y 293.

(18) "La inclusión de los acreedores hipotecarios en la masa pasiva de la quiebra aparece confirmada por un análisis comparativo de los dos Códigos de Comercio. En efecto, bajo la vigencia del CCom de 1829 integraban la masa tanto los acreedores pignoraticios como los hipotecarios (arts. 1115 y ss.). El Código de Comercio 1885 deja fuera de la quiebra a los acree-

Los acreedores hipotecarios eran, pues, considerados por el CCom como acreedores concursales, que debían insinuar su crédito en el procedimiento para ser reconocidos y graduados y satisfechos con el haber de la quiebra, si bien de modo preferente con cargo a los bienes hipotecados. A su vez, los bienes hipotecados integrarían la masa de la quiebra y deberían ser enajenados por los síndicos, sin perjuicio de la preferencia del acreedor hipotecario. El crédito se satisface sobre el precio de venta de los inmuebles hipotecados (art. 919 CCom) y la concurrencia de varios acreedores hipotecarios que aleguen un derecho sobre el mismo inmueble se regula por el principio de prioridad (según la fecha de inscripción del título en el Registro de la Propiedad) propio de la legislación hipotecaria (19). Los acreedores hipotecarios cuyos créditos no quedasen cubiertos con la venta de los inmuebles hipotecados serían considerados en cuanto al resto como acreedores escriturarios y, por tanto, también privilegiados (20) (art. 913.4 del CCom), concurriendo con los demás de este grado, según la fecha de sus títulos.

De acuerdo con el artículo 884 CCom, el acreedor hipotecario no quedaba sometido a la suspensión del devengo de intereses desde la fecha de la declaración de quiebra prevista con carácter general para las deudas del quebrado y, con arreglo al artículo 900 CCom, ostentaba un derecho de abstención en relación a un eventual convenio solutorio de la quiebra, que, de ejercitarse, no le sujetaba a los términos del convenio (21).

---

dores pignoraticios, para lo que establece una norma expresa muy clara (art. 918); pero no modifica la situación de los acreedores hipotecarios, que entran en la graduación de créditos (arts. 914.1 y 916.II.1) … El artículo 919 CCom recoge para los acreedores hipotecarios sólo una de las reglas previstas para los acreedores pignoraticios: la de que aquellos "cuyos créditos no quedasen cubiertos con la venta de los inmuebles que les estuviesen hipotecados, serán considerados en cuanto al resto, como acreedores escriturarios" (art. 918 CCom), que se trata, además, de una regla general en la clasificación de créditos (art. 1928.II CC)". BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa". *Op. cit.,* p. 3489.

(19) *Op. cit.,* pp. 3488 a 3490.

(20) Cobraban antes que los acreedores comunes por operaciones mercantiles y que los acreedores comunes por Derecho Civil.

(21) En relación con este derecho de abstención debía distinguirse entre la quiebra de un comerciante individual y la quiebra de una sociedad. En el primer caso, el convenio que se alcanzara no afectaba a los acreedores

Ahora bien, pese a la dicha regulación del CCom, la doctrina se mostró partidaria, desde la misma promulgación del Código, del reconocimiento del derecho de ejecución separada, basándose en los preceptos de la LECA 1379, 1173.3.º, 161.3, 166 y 1234, relativos a la acumulación de procedimientos al juicio universal de quiebra y sobre liquidación del patrimonio concursal, y en los artículos 127 último párrafo (para el juicio ejecutivo) y 132.1 y 135.3 (para el procedimiento judicial sumario del 131 LH) de la LH 1946 (22) (23) (24).

---

con derecho de abstención, entre ellos los hipotecarios, que se valieran de él. Así se desprendía de los artículos 1392 LEC 1881 y 904 y 900 CCom de 1885. Este último indicaba: "los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios podrán abstenerse de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio; y absteniéndose, éste no les deparará perjuicio en sus respectivos derechos.

Si por el contrario, prefiriesen tener voz y voto en el convenio propuesto, serán comprendidos en las esperas o quitas que la Junta acuerde, sin perjuicio del lugar y grado que corresponda al título de su crédito". La renuncia al derecho de abstención se apreciaba con arreglo a lo dispuesto en esos preceptos, en el concurrir a la Junta convocada para debatir el convenio propuesto, en tomar parte en la votación o en tener voz y voto en la misma. Se apreciaba también en la práctica, al hacer una propuesta de convenio.

En el caso de tratarse de la quiebra de una sociedad, la solución era distinta, pues el artículo 937 CCom disponía que "aprobado el convenio sin oposición, o desestimada ésta por sentencia firme, será obligatorio para la compañía o empresa deudora y para todos los acreedores cuyos créditos daten de época anterior a la suspensión de pagos, si hubieren sido citados en forma legal, o si, habiéndoseles notificado el convenio, no hubieren reclamado contra él en los términos prevenidos en la LEC", sin hacer referencia ninguna a un derecho de abstención. "A la vista de lo cual se entendió que el Ordenamiento jurídico seguía en este caso el criterio de excluir el derecho de abstención, de tal forma que el convenio que se alcanzara vinculaba a todos los acreedores sin excepción. También, por tanto, a los garantizados con hipoteca inmobiliaria (que estaban incluidos en el tercer grupo de acreedores, de los establecidos en el art. 932.2)". (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: "Los créditos hipotecarios y el procedimiento concursal: a propósito de la nueva regulación dispuesta en la Ley 22/2003 (nota legislativa)", en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 110, 2004, pp. 3655 y 3656).

(22) Cfr.: ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: "Hipoteca y concurso". *Op. cit.*, pp. 292 y 293.

(23) Tras la reforma de la legislación hipotecaria de los años 1909 y 1915 se regulan dos procedimientos posteriores al juicio ejecutivo para el ejercicio del derecho real de hipoteca: el procedimiento extrajudicial y el procedimiento judicial sumario, que elimina la reducida fase declarativa

La postura de la jurisprudencia consistía en interpretar que la ejecución separada de la hipoteca sólo procedía si se había iniciado antes de la declaración de quiebra; declarada ésta no procedía iniciar la ejecución hipotecaria (25).

La doctrina, por su parte, mantenía diversas posiciones en cuanto a la ejecución hipotecaria iniciada tras la declaración de concurso o quiebra.

Una primera posición era la de quien sostenía que los acreedores hipotecarios no integraban la masa pasiva y que los bienes inmuebles hipotecados no formaban parte de la masa activa, al quedar sujetos directa e inmediatamente cualquiera que fuese su poseedor … al cumplimiento de la obligación asegurada, invocándose además

---

del juicio ejecutivo. El primero era, por definición, inacumulable al juicio universal. Respecto del segundo, el artículo 132 LH reproducía la formulación contenida en el artículo 133 de la LH 1869 y el artículo 135.3 declaraba que el procedimiento no era acumulable a un juicio universal.

(24) Artículo 1379: "La acumulación al juicio de quiebra de los pleitos pendientes o que se promuevan contra la masa, se acomodará a las reglas establecidas para este caso en el juicio de concurso".

Artículo 1173.3.º: "En el mismo auto en que se haga la declaración de concurso se dictarán las disposiciones siguientes:

… 3.º La acumulación al juicio de concurso de las ejecuciones que haya pendientes contra el concursado en el mismo Juzgado o en otros, con la excepción establecida en el artículo 166".

Artículo 161: "Las causas por que deberá decretarse [la acumulación] son:

… 3.ª Cuando haya un juicio de concurso o de quiebra al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda".

Artículo 166: "No procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí, ni a un juicio universal, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, salvo el caso previsto en el artículo 133 de la LH [1869, relativo a la acumulación de varios juicios ejecutivos sobre bienes hipotecados en garantía de una misma deuda].

Artículo 1234: "Puestos los Síndicos en posesión de los bienes y efectos del concurso, procederán a su enajenación en la misma pieza primera, o en ramos separados de ella, exceptuando solamente:

… 2.º Los inmuebles que por hallarse hipotecados especialmente hayan sido embargados en ejecución no acumulada al concurso".

(25) Gómez Gálligo, F. J.: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal", en *Estudios Jurídicos. Abogados del Estado.* Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, p. 677.

el argumento de analogía con el trato dispensado al acreedor con hipoteca mobiliaria (tratado como acreedor pignoraticio) o con hipoteca naval [que podía ejecutar separadamente no obstante la declaración de concurso o quiebra (art. 39.3.º y 43 LHN)]. Era la posición de Ramírez. Otros autores, para llegar al mismo resultado, destacaban la naturaleza real de la garantía hipotecaria y la regulación que establecía la LH, en relación con el artículo 166 LEC, que establecía la insensibilidad de la garantía hipotecaria a los procedimientos de quiebra o de concurso (Peña Bernaldo de Quirós, García García).

Otra opinión, apoyada en los artículos 914 y 919 CCom, entendía que el acreedor hipotecario que no hubiera entablado antes de la quiebra su acción ejecutiva contra los bienes hipotecados debía soportar que éstos fuesen atraídos por el juicio de quiebra e ingresados en la masa activa (así como el crédito hipotecario, sometido a reconocimiento y graduación, en la masa pasiva) y que fuesen sometidos a la liquidación aunque, no obstante la pérdida de la ejecución separada, el derecho real de hipoteca sobrevivía a la quiebra por cuanto el crédito garantizado se satisfacía con el precio de venta de los bienes hipotecados (Garrigues, Roca Sastre) (26).

Otra tercera opinión entendía que al acreedor hipotecario se le presentaban dos opciones: ejecutar su crédito separadamente, fuera del procedimiento de quiebra y, de otro lado, integrarse en la quiebra para que se procediese a la enajenación del bien hipotecado y al pago de su crédito, con la preferencia establecida, dentro del procedimiento de quiebra [Pulgar Ezquerra (27), que cita como antecedentes de esta opinión a Beltrán y Cortés] (28).

---

(26) Sostenían que los acreedores hipotecarios sólo disfrutarían del derecho de ejecución separada si hubieran iniciado su ejecución antes de la declaración de quiebra, aparte de Garrigues (Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. 7.ª edición, revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero. Madrid, 1980, pp. 413 y 446-447); Uría (Uría: *Derecho Mercantil.* 21 edición, Madrid 1994, p. 1009) y Sotillo, J. A. (Sotillo, J. A.: "Posición de los acreedores hipotecarios ante la quiebra", en *Revista General del Derecho,* 1956, pp. 365-366 y 370). Citados por Beltrán. (Beltrán Sánchez, E.: "Hipoteca, ejecución separada…" *Op. cit.*, p. 3490, nota 38).

(27) Pulgar Ezquerra, J.: "El acreedor hipotecario en el anteproyecto de LC de 2001*",* en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002, p. 673.

(28) Blanquer Uberos, R.: *Las garantías reales en el concurso.* Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra) 2006, pp. 35 a 40.

El panorama cambia con la publicación de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que expresamente exceptuaba de la acumulación al concurso los procesos de ejecución en que se persigan bienes hipotecados (art. 98.1.2.º) (29) y determinaba que la declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos del ejecutado no impedirá la iniciación ni la continuación de los procesos de ejecución hipotecaria, que seguirán hasta la satisfacción del acreedor, debiendo remitir el juez de la ejecución el remanente, al concurso (art. 568) (30). La LEC 2000 regulaba el derecho de ejecución separada de forma muy amplia, yendo más allá de lo que había entendido la Jurisprudencia bajo la vigencia de la LEC 1881. Tras la reforma operada por la Ley Concursal (Disposición final 3.ª), el artículo 568 LEC y el artículo 127 LH remiten en este tema, como veremos, a la LC (31) (32).

(29) Señalaba el artículo 98 LEC 2000:

1. La acumulación de procesos también se decretará:

1.º Cuando esté pendiente un proceso concursal al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda. En estos casos, se procederá conforme a lo previsto en la legislación concursal.

2.º Cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal.

Se exceptúan de la acumulación a que se refieren los dos números anteriores los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso concursal ni al sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución.

(30) Señalaba el artículo 568 LEC 2000:

"El tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. Por excepción, tales situaciones no impedirán el inicio de la ejecución singular, si ésta se limitare a los bienes previamente hipotecados o pignorados en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías hipotecarias, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal."

La LEC 2000 dejó inalterado el artículo 127 LH, pero dio nueva redacción a los artículos 132 y 135.

(31) La LC, en su Disposición final 3.ª, modificó el párrafo segundo del apartado 1.2.º del artículo 98 LEC, que quedó redactado de la forma siguiente:

"Se exceptúan de la acumulación a que se refiere este número los proce-

La nueva legislación concursal, si bien continúa reconociendo un derecho de ejecución separada, entiende que éste es intraconcursal y lo somete a restricciones (suspensión o paralización temporal por un plazo máximo de un año), respecto de lo previsto en la LEC 2000, en caso de que la hipoteca recaiga sobre bienes afectos a la actividad empresarial, para facilitar la consecución de un convenio o la liquidación ordenada del patrimonio del deudor. Con todo, el derecho de ejecución separada reconocido es más amplio que el que reconocía la jurisprudencia bajo el imperio de la LEC 1881, pues

---

sos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución." Parece, pues, que ya no están exceptuados de la acumulación al concurso los procesos de ejecución en que se persigan bienes hipotecados, debiendo procederse conforme a lo previsto en la legislación concursal.

En cuanto al artículo 568 paso a señalar lo siguiente:

"El tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal."

En cuanto al párrafo 7.º del artículo 127 LH, quedó redactado de la forma siguiente:

"Será juez o tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuera respecto del deudor. No se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor. En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley Concursal."

(32) La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que entrará en vigor el 4 de mayo de 2010, modifica ligeramente el artículo 568 LEC en el siguiente sentido:

"1. *No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso.*

2. *El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.* El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.

3. *Si existieren varios demandados, y sólo alguno o alguno de ellos, se encontraran en el supuesto a que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás."*

si bien se establece una restricción respecto de lo permitido antes (suspensión por un plazo máximo de un año de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso, si recae sobre bienes afectos a la actividad empresarial), se prevé la posibilidad de ejecutar la hipoteca después de la declaración de concurso, para los bienes no afectos, sin restricción y, para los bienes afectos, transcurrido el año de paralización.

A propósito del derecho de ejecución separada ha señalado la doctrina lo siguiente: "Nosotros entendemos, no obstante, que, desde el punto de vista del concurso, son mayores las ventajas que los inconvenientes de suprimir o, por lo menos, de limitar el derecho de ejecución separada, pues la existencia de este tipo de créditos, con ese adicional derecho, impide la definitiva configuración de la masa activa, cuya consistencia final no se conoce hasta que las ejecuciones separadas no han concluido; y obliga a los acreedores del concurso y a los órganos de éste a operaciones de seguimiento muy difíciles, porque se refieren a procedimientos ajenos. Así, la diligencia impone controlar esos procedimientos, conocer el momento en que se encuentren, decidir si se acude o no a las subastas, para que no se envilezca en ellas el valor de los bienes y, en este caso, llevar a cabo operaciones de inversión de fondos para poder acudir a las subastas" (33).

II. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 56 LEY CONCURSAL

2.1. EL TEXTO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, EL ANTEPROYECTO DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y EL PROYECTO DE LEY PUBLICADO EL 23 DE JULIO DE 2002

En marzo de 2000 cerró sus trabajos la sección especial de la Comisión General de Codificación para la reforma concursal, presidida por Manuel Olivencia, con la presentación de un Anteproyecto

(33) DÍEZ-PICAZO, L.: "Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores", en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español.* Editorial Civitas/Fundación Universidad-Empresa. 1.ª edición. Madrid, 1982, p. 297.

de Ley concursal (30 de marzo de 2000) (34). En este Anteproyecto se preveía como uno de los efectos de la declaración de concurso la paralización de las ejecuciones individuales que se hubieran iniciado sobre bienes del concursado, así como la imposibilidad de que se iniciasen nuevas ejecuciones judiciales o extrajudiciales (art. 54). Como señala CUENA CASAS, "el fundamento de esta prohibición de iniciar ejecuciones o apremios es obvio: sin ellas sería ilusoria la satisfacción de los acreedores conforme a la clasificación y preferencias legalmente establecidas en caso de concurso [*par conditio creditorum* (35)]. La esencia del proceso concursal es lograr una satisfacción ordenada de los acreedores del deudor insolvente sustituyendo las acciones individuales por un procedimiento colectivo por virtud del cual todos los acreedores puedan cobrar sus créditos en la medida de lo posible. Se trata de evitar que el acreedor que inicia antes la ejecución se beneficie frente al resto de acreedores que, ordenadamente se someten al principio de igualdad de trato. Por ello la paralización de acciones individuales es imprescindible para que se logren los objetivos del proceso concursal. Los acreedores no pierden por ello ningún derecho, pues podrán insinuar sus créditos en el proceso concursal y caso de que éste concluya por inexistencia de bienes y derechos [art. 178 Anteproyecto] podrán iniciar o continuar sus ejecuciones singulares en el caso de que no se declare la reapertura del concurso" (36).

En su último párrafo el artículo 54 del Anteproyecto de 2000 exceptuaba de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido para los acreedores con garantía real y, por tanto, para el acreedor hipotecario. Para éste, el artículo 55 preveía la imposibilidad de iniciar la ejecución de la garantía desde la declaración de concurso, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación. Para las actuaciones ya iniciadas al tiempo de la

(34) El texto puede consultarse en la revista *Derecho de los negocios.* Núm. 126, marzo 2001 y núm. 127, abril, 2001.

(35) Paridad de condiciones de los acreedores.

(36) CUENA CASAS, M.: "La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar". En *Cuadernos de Derecho Judicial núm. 1 de 2009. El Derecho Privado en contextos de crisis.* En prensa, pp. 217 y 218.

declaración de concurso se preveía la suspensión por los mismos plazos desde que la declaración de concurso constase en el correspondiente procedimiento, con la excepción de que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto a la garantía, caso en que procedería la continuación de la ejecución hipotecaria. La norma pretendía que la actuación del acreedor hipotecario al margen del concurso no perturbase el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impidiese soluciones conservativas (convenio) que pudieran resultar más convenientes o beneficiosas para el conjunto de los acreedores. Se trataba de repartir entre los acreedores, sobre la base del principio *par conditio creditorum*, los sacrificios que conlleva el dar esa solución conservativa. Así se expresaba la Exposición de Motivos en su apartado III (37). Dicho sacrificio de la paralización de ejecuciones no lo soportan sólo en el sistema del Anteproyecto los acreedores hipotecarios y los demás enumerados en el artículo 55, sino que afecta también a los acreedores en general (art. 54), e incluso a las ejecuciones para hacer efectivos los créditos contra la masa (art. 153.2). Se recogió, por tanto, "una opción paralela a la del modelo portugués, donde el Código *dos processos especiais*

(37) "Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de la paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia."

de recuperação de empresa e de Falência, de 1998 (38), establece en su artículo 29 la paralización de ejecuciones contra el deudor, incluidas las de los créditos con privilegio hasta que transcurran seis meses desde la declaración del procedimiento sin que la Junta de acreedores decida la solución en la que debe desembocar el procedimiento de "recuperação da empresa", esto es, convenio, reestructuración financiera o gestión controlada (39).

El sistema cambia en el Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001, presentado en el Consejo de Ministros por el ministro de Justicia Ángel Acebes, en el que se introdujo la distinción entre garantías reales que recaen sobre bienes afectos y no afectos a la actividad empresarial del concursado. Se distinguen varios supuestos. Si no se ha iniciado la ejecución en el momento de la declaración de concurso procede la mencionada paralización durante los plazos indicados, con independencia del bien sobre el que recaiga la garantía (art. 55.1). Si se hubiese iniciado la ejecución, se distingue en función de si la garantía recae o no sobre bienes afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, al proceso productivo. En el primer caso se suspende el procedimiento, desde que la declaración de concurso conste en el mismo, pudiendo reanudarse en los términos del artículo 55.1. No se preveía suspensión si al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto (art. 55.2). En el segundo caso, las actuaciones ejecutivas se sustanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, quedando en suspenso, sin embargo, el reparto de lo obtenido con la liquidación hasta que se diesen las circunstancias del artículo 55.1. Zubiri de Salinas sostiene que esta distinción entre garantías que recaen sobre bienes afectos y no afectos al proceso productivo fue fruto de las observaciones del sector financiero y del Dictamen del Consejo Económico y Social (40).

(38) Decreto–Ley núm. 132/1993, de 23 de abril, modificado por Decreto–Ley núm. 315/1998, de 20 de octubre.

(39) Cfr.: Pulgar Ezquerra, J.: "El acreedor hipotecario en el anteproyecto de LC". *Op. cit.,* p. 678.

(40) Zubiri de Salinas, M.: "Hipoteca y concurso"*. Op. cit.*, pp. 294 y 295.

Esta regulación, sin embargo, tampoco fue la que llegó al Proyecto de Ley (BOCG de 23 de julio de 2002). La referencia a bienes afectos pasó al párrafo 1.º del artículo 55, con la consecuencia de que no se podían iniciar ni continuar ejecuciones separadas de créditos hipotecarios sobre bienes afectos, pero sí en el caso de bienes no afectos, hasta la realización de los bienes, suspendiéndose sólo el reparto de las cantidades [y la puesta en posesión al rematante o adjudicatario] (art. 55.5) (41) (42) (43). No obstante estas modificaciones, la Exposición de Motivos continuó inalterada, con la misma redacción que en el Anteproyecto de 2000.

---

(41) *Op. cit.*, loc. cit.

(42) Artículo 55 del Proyecto de Ley:

"1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estén afectos al proceso productivo, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere procedido a la apertura de la liquidación.

…

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto.

…

5. Las acciones tendentes a la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado distintos de los señalados en el apartado 2 se sustanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, suspendiéndose la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previsto en el apartado 1."

(43) En el mismo sentido que ZUBIRI DE SALINAS señala GÓMEZ GÁLLIGO: "En efecto, durante la tramitación del proyecto de Ley Concursal (hoy ya ley) *–ante las presiones de los sectores afectados–* se fue suavizando el tratamiento que en borradores anteriores se hacía de la suspensión, y así pasa al proyecto presentado a la Cortes Generales, limitando la suspensión en la ejecución a los bienes del concursado afectos al tráfico empresarial o comercial, a actividades profesionales, mercantiles o industriales y en general los que estén afectos al proceso productivo". (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal". *Op. cit.*, p. 682).

2.2. VICISITUDES PARLAMENTARIAS

En el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Catalán propuso la supresión del párrafo 5.º del artículo 55 del Proyecto de Ley (Enmiendas núms. 478 y 481) (44) (45). La misma propuesta fue

(44) También propuso en la enmienda núm. 478 hacer mención en el artículo 55.2 a la continuidad de la ejecución no sólo cuando al tiempo de la declaración de concurso estuviesen publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, sino también cuando en tal momento se hubieran dictado las resoluciones judiciales aprobando un convenio de realización o acordando que el bien lo realizase una persona o entidad especializada.

(45) En la enmienda núm. 478 ofrecía la siguiente justificación: "La paralización de las acciones de ejecución de las garantías reales supone una de las medidas más drásticas de la LC, que afecta gravemente a las entidades de crédito, al mercado hipotecario y, en concreto, a los procesos de titulación, elemento que es actualmente esencial en dicho mercado".

De cualquier manera se trata de un sacrificio que se considera asumible en aras de preservar el carácter universal del procedimiento y de la necesidad de evitar la desaparición de bienes esenciales para la actividad empresarial del concurso –de ahí lo injustificado de la excepción para los procedimientos administrativos de apremio–, pero es imprescindible que los efectos negativos para la eficacia de las garantías reales se minimicen al máximo.

En este sentido, el Proyecto ha sido claramente receptivo a las observaciones formuladas por el sector financiero en la tramitación del anteproyecto y ha aceptado que la paralización afecte sólo a las garantías que recaigan sobre elementos afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado.

De cualquier manera, el plazo de paralización de un año parece excesivo para la finalidad pretendida, que no puede ser otra que la de que la Administración Judicial pueda conocer la situación patrimonial del concursado y eventualmente adoptar las medidas sobre reintegración y rehabilitación de créditos, para lo cual, teniendo en cuenta los plazos establecidos en la Ley Concursal, debe ser suficiente un plazo de seis meses.

También resulta improcedente que, después de haber excluido de la paralización las acciones sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado, en el apartado 5 se imponga la paralización de las ejecuciones sobre dichos bienes a partir de la "realización de los bienes", lo que en la práctica supone una paralización total de la ejecución, pues como uno de los trámites a que afectará la suspensión será la toma de posesión del bien por parte del adquiriente o adjudicatario, no existirán terceros interesados en pujar y pagar por un bien del que no podrán tomar posesión durante un año (o seis meses).

Hay que tener en cuenta que son los créditos sobre estos bienes no

hecha por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda núm. 283), si bien el contexto de la enmienda era muy diverso, dado que este Grupo planteaba al mismo tiempo suprimir la mención del párrafo primero a los bienes afectos y, por tanto, que la paralización y suspensión de ejecuciones hipotecarias afectase tanto a las hipotecas sobre bienes afectos como no afectos a la actividad empresarial (46).

---

afectos, concretamente los préstamos sobre viviendas, los que más importancia tienen en los procesos de titulación, por lo que cualquier afectación negativa de los mismos tiene una gran importancia. De ahí que se proponga la supresión del apartado 5.

Por último, en el apartado 2 se corrige un error técnico: el texto del Proyecto se ajustaba plenamente al régimen vigente antes de la última LEC, en el que los bienes hipotecados debían venderse mediante subasta. Pero el artículo 691.5 de la nueva Ley permite expresamente que, en los procesos de ejecución hipotecaria, se apliquen los procedimientos de convenio y encargo a empresa especializada, que deben ser contemplados en el texto.

En la enmienda 481 la justificación fue la siguiente: "La suspensión de la tramitación a que se refiere el presente apartado resulta contradictorio y confuso en relación a los apartados anteriores. Una vez realizados (ejecutados) los bienes tan solo resta: (i) hacer el pago, (ii) reintegrar a la masa activa el sobrante y, en su caso (iii) la entrega de la posesión del bien adjudicado al mejor postor. Ninguna de tales actuaciones son perjudiciales para la masa y, por el contrario, podría perjudicar la ejecución de la garantía al propio acreedor, que vería suspendido su cobro aplicando el precio de remate, y a los posibles postores que se verán impedidos para obtener la posesión del bien ejecutado".

(46) La justificación de la enmienda era la siguiente: "La limitación que figura al comienzo de este párrafo suscita el delicado problema de qué órgano (el Juez o la administración judicial) es el competente para determinar qué bienes no están afectos, el problema del sistema para la declaración de no afección y el problema complementario de qué momento es el más adecuado para esa determinación. Por esta razón, parece preferible suprimir esa excepción implícita a la paralización de tales ejecuciones.

De igual modo parece razonable que se dé un tratamiento similar a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se haya dictado providencia de apremio y a las ejecuciones dinerarias de créditos salariales con privilegio.

Una vez que ha tenido lugar la realización de los bienes, carece de sentido que se suspenda la tramitación posterior. Después de la realización, tan sólo queda por efectuar el pago entregando a la masa activa el sobrante y entregando también al mejor postor el bien adjudicado. Se produciría una profunda perturbación en el vigente sistema de ejecuciones si una persona,

Junto a estas enmiendas restan por indicarse la núm. 480, del Grupo Parlamentario Catalán, que proponía excepcionar de la paralización de un año para bienes afectos a aquellos que formasen parte de una promoción inmobiliaria destinada a o en fase de venta; la núm. 479, del mismo Grupo, que proponía añadir al apartado 2.º del artículo 55, en la excepción que contemplaba, el requisito para la continuación de la ejecución de que la fecha señalada para la celebración de la subasta distase menos de diez días del de la declaración de concurso; las núms. 74, 140, 173 y 205 de diversos parlamentarios y Grupos proponiendo permitir la continuación de la ejecución (art. 55.2.º) cuando además de haberse publicado los anuncios de la subasta al tiempo de la declaración de concurso, se tratase de bienes no necesarios para continuar el proceso productivo, para no imposibilitar la continuación de la actividad empresarial, y la enmienda núm. 20, que proponía modificar la referencia que el artículo 55.5.º hacía al apartado 2.º por una referencia al apartado 1.º

En el Informe de la Ponencia se suprimió efectivamente el párrafo 5.º del artículo 55, aprobándose el Informe de la Ponencia por unanimidad en el debate en la Comisión de Justicia e Interior, la cual, en su dictamen, presentó ya el artículo 55 sin su párrafo 5.º Tras su paso por el Pleno de la Cámara, el artículo 55 pasó a ser el artículo 56 con la misma redacción con que lo presentó el Dictamen de la Comisión.

En el Senado, el contenido de muchas enmiendas presentadas en el Congreso se reitera. La núm. 40 (de D. Manuel Cámara Fernández y D. José Cabrero Palomares) y la núm. 56 (del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos) vuelven a proponer añadir el requisito a la excepción del artículo 56.2.º de que los bienes cuya ejecución se continúe no sean necesarios para la continuidad del proceso productivo. La enmienda núm. 78, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, y la núm. 141, del Grupo Parlamentario Socialista, reiteran el contenido de la núm. 283, presentada en el Congreso. El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado Convergencia i Unió propone tres enmiendas. La núm. 265 propone que el

a la que se ha adjudicado un bien en pública subasta, no puede entrar en posesión inmediata de dicho bien".

plazo de paralización de las ejecuciones de garantías reales sea de seis meses. La justificación es la misma que se ofreció en la enmienda núm. 478, presentada en el Congreso. La núm. 266, alternativa, reitera la núm. 480, presentada en el Congreso, y la núm. 267, también alternativa, reitera la núm. 479, presentada en el Congreso.

El Informe de la ponencia rechaza las enmiendas presentadas y mantiene el texto remitido por el Congreso de los Diputados. Tras el debate en la Comisión de Justicia, el texto aprobado por ésta recoge en el párrafo 2.º del artículo 56, en su excepción, el requisito de que la ejecución que se continúe no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor. Tras el debate en el pleno del Senado, el texto aparece con la que será su redacción definitiva.

A la vista de lo expuesto sobre la tramitación parlamentaria, podría pensarse que, puesto que fue aceptada la propuesta de supresión del párrafo 5.º del artículo 55 del Proyecto, y no fue aceptada, al mismo tiempo, la enmienda núm. 283, del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, luego, núm. 141 en el Senado, fue voluntad del legislador la no paralización de las ejecuciones hipotecarias que recaigan sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, singularmente, sobre la vivienda familiar. Sin embargo, lo único cierto es que con la supresión del mencionado apartado han quedado sin regulación específica en la ley las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial (47).

(47) En este sentido ha dicho IRIBARREN BLANCO que "el argumento expuesto (se refiere a la justificación de la enmienda núm. 481 del Grupo Parlamentario Catalán) de que no procede la suspensión en ese momento (tras la realización del bien) se puede compartir, pero *de ningún modo debía haber llevado a la supresión del apartado, porque con ello quedaban sin regular las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos"*. (IRIBARREN BLANCO: "El acreedor con garantía hipotecaria en la ley concursal", en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. 4, 2005, p. 3767, nota 14).

III. RÉGIMEN GENERAL DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA EN LA LC

3.1. EL CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL CRÉDITO

La Ley conecta a la garantía real hipotecaria un privilegio especial, por otorgar al acreedor un derecho de satisfacción (cobro) preferente sobre el bien afecto a la garantía frente al privilegio general que otorga un derecho de satisfacción preferente sobre el patrimonio del deudor (art. 90.1.1.º, 155.1 y 156 LC). El privilegio especial sobre los bienes hipotecados se reconoce tanto en caso de ejecución individual como de ejecución colectiva. Para la efectividad del privilegio se requiere cumplir ciertos requisitos:

Primero, que la garantía esté constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, esto es, la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 90.2 LC, 606 CC y 32, 145.2.º y 159 LH). Se exceptúa de esta regla las hipotecas legales tácitas.

Segundo, que se incluyan en la lista de acreedores. Al tratarse de una garantía real inscrita en registro público, se incluirá necesariamente, sin perjuicio de la facultad de la administración concursal para impugnar en juicio ordinario, y dentro del plazo para emitir su informe, la existencia y validez de los créditos (art. 86.2.º LC) (48).

Si concurrieren varios créditos dotados de privilegio especial sobre un mismo bien (49), hay que tener presente, como ha señalado la doctrina, que el artículo 90 LC no establece las preferencias entre los privilegios especiales, sino que se limita a hacer una enumera-

(48) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales*",* en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.). Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 1045.

(49) En este caso, "al coexistir varios acreedores con un derecho de preferencia especial, y por tanto, limitado al producto de la ejecución de un mismo bien o derecho, es necesario distribuir los pagos que corresponden al producto de esa ejecución, conforme a los criterios de graduación entre los acreedores titulares de privilegios especiales concurrentes, y en caso de que exista remanente, éste se distribuirá de conformidad con los criterios generales de graduación". (GARRIDO, J. M.: "Comentario al artículo 155*.* Pago de créditos con privilegio especial*",* en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.). Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 2445.

ción de los mismos (50). La solución viene dada en el artículo 155.3 LC, el cual establece 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 (51). La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta. La regla en suma, pues, es la de *prior tempore potior iure*, determinándose la prioridad de la hipoteca por la fecha de inscripción en el Registro de la propiedad (fecha del asiento de presentación (art. 24 LH). De la lista de acreedores y del inventario puede deducirse el orden de satisfacción de los distintos acreedores con privilegio especial sobre un determinado bien o derecho comprendido en la masa activa, y ese será el orden que haya de seguirse para la atribución de las sumas derivadas de la ejecución del bien o derecho (52) (53).

(50) VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios concursales.* Editorial Comares, 2.ª edición. Granada, 2006, pp. 113 y 136. Igualmente señala GARRIDO: "El artículo comentado contiene una lista ordenada en numerales de los diferentes privilegios especiales reconocidos en el concurso. Pero esta lista de privilegios especiales no representa en absoluto una graduación de dichos privilegios. El orden por el que los distintos privilegios especiales aparecen enumerados no denota una valoración de los diferentes privilegios. Se trata de una mera relación de causas de preferencia especial que no obedece a ningún criterio jerárquico, a diferencia de la lista de privilegios generales [art. 91 (y 156)]. Por ello, es preciso separar la enumeración de los privilegios especiales (art. 90.1) del análisis de la graduación de esos privilegios (art. 90.2)…" (GARRIDO: "Comentario al artículo 90. Créditos con privilegio especial", en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.). Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 1610).

(51) Esto es, para que su preferencia, por ser oponible a los terceros, prevalezca frente a todos los acreedores concursales ordinarios. (BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales… Op. cit.,* p. 19.

(52) GARRIDO, J. M.: "Comentario al artículo 155. Pago de créditos con privilegio especial", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.). Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 2446. GARRIDO, J. M.: "Comentario al artículo 90. Créditos con privilegio especial"*.Op. cit.,* p. 1634.

(53) Cuestión a determinar es cuáles son las hipotecas legales tácitas o garantías o privilegios análogos existentes en nuestro ordenamiento, así como a cuáles de ellos haría referencia la LC y el orden de cobro entre los mismos. Igualmente, cuestión a determinar es la prioridad de cobro en caso

El hecho de estar especialmente asegurado el crédito hipotecario con una garantía real no impide que, en determinadas circunstancias, el crédito pueda perder su carácter privilegiado y deba ser considerado como subordinado. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 92.1.º LC.

Según 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. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos". Este artículo plantea el interesante problema de la situación en que se encuentra el acreedor hipotecario respecto de las deudas de la masa, cuestión respecto de la que cabría plantearse si procede o no una interpretación correctiva del precepto mencionado en algún aspecto, pero en la que no podemos detenernos, por merecer un estudio específico.

Según el artículo 157.2 LC, los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 59.1, "desde la declaración de concurso quedará en suspenso el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía".

Los epígrafes siguientes los escribimos pensando en el acreedor hipotecario por hipoteca voluntaria.

---

de concurrencia sobre el mismo bien de un privilegio refaccionario por créditos salariales, no acompañado de medidas de publicidad registral, que no son necesarias para la existencia del privilegio (art. 90.2) y otros privilegios especiales. Hay que resaltar también que la LC exige el cumplimiento de los requisitos y formalidades de oponibilidad para los privilegios especiales situados en los cinco primeros números del artículo 90, pero omite tal exigencia para los privilegios contemplados en el numeral sexto. No podemos entrar aquí a valorar, porque excedería de los límites de nuestro trabajo, cómo hay que conectar el artículo 155.3.II con el artículo 90.1. 6.º y artículo 90.2 LC.

3.2. EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA

La hipoteca, como derecho real de garantía, lo que viene a asegurar al acreedor es que la satisfacción del crédito garantizado tendrá lugar con el producto del bien sobre el que recae, con independencia de que esa ejecución se produzca dentro o fuera del concurso (PULGAR EZQUERRA) (54). En este sentido, la ejecución separada, como señala HERRERA CUEVAS, no pertenece a la esencia de la garantía real (55). Por ello, el Derecho histórico, según vimos, seguía el principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra, remitía todas las ejecuciones al juicio universal, también las hipotecarias (principio de igualdad de trato de todos los acreedores en la quiebra) y sujetaba al acreedor hipotecario a la ejecución colectiva, sin afectar por ello a la naturaleza de la garantía hipotecaria. El derecho de ejecución separada se configuró, pues, posteriormente, como un privilegio procesal respecto de los demás acreedores del quebrado.

Tras la promulgación de la LC, y de acuerdo con los artículos 98.1 y 568 LEC, introducidos por aquélla (Disposición Final 3.ª 3 y 3.ª 7 y Disp. Derogatoria 3.11), la cuestión de si el acreedor hipotecario goza o no del derecho de ejecución separada queda al arbitrio de la Ley Concursal. Tanto de la Exposición de Motivos de la misma (apartado III, párrafo 9.º), como del artículo 155.1 y 55.4, parecería resultar la existencia para el acreedor hipotecario de un derecho de ejecución separada, pero intraconcursal (art. 57 LC). Si bien existe doctrina que niega la existencia del derecho de ejecución separada. Así, DÍAZ FRAILE o J. J. JURADO (56). Se trataría de la posibilidad de una ejecución individual, en la que los bienes objeto del privilegio especial se realizarían de manera individual, *pero dentro del procedimiento concursal*, frente a la ejecución colectiva, propiamente concursal, que tiene lugar en fase de liquidación y en la que los

(54) De ahí que la ley concursal reconozca al acreedor hipotecario el privilegio especial sobre el bien hipotecado (art. 90.1.1.º LC).

(55) HERRERA CUEVAS, Edorta: *Manual de la reforma concursal.* Europea de Derecho. Editorial jurídica. Madrid, 2003, p. 391, nota 211.

(56) Esta posición resulta muy interesante, atendiendo al principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra y al principio clásico en el Derecho Procesal de que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima. Si bien requeriría un desarrollo de la posición del acreedor hipotecario en el seno del concurso.

bienes afectos se realizan de manera conjunta con otros bienes, sujetándose al plan de liquidación (art. 148) o a las reglas legales supletorias (art. 149). Dicha ejecución individual intraconcursal sería más conforme con el principio de universalidad del concurso (57), o de doble integración universal, que tiende a impedir que ningún acreedor actúe al margen del procedimiento (art. 49) y que ningún bien se detraiga de la masa (art. 76).

Existente el privilegio procesal de ejecución separada (58), es claro que especulativamente puede hablarse de la existencia de un hipotético conflicto de intereses entre el acreedor hipotecario y los demás acreedores del concurso. El acreedor hipotecario podría aspirar a que su garantía fuese resistente al concurso, es decir, a que no se encontrase con obstáculos para ejecutarla, y a que los bienes o derechos objeto de la garantía se realizasen en el plazo más breve posible, mientras que los demás acreedores tendrían el interés de no perder el control de unos bienes que, normalmente, suelen suponer una parte importante del patrimonio del concursado. Se trata de evitar la disgregación de la masa activa y la tardanza en su configuración definitiva. Desde una perspectiva liquidatoria, se trata de fiscalizar que el bien es enajenado en las mejores condiciones económicas posibles y salvaguardar así el posible sobrante que se pueda generar (siendo de notar que una ejecución colectiva donde los bienes hipotecados se enajenan, por ejemplo, como un todo con otros bienes, puede ser más ventajosa para los restantes acreedores que la ejecución individual); desde la óptica de la conservación de la empresa, se trata de *no perder unos bienes que pueden ser esenciales para la continuación de la actividad económica y, por tanto, para la obtención de unos ingresos con los que satisfacer a los acreedores* (59); desde la óptica del convenio, se trata de facili-

(57) Garrido, J. M.: *Comentario al artículo 155 LC. Pago de créditos con privilegio especial. Op. cit.,* p. 2447.

(58) Pero téngase en cuenta lo que decimos más adelante sobre la sumisión de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar al régimen del artículo 55.2 LC.

(59) Cfr. Salinas Adelantado, C.: "Las garantías reales en la Ley concursal: una reforma parcialmente reorientada", en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. 4, 2005, p. 3862. La conservación de la empresa no es *per se* fin del procedimiento concursal, sino que se conceptúa como *medio* de lograr la satisfacción de los acreedores, razón

tar la adhesión al mismo del acreedor hipotecario, en lo cual tendrá un menor interés si dispone de un derecho de ejecución separada.

La ponderación de dichos hipotéticos intereses ha llevado al legislador a establecer el principio de que la declaración de concurso también genera limitaciones al ejercicio de los derechos de garantía. Hay ejecución separada, pero ésta sufre una serie de restricciones y limitaciones para no perturbar el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impedir soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. Dichas limitaciones vienen a consistir en una paralización o suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias. Como señala la Exposición de Motivos, "este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia". Máxime cuando, como hemos indicado, el privilegio pro-

---

última del procedimiento. En este sentido, la LC propicia por distintas vías el convenio (solución conservativa de la crisis), frente a la liquidación, "ello no tanto en aras de un específico interés en la conservación [de la empresa] que no recoge el modelo español, frente a lo que acontece en otros modelos de Derecho Comparado como el francés, *siendo el concurso de acreedores un procedimiento esencialmente solutorio, que persigue prioritariamente la satisfacción de los acreedores y no el restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial de las empresas,* cuanto en aras de dicha satisfacción, en el implícito entendimiento de que por esta vía se optimizan los recursos con los que habrán de ser satisfechos los acreedores, frente a la liquidación que conlleva destrucción de valor empresarial, en particular en lo relativo a su núcleo intangible (fondo de comercio, *Avviamento, o good will*) referido como se sabe, a la actividad de organización realizada por el empresario que confiere a los elementos materiales (dimensión objetiva de la empresa) un valor añadido." Hay que tener en cuenta que, en principio, todo convenio, en supuestos en que el deudor tenga la condición de empresario o profesional, sería de continuación, en el sentido de continuidad en la actividad desarrollada con anterioridad al acaecimiento de la insolvencia. De hecho, la Ley prohíbe que la propuesta de convenio consista en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas (art. 100.2). (PULGAR EZQUERRA, J.: "Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa", en *Revista de Derecho Mercantil.* Núm. 266, octubre-diciembre, 2007, pp. 889 a 891. Por tanto, el convenio propicia la conservación de la empresa, pero no *per se*, sino como medio óptimo de satisfacción de los acreedores.

cesal de ejecución separada no viene exigido por la naturaleza de la garantía hipotecaria y, como señala la propia Exposición de Motivos en su apartado quinto, el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso.

Dicha paralización temporal está establecida claramente para el caso de que la garantía hipotecaria recaiga sobre bienes afectos a la actividad empresarial, hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de la garantía o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Para el caso de que recaiga sobre bienes no afectos, remitimos a lo que diremos en el epígrafe siguiente.

Con relación a la paralización de la ejecución de la garantía hipotecaria que recae sobre bienes afectos, hay que tener presente que, de acuerdo con el artículo 44 de la LC, la regla general es que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, de modo que los ingresos que tal actividad genere se irán incorporando a la masa activa (art. 76 LC), para la satisfacción de los acreedores. Desde este punto de vista, una paralización temporal de las ejecuciones sobre bienes afectos *permite la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para la situación de concurso, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación* (60) *y constituye un mecanismo que puede beneficiar a todos los acreedores.* Por otro lado, la norma parte de la presunción de que una organización articulada de bienes incorpora un valor superior al de la mera suma de los elementos materiales que la integran. En este sentido, la paralización de la ejecución hipotecaria constituye presupuesto de ciertas medidas que pueden adoptarse en el convenio o deben adoptarse en la liquidación. "Así con relación a las que pueden adoptarse en el convenio encontramos la posibilidad de incluir en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado

(60) ZUBIRI DE SALINAS, M.: "Hipoteca y concurso"*. Op. cit.,* p. 302. MAIRATA LAVIÑA, J.: "Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales", en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003, para la Reforma Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C.; ALCOCER GARAU, G. (Dir.). Tomo I. Dykinson, SL. Madrid, 2004, pp. 702 y 703.

afectos a su actividad profesional o empresarial o de determinadas unidades productivas (art. 100.2.II) (61), proposiciones de fusión o escisión de la persona jurídica concursada (art. 100.3), proposición de contar para el cumplimiento del convenio con los recursos que genere la continuación total o parcial en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (62). Con relación a las que deben adoptarse en la liquidación, encontramos la previsión de que siempre que sea factible, el plan de liquidación deberá contemplar la enajenación unitaria de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos (art. 148.1 LC); la previsión de que, en defecto de plan de liquidación, se lleve a cabo como un todo la enajenación de los dichos establecimientos, salvo que el juez, previo informe de la administración concursal, estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada (art. 149.1.1.º)" (63).

En otro orden de cosas, el fundamento de la paralización también hay que verlo en la opción que contempla el artículo 155.2 LC, y al cual se remite el artículo 56.3. En tanto esté en vigor la paralización o la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de los créditos hipotecarios que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. Se trata de conceder a los administradores concursales un término de gracia para poder enervar la ejecución

(61) Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio.

(62) El primero de estos convenios se denomina convenio con asunción de pasivo o convenio de continuidad, aunque en puridad los tres convenios reseñados son de continuidad.

(63) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales". *Op. cit.,* páginas 1048 y 1049.

del acreedor hipotecario, si ello es lo que más conviene a los intereses del concurso.

Finalmente, la paralización incentiva que los acreedores hipotecarios participen en el convenio, como alternativa a la ejecución separada. Así, por ejemplo, un acreedor financiero o un proveedor con garantía real puede tener interés en alcanzar un convenio si desea seguir manteniendo relaciones contractuales en el futuro con el deudor, hasta el punto de que la continuidad empresarial de este deudor sea más importante que la satisfacción actual del crédito garantizado [por ejemplo, en un entorno de continuación, a una entidad bancaria le puede convenir renunciar a su privilegio a cambio de asumir todas las operaciones bancarias del concursado]. O si la garantía es de escaso valor aisladamente o separada de la unidad productiva en que se integra (64).

Por último, la paralización de las ejecuciones hipotecarias obedece al principio de universalidad de la ejecución o a la protección de la unidad de patrimonio del concursado. PULGAR EZQUERRA cifra la *ratio legis* de la paralización en el principio de universalidad del artículo 76 (65).

Junto a la restricción señalada de la paralización de las actuaciones ejecutivas no iniciadas y suspensión de las ya iniciadas desde que conste en el correspondiente procedimiento la declaración de concurso (art. 56.1 y 2), hay que destacar otras como la necesidad de una decisión del juez del concurso sobre la procedencia de la iniciación o reanudación de la ejecución que pretenda llevar a cabo el acreedor durante la tramitación del concurso (art. 57.1) y la pérdida de la facultad de proceder a la realización separada una vez abierta la fase de liquidación (art. 57.3) (66).

---

(64) CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal.* 2.ª edición. Thomson-Civitas. Pamplona, 2008, p. 57.

(65) PULGAR EZQUERRA, J.: "El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley concursal"*. Op. cit.,* pp. 680 y 681.

(66) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales". *Op. cit.*, pp. 1043 y 1044.

IV. ACCIONES REALES HIPOTECARIAS QUE SE PARALIZAN

4.1. ¿ES POSIBLE LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL? PARTICULAR CONSIDERACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONCURSADO

La supresión del párrafo 5.º del artículo 55 del Proyecto de Ley Concursal ha suscitado una serie de problemas interpretativos en torno al régimen de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, singularmente, la vivienda familiar del concursado, destacándose dos posturas en la doctrina.

Para unos, el régimen de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos se encontraría delimitado en el artículo 55.4 de la LC, del que se deduciría una regla general que permitiría proceder a la ejecución separada de todas las garantías reales. Sólo para las recayentes sobre bienes afectos existiría una regla particular que establecería la paralización y suspensión de las mismas durante el plazo legal (art. 56.1 y 2). Es la posición de Cuena Casas (67) y Carrasco Perera. Señala este último: "… las ejecuciones que se suspenden conforme al artículo 56 son sólo las que recaen sobre cierto tipo de bienes y sobre cierta clase de personas. ¿Y el resto de las ejecuciones por garantías reales? Pues caben dos opciones: o se remiten al artículo 55.1 LC, con lo que se asimilan a cualquier ejecución ordinaria, o se entiende que *para tales casos los articulos 55.4 y 56 LC contienen una regla implícita, en virtud de la cual esta ejecución queda garantizada, y no sometida a paralización o suspensión.* Es decir, como si los articulos 55.4 y 56 contuvieran una regla primordial implícita u oculta –la concesión del privilegio de ejecución separada a las garantías reales– y una serie de excepciones contenidas en el texto expreso de la norma. Creo que la interpretación correcta es precisamente ésta". Ahora bien, en nota al pie indica: "*Pero no se me ocultan sus debilidades*. Sin embargo considero más defendible la opinión expuesta en el texto" (68).

(67) Cuena Casas, M.: *La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar*. *Op. cit.*, pp. 223 a 225.

(68) Carrasco Perera, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal. Op. cit.*, pp. 90 y 91. En otro momento, sin embargo, indica: "Fuera del artículo 56 LC no existe una norma que atribuya a ningún acreedor derecho

De lo expuesto concluye Cuena Casas que "declarado en concurso el deudor, no hay obstáculo que impida al acreedor hipotecario iniciar la ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar… Si tal ejecución se ha iniciado, la misma no resulta paralizada por el procedimiento concursal. De hecho esta medida se está aplicando de manera inflexible por los tribunales", citando en este sentido el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005/161) (69). Más adelante señala que el sistema instaurado genera una discriminación negativa en contra del deudor consumidor y, en suma, de la familia (70).

Otros autores hablan de la existencia de un vacío normativo en torno a las garantías reales que recaen sobre bienes no afectos. Así, Iribarren Blanco, como ya dijimos, entiende que de ningún modo debió haberse suprimido el apartado 5 del artículo 55 del Proyecto de LC "porque con ello quedaban sin regular las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos" (71). Del mismo vacío habla Curiel Lorente. Para este autor, dada la supresión mencionada, no existe ahora norma alguna relativa a la ejecución de este tipo de garantías. Ello nos llevaría a aplicar el artículo 55 LC y a entender que no existe la posibilidad de ejecución singular para los bienes no

---

de ejecución separada en el concurso. Por tanto, este tipo de ejecución [sobre bienes no afectos], que manifiestamente puede seguirse como separada en la finalidad de esta norma, pero que carece de cobertura legal, tendría que integrarse en el procedimiento general del artículo 55, con lo quedaría definitivamente absorbida en el concurso".

(69) Puede citarse también el auto de 20 de febrero de 2007, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Asturias (Oviedo).

(70) Cuena Casas, M.: "La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar". *Op. cit.*, p. 225. En nota al pie (p. 228, nota 36) añade que dicha discriminación negativa ha sido denunciada también por Quintana Carlo: "El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, tomo II, Madrid, 2005, p. 2270.

(71) Para el autor, dado este vacío normativo, habría que aplicar la regla del artículo 55 LC, pero entonces, dice, quedarían peor tratados los acreedores con garantía real sobre bienes no afectos a la actividad del deudor. Como tal solución la reputa absurda, entiende que hay que concluir que no quedan paralizadas las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos. (Iribarren Blanco, M.: "El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal", en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. IV. 2005, pp. 3766 y 3767.

afectos, pues el artículo 55, que prohíbe toda ejecución tras la declaración de concurso, exceptúa literalmente "lo establecido en la propia Ley para los acreedores con garantía real", y lo establecido en la propia Ley hace referencia exclusivamente a los bienes afectos. Ahora bien, el autor concluye que puesto que ello significaría un trato más beneficioso para el acreedor hipotecario derivado de la afección de los bienes a la actividad propia del deudor y dado el itinerario legislativo, del que resultaría palmario que el legislador no quiso poner límites a la ejecución de garantías reales, salvo cuando recaen sobre bienes afectos, lo más razonable es entender que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos puede iniciarse o continuar tras la declaración de concurso (72).

Por su parte, BLANQUER UBEROS entiende que, de acuerdo con los artículos 568 LEC y 127 LH, en su redacción dada por la LC (Disp. Final 3.ª 7 y Disp. Final 7.ª), procede a la LC la decisión acerca de la suspensión o de la continuación del procedimiento ejecutivo. Como la LC silencia el tratamiento aplicable a las ejecuciones sobre bienes no afectos, puede proponerse, para llenar el vacío legislativo, aplicar la regla general de la LEC y de la LH, según la cual procede la continuidad, cuando la cuestión de la continuidad o de la paralización no se plantee en el curso de un procedimiento de concurso. "La aplicación de esta regla general resulta de una sólida interpretación sistemática, ya que la LC sólo contiene una regla particular aplicable a las ejecuciones de las hipotecas sobre bienes afectos y carece de toda otra regla, concebida en términos generales o particulares, que determinase la suspensión de las ejecuciones de créditos garantizados con hipoteca sobre los bienes no afectos, cuyo vacío conduce a la aplicación de aquella regla general que impone la continuación … La reserva a favor de la Ley Concursal del tratamiento legal acerca de la suspensión o de la paralización de las "ejecuciones, o realizaciones, hipotecarias" tiene un efecto, o consecuencia, singular cuando la LC no decide el tratamiento legal correspondiente a las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes no afectos; la omisión del uso de la reserva legal provoca, para evitar un vacío normativo, la

(72) CURIEL LORENTE, F.: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal*",* en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* GÓMEZ GÁLLIGO, J. (Coord.): Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 4861 y 4862.

aplicación de la regla general que el ordenamiento haya promulgado fuera del ámbito de aplicación de la LC" (73).

HERBOSA MARTÍNEZ considera que ante el vacío normativo existente cabe mantener "dos posibles interpretaciones: a) a falta de previsión específica, estimar aplicable el régimen general establecido para las ejecuciones singulares en el artículo 55 LC, según el cual no podrán iniciarse nuevas ejecuciones ni continuar las que se hallaren en tramitación desde la fecha de la declaración de concurso (art. 55.1 y 55.2), lo que implicaría la pérdida del privilegio de ejecución separada; b) entender que se mantiene el privilegio de ejecución separada establecido en la antigua regulación para los acreedores hipotecarios". La autora reconoce que una interpretación estrictamente literal de la Ley llevaría a la primera solución, dado que el apartado 4 del artículo 55 sólo exceptúa de la regla general prevista en los apartados 1 y 2 "lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real", y lo cierto es que la Ley sólo se refiere en el artículo 56 a las garantías reales que recaen sobre bienes afectos, por lo que habría cierta base para pensar que las demás ejecuciones se regirán por la regla general establecida en el artículo 55 LC. La autora, sin embargo, se inclina por la interpretación que hemos descrito bajo la letra "b", avalada por los precedentes legislativos y sobre la base de una interpretación lógica y teleológica de la norma. Así dice, si la finalidad de la suspensión temporal de las ejecuciones a que se refiere el artículo 56 LC es impedir las ejecuciones que puedan comprometer la conservación de la empresa, por recaer sobre bienes afectos a la actividad empresarial, no tiene sentido que las ejecuciones que no recaigan sobre los bienes señalados queden suspendidas de manera definitiva conforme a lo dispuesto en el artículo 55.1 y 2 (74).

DE ÁNGEL YAGÜEZ Y HERNANDO MENDÍVIL, por su parte, en una tercera vía, propone que la regla del artículo 56.1 (suspensión del ejercicio

(73) BLANQUER UBEROS, R.: "La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)", en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar.* CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (Coords.). Thomson-Civitas, pp. 309 a 311.

(74) HERBOSA MARTÍNEZ: "Realización del crédito hipotecario en el concurso", *en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.* Núm. 11, 2009, pp. 304 y 305.

de garantías reales) tiene una excepción que se infiere *a sensu contrario* de la letra del precepto para las garantías reales sobre bienes no afectos. Se entiende esta excepción –dice– a la luz de las razones que explícitamente mueven al legislador, según lo manifestado en la Exposición de Motivos, a establecer la regla general de suspensión (75).

De lo expuesto puede concluirse que, por una vía u otra, la doctrina en general coincide en defender la no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos y, por tanto, sobre la vivienda familiar (76). Asimismo es la interpretación acogida por la jurisprudencia, tal y como se desprende de los AAJM núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004; núm. 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006, y núm. 1 de Alicante, de 29 de septiembre de 2006 (77).

(75) Sin embargo, pese a lo que apunta DE ÁNGEL YAGÜEZ Y HERNANDO MENDÍVIL, los términos de la Exposición de Motivos, que como ya dijimos responden al borrador de Anteproyecto, extienden la paralización de ejecuciones de garantías reales a los bienes afectos y no afectos, y lo que nos interesa destacar, la finalidad de que la ejecución separada no impida soluciones más beneficiosas para los intereses del deudor y de la masa pasiva, está presente tanto en el caso de ejecución de garantías sobre bienes afectos como no afectos. Luego no es muy sólida la justificación que da DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL.

(76) A los autores mencionados cabe añadir RIBELLES, GÓMEZ GÁLLIGO y SÁNCHEZ RUS citados por HERBOSA MARTÍNEZ (HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *Realización del crédito hipotecario en el concurso. Op. cit.*, p. 305, nota 17). No obstante, como ya apuntamos, hay autores, como DÍAZ FRAILE y J. J. JURADO, que afirman la inexistencia de ejecución separada de la hipoteca.

Parecería defender la suspensión de toda ejecución sobre la base del artículo 568, principio, LÓPEZ SÁNCHEZ. Sin embargo, el autor entiende que tras la suspensión de la ejecución sobre un bien no afecto, lo que procede es la acumulación de la ejecución al proceso concursal (art. 8.3 LC) y su sustanciación en pieza separada (art. 57 LC). [LÓPEZ SÁNCHEZ, J.*:* "Comentario a la Disposición Final 3.ª de la Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): Vol. II. Artículo 116 a Disp. Final 35 de la Ley 22/2003 y Ley Orgánica 8/2003. Editorial Tecnos. Madrid, 2004. pp. 2287 a 2289.]

(77) Citados por HERBOSA MARTÍNEZ (HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *Realización del crédito hipotecario en el concurso, Op. cit.*, p. 305).

Conviene que hagamos una crítica de la situación legislativa actual, partiendo de la interpretación que la doctrina mayoritaria da como válida.

Esta medida, de no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, como ha indicado CUENA CASAS, resulta discriminatoria para las familias. Por otro lado, hay que traer a colación el "Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito", que entre las medidas concretas de alternativa a la mencionada situación propone modificar el artículo 131 de la LH y su equivalente en la LEC "para permitir a los consumidores *paralizar la ejecución hipotecaria*" (78). Si tal se propone por el Consejo de Consumidores y Usuarios al margen de la LC, con mayor motivo, en el ámbito concursal, cuando la situación económica de la familia es aún más desesperada, el legislador debería arbitrar mediante la correspondiente reforma legislativa la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial.

(78) Se propone la siguiente redacción (si bien nosotros no coincidimos plenamente con la redacción propuesta): "Cuando la ejecución hipotecaria sea sobre la vivienda habitual y el acreedor hipotecario una entidad de crédito o financiera de cualquier clase, el propietario que tenga la consideración legal de consumidor podrá pedir, en cualquier momento anterior o posterior al acuerdo de ejecución al juez para que, en lugar de ordenar la subasta del bien establezca necesariamente un acuerdo entre acreedor y deudor. En caso de que el consumidor-deudor no haya planteado esta petición antes del acuerdo de ejecución, el Juez le informará de oficio de esta posibilidad. Este derecho se podrá ejercer en aquellos supuestos en los que el consumidor-deudor pruebe que el impago trae causa por la situación económica personal familiar, por desempleo, fallecimiento del cónyuge, separación, etc. En este acuerdo el consumidor será asistido por un representante de entre las Instituciones de Consumo, Asociaciones de Consumidores y otras instituciones sociales que libremente escoja como mediador. Cuando las partes no lleguen a acuerdo sobre la reordenación de deudas en un plazo de dos meses, sobre la base de propuesta de acuerdo planteada y rechazada el Juez podrá establecer el aplazamiento de la deuda, quita, reducción de intereses, etc. Durante la tramitación de todo este proceso así como durante el plazo que el acuerdo de mediación se haya establecido o lo haya establecido el juez, el consumidor seguirá viviendo en su vivienda habitual".

Hay que notar, por otro lado, que si la LC propugna la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial, en aras de la continuación de la actividad empresarial y de la consecución de un convenio que podrá prever la supervivencia de la empresa mediante su traspaso a un tercero, fusión, etc., obra así, no ya sólo por el interés de la masa de acreedores en el cobro de sus créditos, fin primordial del concurso, sino también por razón de la función social que tiene la empresa y los beneficios que produce a la colectividad en general, no sólo por el mantenimiento de la producción, sino por el mantenimiento de los puestos de trabajo y los salarios, lo que permite la supervivencia de muchas familias. Indirectamente, pues, la LC, al prever la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes afectos, protege a las familias. Si tal hace la ley de un modo indirecto, con mayor motivo debería hacerlo de un modo directo cuando lo que esté en juego no sea la economía de la empresa, sino la economía familiar. Como señala BLANQUER UBEROS, "el significado social y humano que tiene la pérdida de la vivienda familiar de una persona endeudada [como consecuencia de una ejecución hipotecaria] invita a reflexionar acerca de la posible moderación o exclusión de esta penosa pérdida".

Ahora bien, como los bienes no afectos pueden ser muy variados, (fincas rústicas, segundas viviendas …), la modificación legislativa que propugnamos debería preverse, al menos, respecto de la vivienda familiar, para el deudor sobreendeudado (insolvencia inminente) o insolvente de buena fe (79) (consumidor o empresario individual) y siempre que el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También debería procederse a la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria cuando, a pesar de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario con la entidad crediticia o con la financiera, ésta hubiera sido igualmente irresponsable en la concesión del crédito por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

Las críticas vertidas desde la posición mayoritaria (discriminación a la familia; propuesta del Consejo de Consumidores y Usuarios de paralización de la ejecución hipotecaria fuera del ámbito concursal; protección indirecta de la LC a la familia) nos llevan a formular la siguiente interpretación, que entendemos admisible siempre que no

(79) Habrá que determinar qué se entiende por buena fe.

perjudicase el interés del concurso. Dado que la excepción prevista en el artículo 55.4 a las previsiones del artículo 55.1 y 2 lo es sólo para las hipotecas sobre bienes afectos a la actividad empresarial, las hipotecas sobre bienes no afectos se rigen por el artículo 55.2, esto es, suspendiéndose la ejecución con efectos desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito hipotecario. Insinuado éste e incorporado a la lista de acreedores (reconocimiento forzoso, art. 86.2), el acreedor hipotecario podrá adherirse al convenio o ejercitar su derecho de abstención. Si ejercita este último, cobrará con cargo al convenio, ajustándose al orden de su graduación, con arreglo a las condiciones pactadas en la escritura de constitución del préstamo. Si se llegase a la ejecución colectiva, el bien hipotecado se realizaría con otros bienes, de acuerdo con el plan de liquidación (art. 148 LC), o con las reglas legales supletorias (art. 149). Esta interpretación podría prosperar, en un contexto de grave crisis económica como el que vivimos, particularmente, teniendo en consideración la vivienda familiar del concursado (80). Los argumentos recogidos antes y aducidos en contra de ésta no pueden prosperar. No es creíble que la LC formule una regla implícita de concesión del privilegio de ejecución separada para todas las garantías hipotecarias (art. 55.4) y unas excepciones expresas (art. 56). A Carrasco Perera no se le oculta la debilidad de esta interpretación. Las reglas generales suelen ser de formulación *expresa* en las normas. Y las excepciones lo son a la regla general *expresa* anteriormente formulada (81). En nuestro caso, a la formulada

(80) Dado que las normas deben ser interpretadas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) y dicha interpretación consiste en palabras del propio legislador reformador del Título Preliminar del Código Civil en acomodar en cierta medida los preceptos legales a circunstancias surgidas tras la promulgación de los mismos, entendemos que no puede obviarse la evidencia de la actual situación de crisis económica que atraviesa España, circunstancia sobrevenida tras la promulgación de la LC, que obliga a tener en cuenta, a la hora de interpretar aquélla, las situaciones de sobreendeudamiento que padecen las familias españolas, discriminadas por la Ley concursal respecto del empresario individual o societario si se interpreta la Ley en un sentido de continuación de las ejecuciones hipotecarias tras la declaración de concurso si recaen sobre bienes no afectos, singularmente la vivienda familiar.

(81) El artículo 55.1 y 2 de la LC contiene una norma general de paralización y suspensión de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudicia-

en el artículo 55.1 y 55.2. El vacío normativo para las hipotecas sobre bienes no afectos existente tras la supresión del artículo 55.5 del Proyecto ha de llenarse acudiendo a la regla general, que sólo exceptúa lo relativo a *bienes afectos*. Tampoco puede buscarse una excepción para los bienes no afectos a *sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 56. *En ausencia de norma particular expresa hay que recurrir a la norma general formulada* (art. 55). El itinerario legislativo sólo nos conduce a dicho vacío normativo (82). No resulta absurdo que los acreedores sobre bienes no afectos resulten peor tratados. La Ley puede querer incentivar en un grado mayor el crédito a las empresas y favorecer la posición del deudor persona física que disfruta de una vivienda familiar. El acreedor hipotecario sabe a quién presta y el régimen a que estará sometido en caso de concurso. La ejecución separada es un privilegio y no tiene por qué concederse indiscriminadamente. La hipoteca del acreedor con garantía sobre un bien no afecto sobrevive al concurso. No es exacto que la Ley Concursal contenga solamente una regla particular aplicable a las ejecuciones de las hipotecas sobre bienes afectos y carezca de toda otra regla, concebida en términos generales o particulares, que determinase la suspensión de las ejecuciones de los créditos garantizados con hipoteca sobre los bienes no afectos, cuyo vacío conduciría a la aplicación de la regla general contenida en la LEC y en la LH que impone la continuidad de la

---

les, ya sean aquéllas ordinarias, ya sean hipotecarias, pues el precepto no distingue. Se refiere a toda ejecución. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados 55.1 y 55.2 *lo establecido en esta ley* para los acreedores con garantía real. Pero *lo establecido es exclusivamente lo previsto en el artículo 56 para las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos, cuya paralización o suspensión se produce exclusivamente por el tiempo de un año como máximo.* Según esto, no parece que pudiera entenderse que el artículo 55.4 contiene una *regla general implícita* que permite la iniciación o continuación de ejecuciones hipotecarias y, por tanto, de aquéllas que recaen sobre bienes no afectos. Nótese que la doctrina sólo puede hablar de regla implícita porque explícitamente el precepto no afirma sino lo que hemos indicado.

(82) Es cierto que el mayor argumento de cara a la no paralización o suspensión de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos es el decurso legislativo. Sin embargo, dado que el legislador no sólo eliminó la suspensión, tras la realización de los bienes, de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, cosa que pudo haber hecho, sino el íntegro artículo 55.5, el resultado producido, independientemente de la intención del legislador, es el expuesto.

ejecución, cuando ésta no se plantee en el curso de un procedimiento de concurso. Es evidente que existe una regla general en el artículo 55.1 y 2. La LEC y la LH remiten la solución de la continuidad de las ejecuciones a la Ley concursal, y es en ésta donde hay que encontrar la solución. En cuanto a buscar aval en los precedentes legislativos, no hay que olvidar que hasta 1869 y, al menos, desde las Ordenanzas de Bilbao rigió en el Derecho español el principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra, principio que puede recuperar el legislador. Si bien la suspensión del artículo 56 LC obedece, entre otros motivos, a evitar ejecuciones que puedan comprometer la continuidad de la actividad empresarial y con ello dificultar soluciones convenidas del concurso, favorables a los intereses del deudor y de la masa pasiva, en el caso de la suspensión de las ejecuciones sobre bienes no afectos, que postulamos para el caso concreto de la vivienda familiar (83), tal suspensión obedece a la evitación de una discriminación hacia el concursado persona física y como solución razonable que atempere la penosa pérdida de la vivienda familiar, aparte de obedecer a la finalidad de no dificultar la definitiva configuración de la masa activa, ni impedir soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva (todo ello siempre que no se perjudique el interés del concurso).

No obstante, siendo otra la opinión mayoritaria, desarrollaremos nuestro trabajo ateniéndonos a la que parece opinión común.

4.2. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AFECTO O NO AFECTO DE LOS BIENES SOBRE LOS QUE RECAE LA GARANTÍA

El régimen de la hipoteca inmobiliaria en su intersección con un procedimiento concursal viene a depender del carácter afecto o no afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor concursa-

(83) La paralización que propugnamos lo es para el deudor sobreendeudado (insolvencia inminente) o insolvente de buena fe (consumidor o empresario individual) y siempre que el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También debería procederse a la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria cuando, a pesar de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario con la entidad crediticia o con la financiera, ésta hubiera sido igualmente irresponsable en la concesión del crédito por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

do, del bien objeto de la garantía. Resulta, pues, trascendental dirimir dicha cualidad del bien de que se trate. Varias son las cuestiones que se plantean al respecto: en qué consiste la afección del bien; si la afección puede perderse o es una característica inmutable del bien y quién decide si el bien es o no afecto, lo que guarda relación con la competencia para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos y no afectos.

Comenzaremos por la primera cuestión. Pensaremos únicamente, a lo largo de los párrafos siguientes, en aquellos bienes que pueden ser objeto de hipoteca inmobiliaria, dado el ámbito de nuestro trabajo, o sea, bienes inmuebles, derechos reales limitados enajenables constituidos sobre dichos bienes y concesiones administrativas (art. 106 LH y 334.10 CC) (84).

En una primera aproximación diremos que la afección de los bienes es una cuestión de hecho a asignar en cada caso en función de las circunstancias fácticas que en la práctica resulten concurrentes. En un segundo momento, podemos afirmar que la afección o no del bien depende de una contingencialidad extrínseca a los mismos bienes: el mejor resultado del concurso.

En este sentido, la doctrina se divide entre autores que predican la afección en función de características intrínsecas de los bienes y quien la predica por una contingencialidad extrínseca, esto es, en función de un mejor resultado del concurso. Entre los autores que representan esta última posición destacamos a SALINAS ADELANTADO. Para este autor, bienes afectos son los necesarios para la continuación de la empresa o aquellos que, vendidos como un todo, puedan permitir una mejor liquidación de la masa activa del procedimiento. La delimitación que haría el artículo 56 –señala– tiene el objetivo de garantizar la continuidad de la empresa y de preservar la oportunidad de venta de/o de alguna parte de la empresa. El artículo 56 pretendería facilitar la efectividad de la regla del artículo 149.1.ª LC (85). El autor pone el siguiente ejemplo: si una sociedad tiene tres

(84) Hay que tener en cuenta que los bienes afectos hipotecados pueden ser propiedad del deudor o bienes que éste usa por cualquier título siendo propiedad de otro: así en virtud de un derecho de usufructo o superficie que esté hipotecado, p. e.

(85) SALINAS ADELANTADO, C.: "Las garantías reales en la Ley concursal: una reforma parcialmente reorientada". *Op. cit.,* p. 3872 y ss.

fábricas y debido a la crisis empresarial tiene dos cerradas y una sola en actividad, las dos cerradas se incluyen en el artículo 56.1, pero no porque sean necesarias para continuar la actividad, ya que no tienen ninguna y, por tanto, ya no están "afectas" a la actividad empresarial, sino porque pueden permitir, vendidas con toda su maquinaria y demás instalaciones, obtener un mejor valor liquidativo que, permitiendo al banco que tiene como garantía hipotecaria la nave industrial, ejecutar exclusivamente ésta.

Sostienen, en cambio, el primer punto de vista SÁNCHEZ RUS ("la afección ha de entenderse como vinculación de los bienes al desarrollo de la actividad profesional o empresarial o a las necesidades del proceso productivo") (86); Ignacio SANCHO ("la afección supone el destino real del bien o derecho a la realización de la actividad empresarial o profesional") (87); DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL ("afecto sería un bien que, de hecho, está destinado, en mayor o menor medida, al desempeño de la actividad profesional o empresarial del concursado o la explotación de una unidad productiva de la que fuese titular") (88); RIBELLES ("por bienes afectos habrá que considerar aquellos sujetos o vinculados a la actividad profesional o empresarial, o que son empleados de forma efectiva por el deudor en el ejercicio de su actividad, reportándole una utilidad determinada") (89), y FAJARDO ("parece claro que por "afección" debe entenderse aquí vinculación o destinación material al ejercicio de una actividad productiva") (90).

---

(86) SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, y SÁNCHEZ RUS, Adelaida: *Comentario al artículo 56 Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales. Op. cit.*, pp. 1049 y 1050.

(87) SANCHO, I.: "Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado", en *Anuario de Derecho Concursal*. 5, 2005, pp. 212 y 213.

(88) DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, P.: "Comentario a los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal", en *Tratado práctico concursal*. PRENDES CARRIL, P. (Dir.). Tomo II. Efectos de la declaración de concurso. 1.ª edición. Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 454.

(89) RIBELLES, J. M.: "Comentario al artículo 56", en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal.* FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (Dir.). Editorial Iurgium. Madrid, 2004, p. 302.

(90) FAJARDO, J.: "Comentario a los artículos 56 y 57 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*. CORDÓN MORENO, F. (Dir.). Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 454.

En nuestra opinión, ambos puntos de vista pueden compaginarse, entendiendo en un primer momento por bienes afectos a la actividad empresarial los vinculados intrínsecamente a la misma y, en un segundo momento, también los que pueden optimizar el resultado del concurso *desde la perspectiva de la obtención de un convenio o una liquidación en globo* (bienes inicialmente afectos por una vinculación intrínseca, pero ahora sujetos a cierre con cese de actividad). Esta posición parece razonable si consideramos que la ejecución separada es un privilegio procesal y una excepción, por tanto, de interpretación estricta, y que el interés del concurso de acreedores es que todos los acreedores cobren lo más posible. Además la ley busca con la suspensión de la ejecución hipotecaria, como ya explicamos, una liquidación más ordenada y óptima del patrimonio del deudor, así como la consecución de un convenio. Desde este punto de vista, esta interpretación responde mejor al espíritu del artículo 56 LC.

Ahora bien, colocándonos en el primer momento (dato de hecho de la vinculación intrínseca), se hace preciso concretar más la afección. SÁNCHEZ RUS aporta algunos indicios para fundamentar la decisión del juez o de la administración concursal, en el caso de que se trate de empresario individual (no recaer la hipoteca sobre la vivienda, la inclusión del bien gravado en el balance, entre los bienes y derechos que constituyen el activo de la empresa (art. 35.1 CCom); el hecho de que el bien gravado esté asentado en el Libro-Registro de bienes de inversión, cuya llevanza impone el artículo 65.3.c) y 5.c) del Reglamento de impuesto sobre la Renta aprobado por RD 214/1999, de 5 de febrero) en el que es posible distinguir entre patrimonio personal y afecto a la explotación (91). Pero si se trata de un sociedad mercantil, en principio todos sus bienes quedan afectos al desarrollo del objeto social [arts. 136 y 137 CCom, 9.b) LSA y 13.b) LSRL]. Por tanto, podría pensarse que el concurso de una sociedad mercantil conduce a la paralización de la ejecución de todas las hipotecas constituidas sobre sus bienes. Sin embargo, una conclusión semejante parece demasiado apresurada, siendo conveniente diferenciar entre los diversos bienes inmuebles de que es titular la empresa del modo en que lo hacemos a continuación.

(91) SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, y SÁNCHEZ RUS, Adelaida: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal"*. Op. cit.*, pp. 1050 a 1052.

En una empresa societaria, y en la organización empresarial del empresario individual, pensamos que cabe distinguir al menos dos tipos de bienes inmuebles dentro de su activo (92). En primer lugar, bienes integrados en el inmovilizado. Según el DRAE, el inmovilizado es el conjunto de bienes materiales o inmateriales consignados en los balances de las empresas y creados o adquiridos por ellas para ser utilizados de forma duradera. Lo mismo afirma el artículo 184 TRLSA. El inmovilizado se clasifica en diversos epígrafes, de los cuales nos interesa el tercero, "inmovilizaciones materiales" (93). Este epígrafe se clasifica en varias partidas, de las cuales nos interesa la

(92) El activo, que representa los elementos patrimoniales que significan bienes y derechos de la propiedad de la empresa, a modo de capital en funcionamiento, estructura económica o sustancia, se divide básicamente en capital fijo o inmovilizado y capital circulante. En el primer caso estamos en presencia de la llamada estructura fija o sólida de la empresa, a modo de conjunto patrimonial cuya productividad se manifiesta a lo largo de varios períodos. En el segundo se integran aquellos elementos cuyo período normal de liquidación o de conversión en disponibilidades metálicas no supera o es igual a un período tipo, medio o de maduración, cuyo cálculo depende de diferentes posibilidades. Los elementos que integran el activo circulante permiten la realización de la actividad empresarial en su ciclo de explotación, adquiriendo liquidez por medio de las operaciones propias de venta y cobro. El activo fijo está destinado a la permanencia en la unidad económica, sirviendo de modo duradero al ejercicio de la actividad social.

De acuerdo con el artículo 184 LSA, "la adscripción de los elementos patrimoniales al activo inmovilizado o al circulante se determinará en función de la afectación de dichos elementos". La adscripción, pues, al circulante o al inmovilizado parte del principio general de la afectación, a tenor del cual no será factor determinante la naturaleza o el objeto de que se trate, sino antes bien la integración del mismo en la actividad social que configura a la sociedad. Cuanto más permanente o duradera sea aquélla, cabrá concluir que estaremos en presencia de un elemento de activo inmovilizado, y de suceder al contrario, la referencia la estaremos realizando a un elemento de activo circulante. Es ésta la expresa conclusión que recoge el número 2 del precepto, al señalar que el activo inmovilizado comprenderá los elementos patrimoniales destinados a servir presuntamente de forma duradera en la actividad social. (García-Tuñón, A. M.: "Comentario al artículo 175 y 184 LSA", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas.* Vol. III. Arroyo, I., y Embid, J. M. (Coords.). Editorial Tecnos. Madrid, 2001, p. 1799.

(93) El inmovilizado material viene a representar la estructura sólida de la empresa, más particularmente, bienes tangibles afectos con carácter permanente a la consecución de los objetivos empresariales.

primera, "Terrenos y construcciones", que comprende los terrenos y edificaciones en general, cualquiera que sea su destino [solares de naturaleza urbana, fincas rústicas, otros terrenos no urbanos, minas y canteras, edificaciones en general (94)]; la segunda, "Instalaciones técnicas y maquinaria", que comprende las unidades complejas de uso especializado en el proceso productivo (lo que comprende también edificaciones) y conjunto de máquinas para la extracción y elaboración de productos; la tercera, "Otras instalaciones, utillaje y mobiliario", y la cuarta, "Anticipos e inmovilizaciones materiales en curso", que comprende adaptación de terrenos y de bienes naturales, construcciones en curso, instalaciones técnicas en montaje y otros que no son de nuestro interés. Como señala Pedro VALDÉS, "es la intención de permanencia, la función a la que se destina el elemento y la tangibilidad del mismo lo que determina su inclusión en el inmovilizado material" (95). Parece claro que integran el inmovilizado los bienes inmuebles que se utilizan por la empresa en la producción de bienes o en la prestación de servicios (por ejemplo, lugar donde desarrolla su actividad la deudora, Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005). Sin embargo, según la amplia definición del artículo 184 TRLSA (96), parece que también podrían considerarse incorporados al inmovi-

(94) De acuerdo con el artículo 184.3 LSA, "en la partida «Terrenos y construcciones» deberán figurar todos los bienes que el Código civil considera como inmuebles, salvo que tengan una partida específica en el esquema del balance. Se incluyen pues aquí todos los bienes inmuebles en sentido amplio que pueden ser objeto de hipoteca (siempre que sean ajenos al acreedor y enajenables), lo que comprende el dominio y cualquier derecho real limitado sobre bienes inmuebles (art. 334.10 CC). En cuanto a las concesiones administrativas, que tienen también la consideración de bienes inmuebles según este precepto y pueden ser también objeto de hipoteca, cuentan con una partida específica en el esquema del balance dentro de las "Inmovilizaciones inmateriales", que también en este sentido es de nuestro interés.

(95) VALDÉS FERNÁNDEZ, P.: *Análisis del balance de la empresa. (Adaptado al Código de Comercio, al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y al Plan General de Contabilidad de 1990).* Madrid, 1991, pp. 161 y ss.

(96) Artículo 184.2 LSA: "El activo inmovilizado comprenderá los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la sociedad".

lizado otros bienes no directamente empleados en la producción, pero igualmente afectos a la actividad de la empresa como bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad, por ejemplo, local para guardería de los hijos de los empleados de la empresa o bienes para el esparcimiento y recreo de los empleados de la empresa.

Una segunda clase de bienes inmuebles la constituyen aquellos otros que contribuyen a la actividad económica de la empresa sin formar parte del inmovilizado, pero que integran el activo circulante de la empresa. El activo circulante de la empresa se clasifica en varios epígrafes, de los cuales nos interesa el segundo, relativo a las existencias. "Las cuentas de este epígrafe recogen de una manera general, aquellos elementos que la empresa adquiere del exterior, o los fabrica ella directamente, para la producción o venta de los productos que constituyen el objeto de su actividad." Este epígrafe se divide en diversas partidas, de las que destacamos: a) "Productos en curso y semiterminados". Los productos en curso son los que se encuentran en fase de formación o transformación en un centro de actividad al cierre del ejercicio y que no deban registrarse en las cuentas de los subgrupos "productos semiterminados" o "subproductos, residuos y materiales recuperados". Los productos semiterminados son los fabricados por la empresa y no destinados, normalmente, a su venta, hasta tanto sean objeto de elaboración, incorporación o transformación posterior. b) "Productos terminados", que son los fabricados por la empresa y destinados al consumo final o a su utilización por otras empresas. Tratándose de bienes inmuebles y de empresas promotoras o constructoras inmobiliarias es fácil pensar en pisos o edificaciones o plazas de garaje que tengan la consideración de productos en curso, semiterminados o terminados, bienes éstos que contribuyen al desarrollo de la actividad empresarial, pero que no forman parte del inmovilizado (97).

Aparte quedan los bienes que el titular de la actividad dedica a su uso particular, que no pueden tener la consideración de bienes afectos. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 23 de febrero de 2006; Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao, de 7 de abril de 2006; Auto del Juz-

(97) Valdés Fernández, P.: *Análisis del balance de la empresa… Op. cit.,* pp. 275 y ss.

gado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004. O bienes que la empresa posee como un particular cualquiera sin haberlos adscrito al inmovilizado (98).

Queda claro que *son bienes afectos a la actividad empresarial los bienes integrados en el inmovilizado de la empresa*, por la propia naturaleza de las cosas.

Respecto de los otros bienes inmuebles que contribuyen a la actividad económica de la empresa, es preciso ir discriminando caso por caso (99). Tratándose de bienes inmuebles en construcción por una promotora inmobiliaria, puede pensarse que para el legislador, dado el discurrir de la tramitación parlamentaria, son bienes afectos al proceso productivo; sin embargo, no hay una razón de necesidad en esta conclusión (100). Si los bienes inmuebles están ya construi-

(98) Pero habrá que tener en cuenta lo que exponemos más adelante sobre una posible afección financiera.

(99) No prejuzgamos la cuestión de si deben considerarse o no bienes afectos existencias que no tengan la consideración de bienes inmuebles, pues ello cae fuera de los límites de nuestro trabajo.

(100) Como ya dijimos, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unio) formuló la enmienda núm. 480 al entonces artículo 55 del Proyecto de Ley, en el Congreso de los Diputados, en el sentido de excluir de la consideración de bienes afectos a la actividad empresarial *aquellos que formen parte de una promoción inmobiliaria destinada a o en fase de venta.* De la justificación de la enmienda se desprende que su finalidad radicaba en obtener la *no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes inmuebles en construcción de los promotores inmobiliarios*, pues, se decía, en estos casos en que el promotor inmobiliario se encuentre afecto por un concurso y tenga una o varias promociones en fase de realización, lo que se producirá o habrá producido es la paralización de dichas promociones al no disponer de los medios y suministros para continuarlas. En estas circunstancias, la paralización de la ejecución hipotecaria no favorece en nada la continuidad de la empresa, cuya inviabilidad resulta demostrada al no ser capaz de llevar adelante lo que constituye su actividad exclusiva. "Además en el caso de las promociones inmobiliarias de viviendas es lo habitual que una gran mayoría, si no la totalidad de las viviendas que la integran hayan sido vendidas en documento privado a sus compradores, que habrán desembolsado cantidades a cuenta del precio final.

De esta forma la paralización de la promoción y la imposibilidad de que, a través de un procedimiento de ejecución, la entidad de crédito acreedora u otro acreedor pueda hacerse cargo de la finalización de la construcción y entregar las viviendas, se traducirá en un evidente perjuicio para los consumidores adquirentes de las mismas que corren el riesgo de no disponer

dos, y forman parte de una promoción inmobiliaria en fase de venta, también puede pensarse que se trata de bienes afectos según el discurrir de la tramitación parlamentaria, pero nuevamente no hay una razón de necesidad en esta conclusión. Según SÁNCHEZ RUS, no es posible acudir a la distinción entre bienes que integran la organización productiva (afectos) y bienes ya producidos (no afectos para el autor) respecto de las edificaciones en fase de construcción y venta de una promoción inmobiliaria, ya que es precisamente sobre el conjunto de esos elementos patrimoniales, esté o no terminada su construcción, sobre los que se proyecta la actividad empresarial del promotor inmobiliario, definida legalmente como aquella que consiste en impulsar, programar y financiar las obras de edificación para su posterior enajenación a terceros (art. 9 LOE) (101). Nosotros no hemos alcanzado una solución definitiva sobre la calificación de los

---

nunca de la vivienda y de perder las cantidades entregadas o, en el mejor de los casos, ver retrasado un año todo el proceso.

Todo ello sin que, en contrapartida, la paralización de la ejecución suponga existan perspectivas de recuperación de la empresa promotora que le permita llegar, por sí misma, a este resultado ya que la experiencia práctica demuestra que tal recuperación es inviable en la práctica totalidad de los casos de concursos o suspensiones de pagos de promotores inmobiliarios".

Al no haberse aceptado la enmienda puede pensarse que el legislador y la ley consideran bienes afectos a la actividad empresarial dichos bienes inmuebles en construcción; sin embargo, no hay una razón de necesidad en esta conclusión, dado que los motivos por los que el legislador no aceptó la enmienda presentada pudieron ser diferentes al hecho de considerar afectos los mencionados bienes.

Sobre esta enmienda dice SALINAS ADELANTADO: "… CIU propuso una enmienda que pretendía exonerar también las empresas de promoción inmobiliaria del ámbito de aplicación de este precepto [art. 56]. En nuestra opinión, esta excepción carecía de suficiente fundamento. Sobre todo, porque lo que olvidaba es que ejecutar la garantía no implica que los compradores de las viviendas vayan a recuperar su inversión, ni que se continúe la construcción, ni que, en la hipotética adjudicación, se les entreguen las viviendas. En este marco sigue siendo mucho más equilibrado permitir a los administradores del concurso, por un lado, la rehabilitación de los créditos ex artículo 155.2 LC, y luego su venta a los clientes, ya que, como señalan los artículos 43 y 44 LC, estos actos de enajenación se incluyen directamente en los necesarios para la continuación de la actividad empresarial que, recordemos, con la LC es *la regla y no la excepción…".* (Cva. Orig.)

(101) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 LC". *Op. cit.*, pp. 1050 a 1052.

inmuebles en fase de construcción o venta, por lo que dejamos la cuestión a la mejor apreciación del lector (102).

(102) Resolvió un caso relativo a unas plazas de garaje hipotecadas y dispuestas por la empresa concursada para su venta a terceros (si bien pensamos, sobre la base de los párrafos transcritos por DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL que no debía tratarse de una promoción inmobiliaria) el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas de 12 de enero de 2006. El juzgado *a quo,* tomando como base el informe de los administradores concursales, centrado a su vez en lo dispuesto en el artículo 27.1 de la LIRPF, a la cual remite el Impuesto de Sociedades, consideraba las plazas de garaje como bienes afectos a la actividad empresarial de la sociedad mercantil concursada, pues mediante su venta se obtienen rendimientos económicos propios de su actividad empresarial. Además tales activos son existencias con fin polivalente, en cuanto pueden ser destinadas a la venta, al alquiler o a ser utilizados por la empresa. Aunque inicialmente están adscritas al concepto de existencias pueden ser eventualmente transferidas al inmovilizado de la empresa. Por tales razones, las plazas de garaje dispuestas para la venta a terceros debían ser consideradas bienes afectos. El Banco recurrente alegaba que el juez *a quo* realizaba una interpretación extensiva del artículo 56 LC que perjudicaba a los acreedores con garantía real, ya que por bienes afectos entendía bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa. Bien afecto, dice, es el destinado con carácter permanente a una actividad empresarial. Las plazas de garaje no son bienes afectos, en cuanto no son bienes destinados con carácter permanente a la elaboración o creación de otros o a la prestación de un servicio, y porque su realización en el procedimiento de ejecución hipotecaria no interrumpe la actividad empresarial del concursado y sólo sustituye su venta en el mercado por su venta en pública subasta. De otro lado, la remisión del auto recurrido al artículo 27.1 de la LIRPF es equivocada porque: 1.º Este artículo define los elementos patrimoniales afectos a una actividad económica, concepto más amplio que el de bienes afectos a una actividad empresarial o unidad productiva, y que engloba a éste. 2.º El sentido del citado artículo es distinguir los bienes particulares del contribuyente de los destinados a su negocio. E incluso aplicando indebidamente dicho precepto seguirían sin estar incluidas las plazas de garaje en el concepto de bienes afectos a la actividad económica, y así resulta de las Resoluciones de la Dirección General de Tributos núms. 1887/2002, de 3 de diciembre; 340/2004, de 29 de noviembre, y 2036/2004, de 29 de noviembre, y sólo las plazas de garaje destinadas al negocio pueden considerarse elementos afectos a la actividad económica. En definitiva, las plazas de garaje son el producto de la actividad empresarial del concursado, pero no un medio para conseguir dicha actividad, lo que únicamente podría ocurrir si se destinaran a estacionamiento de vehículos de la empresa o de su personal. Por estas razones deben ser consideradas bienes no afectos. La Sala acogió los argumentos del Banco recurrente y

A efectos de prueba del carácter afecto de los bienes, los libros contables del empresario serán un medio de prueba indiciario, pues podría ocurrir que existieran bienes afectos al inmovilizado, por ejemplo, que no figurasen en la contabilidad o registros oficiales de la actividad económica que esté obligado a llevar el titular de la misma, pero que por otros medios de prueba pudiera demostrarse su vinculación de forma duradera a la actividad empresarial (artículo 22.2.2.º RIRPF*, a sensu contrario*). Por tanto, en todo caso, no es definitiva una prueba meramente formal como la que se desprendería de los libros contables, sino que es preciso demostrar la real vinculación del bien a la actividad empresarial (103).

---

decidió que no se trataba de bienes afectos por no estar incluidos en el inmovilizado de la empresa concursada, en cuanto ni se trataba de una empresa que tuviera por objeto social la explotación de garajes o parking, ni consta estén destinadas al uso de sus directivos o empleados. (De Ángel Yagüez y Hernando Mendívill: "Comentario al artículo 56", en *Tratado práctico concursal. Op. cit.*, pp. 455 a 458). Sin embargo, acoge un concepto más amplio de bien afecto el AJM núm. 2 de Barcelona, de 15 de julio de 2008 (Herbosa Martínez, I.: *La realización del crédito hipotecario en el concurso. Op. cit.* P. 308).

(103) Frente a los autores que sostienen la afección como una vinculación intrínseca a la actividad empresarial, aspecto que estamos contemplando ahora, otros autores han entendido por afección a la actividad empresarial una afección meramente financiera. En este sentido, Iribarren Blanco considera que son bienes afectos los necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y aquellos que quedan sujetos a la responsabilidad patrimonial del deudor, que en el caso de sociedades mercantiles serían todos, y añadimos nosotros, en el caso del empresario individual serían también los bienes integrantes de su patrimonio personal (art. 1911 CC). (Iribarren Blanco: "El acreedor con garantía hipotecaria en la ley concursal". *Op. cit.*, pp. 3766 y 3767).

En parecidos términos, Gómez Gálligo viene a entender que como todo bien hipotecado por el comerciante lo habrá sido para atender las necesidades del tráfico, deberá entenderse que es un bien afecto. ("… en la práctica todos los bienes hipotecados por el comerciante, sea persona física o jurídica –con excepción quizás de la vivienda habitual del comerciante individual– podrán ser considerados incursos en la suspensión, ya que difícilmente se puede entender que un bien a nombre del comerciante haya sido hipotecado si no es para atender las necesidades de su tráfico"). (Gómez Gálligo, J.: "Comentario al artículo 56", en *Comentarios a la legislación*

Finalmente, para terminar este primer momento en la consideración de la afección de los bienes, es preciso analizar la relación existente entre bienes afectos a la actividad empresarial y bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56.2 *in fine).* Como ha señalado la doctrina, la categoría de bien afecto es más amplia que la de bien necesario. Entre afección y necesidad hay una relación de género y especie, como resulta de la ubicación sistemática de ambas expresiones en el seno del artículo 56 LC. Como señala Ignacio SANCHO, "la afectación del bien o derecho sería más amplia que la necesidad, pues de otro modo no podría distinguirse dentro de las ejecuciones sobre

concursal. SÁNCHEZ CALERO, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.). Lex Nova. Valladolid, 2004, I, p. 1061).

Sin embargo, como señala Ignacio SANCHO "una interpretación tan amplia de la afección llevaría a vincular cualquier bien o derecho del deudor concursado a su actividad, en cuanto garantizaba el cumplimiento de sus obligaciones, dejando sin contenido la distinción legal entre bienes o derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, y bienes o derechos no afectos a tal actividad. Es preciso concretar más, y entender que la afección supone el destino real del bien o derecho a la realización de la actividad empresarial o profesional, no bastando su afección financiera". (SANCHO, I.: "Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado"*. Op. cit.*, pp. 212 y 213).

No obstante, este criterio de la afección financiera puede resultar de aplicación en algún caso. Así, si sobre un bien que posee la empresa y no está integrado en el inmovilizado hay constituidas dos hipotecas, la primera ejecutable por incumplimiento, y la segunda no ejecutable y que está permitiendo obtener una financiación actual para la empresa, el bien puede ser considerado afecto a la actividad empresarial. Al no ejecutarse la primera hipoteca (por suspensión o paralización) no se produce la cancelación de la segunda, este acreedor hipotecario conserva su garantía y sigue prestando financiación a la empresa permitiendo su continuidad. En este caso u otros análogos, en los que esté en juego la continuidad de la actividad empresarial, podría aplicarse el criterio de la afección financiera. Además como regla, en caso de duda, hay que proceder a una interpretación amplia de lo que es bien afecto, en aras de la finalidad conservativa del concurso [continuación de la actividad empresarial y consecución de un convenio] y dado el principio de universalidad del artículo 76.1 LC. (PULGAR EZQUERRA, J.: "El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal"*. Op. cit.*, pp. 1449 y 1450).

En todo caso, no hay por qué descartar *a priori* otros criterios distintos del de vinculación intrínseca a la actividad empresarial, que puedan delimitar el carácter afecto de los bienes a la actividad empresarial.

bienes afectos a la actividad empresarial y profesional del deudor, en las que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubieran publicado los edictos, aquellas que se pueden suspender y las que no en atención a la necesidad de tales bienes para la continuidad de dicha actividad empresarial o profesional del deudor (104). En parecidos términos PEITEADO afirma que el concepto de afecto tiene una dimensión más amplia que el de necesario, de modo que respecto de determinados bienes no sería posible iniciar una ejecución separada tras la declaración de concurso porque son afectos (art. 56.1), pero sí continuar con la ya iniciada antes de la declaración porque, pese a ser afectos, no son necesarios (art. 56.2 *in fine*). La razón de que esto ocurra así la encuentra la autora en que "es razonable que se dispense una mayor protección –establecida en términos de restringir menos los bienes respecto de los que la garantía puede ejecutarse– al acreedor cuyo crédito era exigible antes de la declaración de concurso, y había realizado además las actuaciones procesales oportunas para exigirlo, con la inversión de recursos que tales actuaciones hubieran podido suponerle" (105).

Así pues, todo bien inmueble necesario para la continuidad de la actividad empresarial es bien afecto a dicha actividad, pero no todo bien afecto es necesario, pudiendo existir bienes afectos que sean meramente convenientes para una mayor perfección de la actividad empresarial, pero que no sean estrictamente imprescindibles para su continuación.

Para la procedencia de la suspensión del artículo 56 LC sólo es necesario que se trate de un bien afecto, y no resulta preciso exigir que el inmueble cumpla además el requisito de tratarse de un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, "que supone un plus respecto al concepto de bien afecto a que se refiere el núm. 1 del mismo precepto legal, para el caso de que los anuncios hubiesen sido anteriores a la declaración de concurso" (AJM núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005).

---

(104) SANCHO, I.: *Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado. Op. cit.*, pp. 212 y 213.

(105) PEITEADO MARISCAL, P.: "La competencia para la ejecución de garantías reales vinculadas a bienes no afectos a la actividad económica del concursado", en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, pp. 167 y 168.

El segundo de los problemas que debíamos considerar en torno a la afección de los bienes a la actividad empresarial es el de si ésta es una cualidad inmutable de los bienes o, por el contrario, es mutable en función de acontecimientos y circunstancias. Ello nos lleva a situarnos en el segundo momento de la valoración de la afección de los bienes.

Considera que puede haber una pérdida de la afección el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 23 de febrero de 2006, el cual señala que si desde el inicio o durante la tramitación del concurso desaparece la actividad empresarial del deudor concursado, se producirá una desafección de los bienes que inicialmente pudieran estar destinados al desarrollo de esa actividad, pudiendo procederse a la ejecución de la garantía hipotecaria que recae sobre esos bienes. Esa pérdida sobrevenida de la afección –dice– tiene lugar cuando hay o se acuerda el cierre del establecimiento del concursado y el cese total de la actividad empresarial, como acontece en el caso de autos. Igualmente, la doctrina ha señalado la posibilidad de tal desafección si se transmiten los bienes gravados a un tercero, lo que precisará autorización judicial (art. 43.2) (Sánchez Rus, Carrasco Perera).

Nosotros entendemos, sin embargo, que pese a la posibilidad de desafección, hay que realizar las matizaciones siguientes.

El artículo 44.4 LC dispone como excepción a la regla de que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad empresarial que el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial de ésta. Por tanto, el cierre total o parcial de los establecimientos del deudor concursado puede deberse a un acuerdo de cese o de suspensión total o parcial de la actividad empresarial, que se toma en interés del concurso. La suspensión tendrá, en principio, carácter temporal y puede obedecer, por ejemplo, "a los resultados adversos a los que conduce el ejercicio de la actividad cuando la prudencia aconseja no acordar el cese definitivo hasta ver qué sucede con la propuesta de convenio presentada". Tras la decisión de suspensión, el juez podrá acordar el cese o la continuación de la actividad, en

atención a lo que sea más favorable para los intereses del concurso (106). El cese de la actividad empresarial tiene carácter definitivo (esto es, el juez no podrá volver a acordar la continuación de la actividad) y debe decidirse a la vista de las consecuencias negativas que tenga para los intereses del concurso el ejercicio de la actividad, por ejemplo, por suponer más gastos que ingresos.

Las anteriores consideraciones nos conducen a afirmar que un cierre total o parcial de los establecimientos del concursado con cese total o parcial, respectivamente, de la actividad implica de suyo una desafección de los bienes inmuebles afectados por dicho cierre, pues perderían su vinculación intrínseca a la actividad empresarial. En cambio, un cierre total o parcial motivado por un acuerdo de suspensión de la actividad empresarial (normalmente acompañado de la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados de la empresa) no implica de suyo tal desafección, pues los bienes seguirán vinculados a una actividad que puede ser reanudada y lo contrario podría frustrar anticipadamente un convenio con asunción de pasivo, o un convenio de fusión o escisión o un convenio en el que se acuerda el pago a los acreedores con los rendimientos que produzca la continuación de la actividad empresarial (art. 56 en relación con art. 100), así como una liquidación colectiva con enajenación de la empresa como un todo (art. 148.1 y 149.1.1.ª y 149.1.3.ª. II LC). Estas consideraciones son igualmente válidas en el caso de que la suspensión de la actividad empresarial se haya producido con anterioridad a la declaración de concurso, incluso por decisión del propio empresario concursado.

Si los bienes gravados se transmiten a un tercero está claro que dejarán de tener la condición de bienes afectos a la actividad empresarial.

No obstante, pese a lo expuesto, no hay que olvidar que las medidas suspensivas del artículo 56 LC obedecen a los superiores intereses del concurso, como explicamos en epígrafes anteriores (obtención de un convenio o una liquidación más ordenada del patrimonio del deudor), consideración ésta que nos lleva a atender

(106) Martínez Flórez, A.: "Comentario al artículo 44 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* Rojo, A., y Beltrán, E. (Coords.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 921 y 922.

las posiciones de quienes ligan la afección al mejor resultado del concurso (segundo momento en la determinación de la afección de los bienes) (107). Como se señala en la Exposición de Motivos, se trata de procurar que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal *ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva.* Por otro lado, la solidaridad entre los distintos acreedores afectados por el concurso, incluidos los acreedores con garantía real, invita a hacer una interpretación restrictiva del privilegio de ejecución separada, que es norma excepcional, por vía de una interpretación extensiva de lo que es bien afecto. Por otro lado, también invita a hacer esta interpretación restrictiva del privilegio la consideración de que estamos en presencia de una excepción a la regla de la absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra, clásica en el Derecho concursal español y las palabras de DÍEZ-PICAZO que recogíamos en el epígrafe I de nuestro trabajo: "Nosotros entendemos, no obstante, que, desde el punto de vista del concurso, son mayores las ventajas que los inconvenientes de suprimir *o, por lo menos, de limitar el derecho de ejecución separada*, *pues la existencia de este tipo de créditos, con ese adicional derecho, impide la definitiva configuración de la masa activa*, *cuya consistencia final no se conoce hasta que las ejecuciones separadas no han concluido*…" (108). Estas razones nos llevan a mantener la tesis de que en caso de cierre parcial de la empresa con cese de la actividad (109), normalmente acompa-

(107) Discrepamos así de RIBELLES y de HERBOSA MARTÍNEZ, para quien "en la medida en que el artículo 56 LC es una norma limitativa de derechos en cuanto establece una limitación del privilegio de ejecución separada, no parece aconsejable una interpretación extensiva, aunque la consideración de bienes afectos pueda favorecer el interés general del concurso". (HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso"*. Op. cit.* P. 309). Es cierto que el artículo 56 limita el privilegio, pero no hay que olvidar que el privilegio es una excepción en el seno del concurso.

(108) DÍEZ-PICAZO, L.: "Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores", en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español.* Editorial Civitas/Fundación Universidad-Empresa. 1.ª edición. Madrid, 1982, p. 297.

(109) Cierre previo o posterior a la declaración de concurso, como consecuencia o no de un acuerdo judicial de cierre.

ñado de despido de trabajadores, los bienes afectados por el cierre deberán seguir considerándose afectos a la actividad empresarial si ello puede redundar en beneficio del concurso por permitir un convenio, que de otro modo no se alcanzaría o se alcanzaría en condiciones menos ventajosas (convenio con asunción de pasivo y obligación de continuar la actividad empresarial, convenio de fusión o escisión, convenio en el que se prevé la atención de los créditos concursales con los ingresos que genere la continuación de la actividad empresarial…) o una liquidación en globo, liquidación que beneficia a la masa del concurso, por el plus que se obtiene en este modo de realización y no perjudica al acreedor hipotecario (110).

(110) El acreedor hipotecario se verá compelido a la liquidación colectiva si no ejercitó sus acciones antes de la declaración de concurso. Artículo 57.3 LC. Por ejemplo, el acreedor hipotecario intenta el ejercicio de la acción una vez declarado el concurso, pero la paralización del artículo 56.1 se lo impide, produciéndose la apertura de la liquidación antes del transcurso del año de paralización. En tal caso el acreedor hipotecario no sufre perjuicio e incluso puede que cobre más en cuanto acreedor privilegiado. Así ocurrirá si se sigue a GARRIDO, para quien, en caso de enajenación en globo, se distribuye a los acreedores hipotecarios las cantidades que les correspondan, con cargo al producto de la venta y con la cuota límite del importe del avalúo, que todos los interesados pudieron impugnar en su momento (arts. 96 y 97 LC). Si hay subasta en la ejecución separada, como avalúo de los bienes, se parte, en principio, aunque hay excepciones, del verificado en el concurso, según el citado autor. Teniendo eso presente, para que se apruebe el remate a favor del mejor postor será precioso que la mejor postura sea igual o superior al 50 por 100 del avalúo (art. 650.1 LEC), por lo que un acreedor hipotecario puede recibir menos si hay subasta en ejecución separada que si hay liquidación en globo. Igualmente, el acreedor hipotecario cobrará más si en la enajenación en globo la distribución de las cantidades se hace como indica más adelante GARRIDO: asignando el resultado en primer lugar a los acreedores con privilegio especial en función del valor del crédito y del valor de los bienes o derechos sobre que recaen sus privilegios, en proporción con el conjunto global de los bienes que se ejecutan, pues parece que el acreedor hipotecario se beneficiará también del "plus" logrado con la enajenación en globo. (GARRIDO, J. M.: "Comentario al artículo 155 LC". *Op. cit.,* pp. 2448, 2449 y 2461. Con ello, sin embargo, no queremos afirmar que, en caso de ejecución en globo, deba procederse al reparto de cantidades del modo dicho ni que en la ejecución separada deba partirse necesariamente del avalúo efectuado en el concurso, pues estas cuestiones requerirían mayor estudio. Tampoco prejuzgamos la manera de fijar el valor asignado a los bienes gravados con hipoteca en el avalúo del inventario.

La consideración de tales bienes como afectos tiene la ventaja de permitir a la administración concursal ejercitar la opción del artículo 155.2 LC, para evitar la ejecución separada al término del plazo de suspensión y rescatar los bienes para el convenio o para la liquidación. No sólo puede obtenerse un beneficio para el concurso, sino también para los trabajadores de la empresa afectada por el cierre parcial, que pueden ser reestructurados, en caso de convenio con asunción o de liquidación en globo, en los establecimientos afectados por el cierre, lo que permitirá el mantenimiento de más puestos de trabajo. La consideración de que la empresa cumple una función social, por lo que es conveniente su mantenimiento, abona, a mayor abundamiento, la interpretación propugnada.

Ahora bien, como hemos señalado antes, la predicación del carácter afecto de los bienes objeto de cierre sólo debe hacerse si se prevé obtener un beneficio para el concurso. Junto a ello, hay que tener en cuenta que pueden ser objeto de paralización hipotecas legales a favor del Estado u otros entes públicos. En tal caso, será preciso para que pueda considerarse a los bienes inmuebles hipotecados afectados por el cierre, afectos a la actividad empresarial, que la paralización de la ejecución no perjudique gravemente el interés público. Igualmente debe tenerse presente que la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes inmuebles objeto de cierre parcial puede afectar tanto a entidades financieras como empresas de todo tipo, societarias o no, o incluso empresarios individuales o personas físicas que no tienen la consideración de comerciante y que tampoco ejercen una actividad profesional, ya que, para conseguir el objetivo deseado del beneficio del concurso, no sólo habrá que paralizar la ejecución de las hipotecas, sino las de cualquiera otra garantía real que recaiga sobre bienes afectos al establecimiento, explotación o unidad productiva cerrada (111). Entendemos que

(111) Habría que paralizar también las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, y las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro; acciones éstas de las que pueden ser titulares empresas diversas.

si la consideración de los bienes sujetos al cierre, como afectos, pudiese colocar a dichas entidades o sujetos o en una situación de concurso o cercana a la insolvencia, no podrían hacerse prevalecer por encima de todo los intereses del concurso, debiéndose permitir las ejecuciones separadas de las hipotecas y demás derechos de garantía, salvo circunstancias excepcionales que debería valorar el juez del concurso.

Por consiguiente, la administración concursal o el juez del concurso deben ponderar el beneficio del concurso y los demás criterios expuestos a la hora de decidir sobre el carácter afecto o no de los bienes sujetos a cierre parcial (112).

Puede darse también una situación de cierre con cese total de actividad y despido de trabajadores. ¿Habrá que predicar la desafección de los bienes por falta de vinculación intrínseca a una actividad ya inexistente, o su afección en interés del concurso? Entendemos que procede esto último, siempre que se prevea un beneficio para el concurso y se tengan en cuenta los criterios apuntados antes. Hay que tener presente que incluso en esta situación es posible un convenio de asunción por parte de una persona física o jurídica que desee reflotar la empresa en crisis. En este sentido, señala Juana Pulgar, indicando los requisitos para que pueda tener lugar la enajenación de la empresa como unidad en el convenio de asunción: "De otro lado, esos bienes y derechos que constituyen una unidad, han de estar "afectos" a la actividad profesional o empresarial del concursado, no exigiendo la Ley que esta afección sea actual, *por lo que cabría la transmisión de unidades que estuvieran inactivas*, bien por ya estarlo en el momento en que el concurso se declara o por haber acordado tras dicha declaración el juez el cese o la suspensión de la actividad (art. 44.4 LC). En efecto, lo esencial es que el asuntor "continúe" o *"reanude"* la actividad desarrollada con anterioridad al acaecimiento de la insolvencia con el conjunto de bienes y derechos que se transmiten, y así parece derivarse de la referencia a la acti-

(112) Hay que tener en cuenta que la paralización la prevé la Ley por si es posible un convenio (que puede o no alcanzarse) o una liquidación en globo, por lo que paralizar incluso sólo por la previsión de una liquidación en globo entra dentro del espíritu de la norma.

vidad empresarial o profesional a la que tienen que estar afectos los bienes objeto de enajenación" (113).

(113) PULGAR, J.: "Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa", en *Revista de Derecho Mercantil.* núm. 266. Octubre-diciembre, 2007, p. 910. La autora destaca que aunque la utilización del convenio de asunción ha sido escasa desde la entrada en vigor de la LC, en los supuestos en que se ha alcanzado tal convenio "éste se ha perfilado como una solución óptima desde diversas perspectivas (conservación empresarial, satisfacción de acreedores, liberación del deudor y mantenimiento de puestos de trabajo), en particular cuando el deudor concursado revestía trascendencia para la economía nacional, regional o autonómica por sus dimensiones (gran empresa) o la índole de su actividad". (*Op. cit.*, p. 895)

En esta clase de convenio el asuntor se obliga a la continuación empresarial y al pago total o parcial de los créditos en los términos expresados en la propuesta de convenio, esto es, con la quita y/o espera que se hubiese pactado.

Parecen distinguirse, de un lado, convenios en puridad de asunción, en los que la continuación de la actividad la asume en su totalidad una persona natural o jurídica distinta del deudor concursado y, de otro lado, convenios mixtos, en los que la continuación de la actividad desarrollada con anterioridad al acaecimiento de la insolvencia es llevada a cabo en parte por el concursado, con aquellas unidades y establecimientos que continúen siendo de su propiedad y en parte por el adquirente respecto de los establecimientos o unidades que hubieran sido objeto de transmisión. (*Op. cit.*, p. 896.)

La asunción podría ser individual, en el sentido de que sería una única persona natural o jurídica la que asumiría la continuación de la actividad y la satisfacción del pasivo o plural, si los asuntores son varios, asumiendo conjuntamente las obligaciones de continuación o pago o asumiendo cada uno de ellos una continuación y un pago de créditos parciales en función del establecimiento, unidad productiva o explotación objeto de la adquisición. (*Op. cit.*, pp. 903 y 904).

A la propuesta de enajenación deberá acompañarse, en todo caso, un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento (art. 100.4 LC) y un plan de viabilidad, dado que el convenio con asunción constituye uno de los supuestos en que, para atender al cumplimiento del convenio, se prevé contar con los recursos que genere la continuación total o parcial en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, debiendo especificarse en dicho plan los recursos necesarios, medios y condiciones de su obtención y compromisos, en su caso, de su prestación por terceros (art. 100.5 LC). (*Op. cit.,* p. 914.)

El doble contenido obligacional que para el asuntor deriva del convenio con asunción no puede contemplarse de manera autónoma o independiente, sino en forma coaligada, pues lo que persigue el concurso y el convenio

Por tanto, a la hora de valorar la afección o no de los bienes a la actividad empresarial debe operarse, en un primer momento, determinando si existe una vinculación intrínseca de los bienes a la actividad empresarial. En un segundo momento, si hay bienes que tuvieron tal vinculación, pero la han perdido por un cese total o parcial de la actividad, considerando si debe mantenerse la calificación de afectos para los mismos, porque de ello se prevé que derive un beneficio para el concurso. Si no fuese así, debería permitirse la ejecución separada de los bienes objeto de cierre como no afectos (114).

Una tercera cuestión a tratar dentro de este apartado era la relativa al órgano competente para decidir sobre el carácter afecto o no de los bienes. Pero antes de dilucidar este punto parece conveniente desarrollar la problemática de quién es el juez competente para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos y no afectos. Si bien ambas cuestiones son independientes y conceptualmente es posible entender al mismo tiempo que las ejecuciones separadas sobre bienes no afectos deben tramitarse ante el juez de primera instancia que corresponda según las normas de la LEC, y que éste debe dirigirse al juez del concurso para preguntar si el bien sobre el que se dirige la ejecución pretendida es o no afecto [solución a la que no encuentra inconveniente práctico el magistrado que emite un voto particular en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), de 28 de junio de 2007]; sin embargo, nos parece que para una mayor claridad expositiva deben resolverse conjuntamente. Comenzamos por la relativa a la competencia para conocer de la ejecución hipotecaria.

Dados los artículos 8.3.º y 57.1 LC no se duda que la competencia objetiva para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre

---

como solución a éste es la satisfacción de los acreedores, y desde este planteamiento se persigue dicha continuidad, no sobre la base de un específico interés general en la conservación empresarial, sino en tanto en cuanto permitirá generar los recursos necesarios para proceder a la satisfacción del pasivo, sin que, sin embargo, se pueda garantizar que en todo caso el pago de los créditos en los términos del convenio se efectuará con los recursos que genere dicha actividad, que puede, entre otras cosas, no resultar rentable. (*Op. cit.*, pp. 926 y 927).

(114) Dejamos para otro momento el estudio de la repercusión que pueda tener sobre la afección financiera la suspensión o el cese de la actividad empresarial.

bienes afectos a la actividad empresarial corresponde al juez del concurso. La polémica se plantea en torno a la competencia para conocer de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial (singularmente, sobre la vivienda familiar del concursado).

En el primer encuentro de jueces de la especialidad mercantil (Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004), capítulo de conclusiones, se consideró casi mayoritariamente que las ejecuciones sobre bienes no afectos ya iniciadas al declararse el concurso continuarían ante el juez civil, si bien surgió la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso. No hubo conciliación en este punto (115).

Por otro lado, diversos Autos han esgrimido argumentos a favor de que la competencia del juez del concurso se extiende sólo al conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos. Así se ha dicho:

El artículo 57 resuelve el inicio o continuación de la ejecución que recaiga sobre bienes afectos (las acciones del artículo anterior), pero guarda silencio sobre las garantías que tengan por objeto bienes no afectos. Los articulos 8 LC y 86 ter de la LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la Ley. El artículo 55 LC puntualiza y excepciona lo dicho en aquellos artículos para los apremios administrativos (para los que será competente la autoridad administra-

(115) De Ángel Yagüez, R., y Hernando Mendívill, J.: "Comentario a los artículos 56 y 57 LC". *Tratado práctico concursal.* Prendes Carril (Dir.). Tomo II. 1.ª edición. Editorial Aranzadi, S. A. Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 492.

Defienden la competencia para la ejecución de bienes no afectos del juez civil los siguientes autos: AJM núm. 2 de Barcelona, de 26 de septiembre de 2006; AJM núm. 1 de Alicante, de 29 de septiembre de 2006; AJM núm. 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006; AJM núm. 1 de Asturias, de 13 de marzo de 2006. Sin embargo, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que tiene un mayor valor, mantienen una postura distinta el AAP de Barcelona, sección 15, de 28 de junio de 2007, al resolver en apelación el recurso formulado contra el AJM núm. 2 de Barcelona, anteriormente citado, así como el AAP de Sevilla, sección 5.ª, de 21 de noviembre de 2008 (citados por Herbosa Martínez, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso." *Op. cit.,* p. 306).

tiva), las ejecuciones laborales ya entabladas (para las que será competente el tribunal de lo social) y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas. Si el artículo 57 no quisiera delimitar la competencia objetiva para las ejecuciones sobre bienes afectos exclusivamente, no tendría sentido la norma, ya que bastaría acudir al artículo 8 LC para afirmar que todas las ejecuciones corresponden al juez del concurso. Si la propia Ley no ha considerado que las ejecuciones sobre bienes no afectos se tengan que paralizar y, en definitiva, que estén vinculadas o afectas por la declaración de concurso es porque respecto de ellas no se aprecia con igual intensidad el principio de atracción del juez del concurso derivado del carácter del concurso como procedimiento universal. La pretensión de ejecutar ante el juez del concurso bienes no afectos, al carecer de tramitación especial se tramitaría por el incidente concursal del artículo 192 LC, lo que parece inconcebible y perjudicial para el titular de la garantía. Es evidente que el legislador no ha previsto esta hipótesis y ello puede ser porque se trate de supuestos que no tienen encaje en la LC, bien porque se trate de un olvido del legislador que obligaría a forzar la ley y entender que el cauce es el del artículo 57. (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 23 de febrero de 2006). La vis atractiva del concurso encuentra su fundamento en la necesidad de amparar en el seno del concurso las cuestiones atinentes al destino de los bienes afectos y sólo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso. [Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Asturias (Oviedo), de 13 de marzo de 2006.] El artículo 57 establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al juez del concurso el conocimiento de ejecuciones sobre bienes afectos. A *sensu contrario*, las ejecuciones sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse ante los Juzgados de 1.ª Instancia. (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006). La propia rúbrica del artículo 57 (inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales) debía disipar cualquier duda acerca de los procedimientos de ejecución a que se refiere el artículo 57, pues son sólo las garantías reales sobre bienes afectos las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. La previsión del artículo 57.1 sólo tiene sentido porque el artículo 56 supone

el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del artículo 57.1 al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas. [Voto particular emitido en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 28 de junio de 2007]. Reitera argumentos el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 3 de julio de 2007 (116).

En la doctrina, RIBELLES ha sostenido que el juez del concurso sólo es competente para conocer las ejecuciones sobre bienes afectos (117). La misma posición mantiene DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL y HERBOSA MARTÍNEZ. SALINAS ADELANTADO opina, con dudas, que en cuanto al inicio de nuevas ejecuciones sobre bienes no afectos tras la declaración de concurso, es competente el juez del concurso, dado el artículo 8.3 LC. [Lo mismo sostiene ZUBIRI DE SALINAS, para quien el artículo 8.3 LC, que choca con el artículo 684.1 LEC, es preferente por ser norma especial y posterior (118)]. En cambio, continúa SALINAS ADELANTADO, en el caso de ejecuciones en marcha, dado el artículo 55.1.2.º LC, da la impresión de que el juez competente seguirá siendo el que inició los trámites, lo cual, dice, es coherente con la regla de la *perpetuatio jurisdictionis* del artículo 411 LEC (119). Comparte la posición de este autor CURIEL LORENTE (120).

(116) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., y HERNANDO MENDÍVILL, J.: "Comentario a los articulos 56 y 57 LC". *Op. cit.*, pp. 492 a 509.

(117) RIBELLES, J. M.: "Comentario al artículo 57 LC", en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal.* FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (Dir.). Editorial Iurgium. Madrid, 2004, p. 305. La misma posición mantiene GÓMEZ GÁLLIGO (GÓMEZ GÁLLIGO, J.: "Comentario al artículo 56 LC", en *Comentarios a la legislación concursal.* SÁNCHEZ CALERO, J., y GUIARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.). Vol. I. Lex Nova. Valladolid, 2004, pp. 1058 y 1059. Para este autor, incluso las ejecuciones a que hace referencia el artículo 56.2 *in fine* serían conocidas por el juez competente según las reglas generales. Sin embargo, este precepto no exceptúa la regla de los articulos 8.3 LC y 86 ter. 1.3.º LOPJ, e incluso 57.1 LC, debiéndose tener en cuenta además los intereses de los acreedores en el control de esas ejecuciones.

(118) ZUBIRI DE SALINAS, M.: *Hipoteca y concurso. Op. cit.*, pp. 296 a 301.

(119) SALINAS ADELANTADO, C.: *Las garantías reales en la LC … Op. cit.*, pp. 3881 a 3883.

(120) CURIEL LORENTE, F.: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concur-

Sin embargo, no parecen acertados los argumentos dados de contrario a favor de la competencia de los juzgados civiles en el caso de ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos y, por tanto, sobre la vivienda habitual del concursado.

Si observamos la génesis del artículo 57 LC, debemos reconocer la conexión existente en el Proyecto de Ley entre el artículo 56 (equivalente al actual art. 57 LC) y el 55, que hacía referencia tanto a las acciones ejecutivas de garantías reales sobre bienes afectos (párrafos 1 y 2), como a las sobre bienes no afectos (párrafo 5.º), razón por lo que el artículo 56, al decir que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste", afirmaba, por lo menos, que las acciones ejecutivas hipotecarias sobre bienes no afectos, iniciadas durante la tramitación del concurso se someterían a la competencia del juez del concurso. La supresión del párrafo 5.º del artículo 55 no tuvo por finalidad alterar esta idea del legislador, sino que fue fruto de las enmiendas de Convergencia i Unió, que pretendía eliminar la suspensión de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos tras la realización de los bienes, por lo que hoy debe seguirse interpretando que, por lo menos, las acciones ejecutivas hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas tras la declaración de concurso deben someterse a la jurisdicción del juez del concurso. Refiriéndonos a las acciones ejecutivas iniciadas antes de la declaración de concurso y por supuesto a las iniciadas después, hay que tener presente el carácter universal del procedimiento concursal que justifica la atribución al juez del concurso de competencia exclusiva y excluyente respecto de tales ejecuciones. Es además principio clásico del Derecho procesal español que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima. El artículo 8.3 LC afirma la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso respecto de "*toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado*" (121). (Tam-

---

sal", en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Gómez Gálligo, J. (Coord.). Tomo II. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 4862.

(121) Al recoger esta afirmación legal hacemos abstracción de la problemática que suscita el artículo 55.1.II LC u otros preceptos LC.

bién art. 86 ter.1.3.º LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ, cuya exposición de motivos afirma lo siguiente: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial, de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como *todas las ejecuciones* y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos…

Mediante la correspondiente modificación de la LOPJ (nuevo artículo 86 ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los juzgados de lo mercantil") (122).

Esta atribución competencial proporciona, en el caso que nos ocupa, como dice SÁNCHEZ RUS, "un medio de tutela sumamente enérgico de los intereses de la masa". Conviene recordar a este respecto las palabras de DÍEZ-PICAZO: "Nosotros entendemos, no obstante, que, desde el punto de vista del concurso, son mayores las ventajas que los inconvenientes de suprimir o, por lo menos, de limitar el derecho de ejecución separada, pues la existencia de este tipo de créditos [privilegiados], con ese adicional derecho, impide la definitiva configuración de la masa activa, cuya consistencia final no se conoce hasta que las ejecuciones separadas no han concluido; y *obliga a los acreedores del concurso y a los órganos de éste a operaciones de seguimiento muy difíciles, porque se refieren a procedimientos ajenos. Así, la diligencia impone controlar esos procedimientos, conocer el momento en que se encuentren, decidir si se acude o no a las subastas, para que no se envilezca en ellas el valor de los bienes y, en este caso, llevar a cabo operaciones de inversión de fondos para poder acudir a las subastas".* Precisamente la atri-

(122) Artículo 86 ter 1.3.º: "Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

… 3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado".

bución competencial al juez del concurso obvia parte de estas dificultades y proporciona una tutela eficiente a la masa de acreedores. Además permite que el juez del concurso formule un juicio sobre la procedencia de la ejecución pretendida (art. 57.1). La Exposición de Motivos de la LC es un argumento más a favor de esta atribución competencial al juez del concurso, pues refiriéndose en general a los créditos con privilegio especial afirma que "la ejecución se tramitará ante el juez del concurso".

En el caso de la vivienda familiar, el problema del seguimiento de la ejecución hipotecaria por los acreedores concursales se plantea del mismo modo que en el caso de concurso de una empresa. Es cierto que habrá probablemente una razón de proximidad entre el juez civil, hipotéticamente competente para el conocimiento de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar, que de acuerdo con el artículo 684.1.º LEC será el de Primera Instancia correspondiente al lugar en que radique la finca y el juez del concurso, que, de acuerdo con el artículo 10.1 LC, será el juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales (123), lugar que tratándose de un concursado persona física consumidor vendrá a coincidir con su domicilio (lugar en que radica la vivienda familiar) (124), pero es evidente que aún así no es la misma la facilidad para los acreedores concursales si la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar se tramita en un juzgado distinto, que si se tramita en el mismo juzgado que conoce el concurso. Por otro lado, si el centro de los intereses principales del deudor (por ejemplo, un empresario individual) no coincide con su domicilio no existirá dicha razón de proximidad, planteándose mayores obstáculos para los acreedores concursales para el control de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar. También es posible que el deudor concursado esté separado de su cónyuge, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, situación en la que el lugar en que radique la

(123) *"Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses."*

(124) Si el lugar del domicilio no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél. Lo que nos conduce a una situación análoga.

finca que es vivienda familiar y el centro de los intereses principales del deudor pueden ser muy divergentes, planteándose el mismo problema de control de la ejecución de la hipoteca sobre la vivienda familiar por los acreedores concursales. Finalmente, hay que notar que bienes no afectos pueden ser también fincas rústicas, solares, segundas residencias… interesando a los acreedores concursales que todas las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos se concentren ante un mismo órgano jurisdiccional.

La competencia del juez del concurso se extiende pues a todas las acciones ejecutivas hipotecarias que se ejerciten durante la tramitación del concurso, se hayan iniciado antes o después de la declaración de concurso. Su competencia queda delimitada en el ámbito temporal por el auto de declaración del concurso (art. 21) y por resolución firme que acredita la conclusión del mismo (art. 176) (125).

Defienden esta posición, además de Sánchez Rus, Domínguez de Calatayud (126), Carrasco Perera (127) y Blanquer Uberos (128) y el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), de 28 de junio de 2007, que declaró la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda, interpuesta tras la declaración de concurso, para la ejecución hipotecaria de una finca no afecta a actividad empresarial alguna. Para la Sala, el encabezamiento del artículo 57 LC no hace diferenciación entre bienes afectos y no afectos. Tampoco, dice, la hace su contenido. El artículo 56 al que se refiere, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo al artículo 57 ("el ejercicio de acciones que se

(125) Sánchez Rus, H., y Sánchez Rus, A.: "Comentario al artículo 57 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. Rojo, A., y Beltrán, E. (Dir.) Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1071 y 1072.

(126) Domínguez de Calatayud, V.: "Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio*",* en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Gómez Gálligo, J. (Coord.). Tomo II. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 4892.

(127) Carrasco Perera, A.: *Los derechos de garantía en la LC. Op. cit.*, pp. 85 y 139.

(128) Blanquer Uberos, R.: *Las garantías reales en el concurso. Op. cit.*, pp. 91 y 92.

inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior"), ese supuesto [que puede referirse a bienes no afectos] no se vería en tal caso excluido de la competencia del juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1.ª Instancia (129). Y aunque el artículo 56 gravite sobre las garantías sobre bienes afectos, el que el artículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en el concursado y en la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado se está haciendo valer (art. 61.1 LC), pudiendo ser rehabilitado (art. 68). Por otra parte, resulta llamativo que el juez del concurso deba decidir si los bienes son o no afectos, para luego abandonar su competencia si no existe afección. Parece más razonable entender que es el juez del concurso quien debe decidir sobre la afección y, si entiende que no existe, abrir pieza separada para dar cauce a la ejecución al margen del procedimiento concursal. Hasta aquí el Auto reseñado.

Por otro lado, si tenemos en cuenta el artículo 24.4 LC, también se llega a la conclusión de que la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones de hipotecas sobre bienes del concursado corresponde al juez del concurso. De acuerdo con dicho precepto, una vez practicada la anotación preventiva que publica la situación concursal, el registrador debe rechazar la anotación de cualquier embargo posterior a la declaración de concurso, dictado por otro órgano jurisdiccional (así, anotación de embargo derivada

(129) Aunque traigamos a colación este argumento del Auto, favorable a nuestra posición, no queremos prejuzgar con ello la cuestión de quién sea el tercer poseedor a que se refiere el artículo 56.4, si el tercer poseedor en sentido técnico regulado por la LH y la LEC, o un simple poseedor, como ha apuntado algún otro autor. Trataremos la cuestión en el epígrafe correspondiente. De lo que no cabe duda es que las mismas dificultades para los acreedores concursales que plantean las ejecuciones hipotecarias extraconcursales, en las que el concursado es deudor hipotecario, se plantearían en el supuesto de ser el concursado tercer poseedor, si se atribuyese la competencia para su conocimiento al juez civil. También en esta ejecución, en la que el concursado es tercer poseedor, puede quedar un remanente que deberá remitirse a la masa activa del concurso (art. 692.1 LEC). El conocimiento, pues, de estas ejecuciones ha de ser de la competencia del juez del concurso.

de una ejecución hipotecaria que se tramita a través del procedimiento de apremio o de ejecución ordinario), con la única excepción de lo establecido en el artículo 55.1 LC. Nótese que no se exceptúa a las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas antes o después de la declaración de concurso.

En conclusión, pues, todas las actuaciones ejecutivas hipotecarias judiciales o extrajudiciales iniciadas antes de la declaración de concurso, ya recaigan sobre bienes afectos o no afectos a la actividad empresarial, se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento, pues la competencia para conocer de las mismas ya no corresponde al juez civil (130). Como señala el artículo 568 LEC, "*el Tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados… estarán sujetos a cuanto establece la LC"* (131). Las actuaciones se reanudarán ante el juez del concurso, de acuerdo con el artículo 56.2 en relación con el artículo 56.1, cuando la garantía recaiga sobre bienes no afectos o cuando concurra alguna de las circunstancias que determina el fin de la paralización de las ejecuciones de garantías reales. Dicha reanudación se produce necesariamente a instancia de parte, haya o no traslado de oficio de las actuaciones, cuestión procesal que no prejuzgamos (art. 57.1). Como decimos, a instancia de parte, el juez concursal decidirá sobre la procedencia de la reanudación, y en su caso acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o ex-

(130) Sostenemos la competencia del juez del concurso, ya recaiga la ejecución sobre bienes afectos o no afectos, y ya se haya iniciado antes o después de la declaración de concurso, para el caso de que el concursado sea deudor hipotecario y dueño de los bienes hipotecados. En otros casos, habrá que resolverse expresamente la cuestión. Sobre el caso de que el concursado sea tercer poseedor, *vid*. nota anterior.

(131) López Sánchez, Javier: "Comentario a la Disposición Final 3.ª de la Ley Con*cursa",* en *Comentarios a la Ley Concursal*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). Vol. II Editorial Tecnos. Madrid, 2004*,* pp. 2287 a 2289. Sánchez Rus, H., y Sánchez Rus, A.: "Comentario al artículo 56 LC." *Op. cit.*, pp. 1064 y 1065.

trajudicial que corresponda (art. 57.1) (132). Ello si la reanudación de la ejecución suspendida o el inicio de una *ex novo* se produce durante la fase común o la fase de convenio del concurso. La apertura de la liquidación determinará la aplicación de las previsiones del

(132) La doctrina duda sobre el alcance de estas últimas palabras. Si el procedimiento suspendido fuese un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, se duda acerca de si es éste el que debe reanudarse, ante el Notario, o si, por el contrario, la tramitación será ante el propio juez del concurso, que haría suyo o aplicaría el procedimiento extrajudicial (art. 129 LH y 236-a a 236-o RH). SÁNCHEZ RUS y CARRASCO PERERA optan por la primera alternativa. SÁNCHEZ RUS entiende que, si se reanudan actuaciones suspendidas, no sufrirá alteración el tipo de procedimiento que se venía desarrollando. En cualquier caso, el ejercicio extrajudicial está supeditado a una decisión del juez del concurso. La complejidad procedimental de la solución, en opinión del autor, si se optase por la alternativa de seguir las actuaciones del procedimiento extrajudicial, pero en lugar de ante notario hábil, ante el juez del concurso y el hecho de que ello excluiría la posibilidad de realización extrajudicial que para el autor permite la Ley, le llevan a entender que el acreedor podrá acogerse a los procedimientos de ejecución extrajudicial ante notario hábil y que la función del juez del concurso será aquí la de decidir acerca de la procedencia de la ejecución *y supervisar* las actuaciones desarrolladas conforme a la normativa reguladora del procedimiento. (SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 57 LC". *Op. cit.*, pp. 1075 a 1077; CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal. Op. cit.*, pp. 141 y 142). En cambio, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: "Comentario al artículo 57", en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (Coord.). Vol. I. Articulos 1 al 70. Ed. Bosch, 1.ª edición. Barcelona, 2004. P. 618) y DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL optan por la segunda, opción a la que nosotros nos adherimos. Como afirman estos autores, las palabras "se someterá a la jurisdicción" del juez del concurso son argumento para sostener la *vis atractiva* a favor del juez del concurso. "Por otro lado, dice el texto que ese juez, que acordará su tramitación en pieza separada, "acomodará" las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. No acertamos a entender cómo podría el juez del concurso "acomodar" nada, si no fuera a ser él el competente para conocer íntegramente (no sólo controlar o supervisar) de las acciones iniciadas o reanudadas a las que se refiere este apartado 1 en su conjunto." (DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL: "Comentario a los artículos 56 y 57 LC", en *Tratado práctico concursal. Op. cit.*, pp. 511 y 512). Por otro lado, no hay que olvidar las razones de interés para los acreedores concursales de que las ejecuciones hipotecarias sean conocidas por el juez del concurso.

artículo 57.3 LC, pudiendo plantearse la duda de si estas previsiones están pensadas para los acreedores hipotecarios sobre bienes afectos o también para los sobre bienes no afectos, cuestión que no prejuzgamos ahora (133) (134).

(133) En cuanto a la forma de realización de la garantía y la coordinación entre el artículo 57 y el 155.4 LC dejamos la cuestión para un estudio más detallado.

El criterio de la competencia objetiva del juez del concurso no causa particulares perjuicios al acreedor hipotecario. En primer lugar, *lo normal será que el acreedor hipotecario conozca la situación de concurso*. Aparte de por otras vías, la constancia de la declaración de concurso en el procedimiento ejecutivo en curso puede resultar de la comunicación que el registrador debe dirigir al juez que conoce la ejecución. Si la anotación preventiva que refleja la situación concursal (art. 24 LC) se practica cuando ya está expedida la certificación de dominio y cargas (art. 656 y 688 LEC y 236.b RH) (y practicada la nota de la que resulta la expedición al margen de la inscripción de hipoteca, o de la anotación de embargo, en el caso de que la realización de la garantía se lleve a cabo a través del procedimiento ejecutivo ordinario), el registrador deberá comunicar al juez (al Juzgado, tras la Ley 13/2009) la circunstancia de haberse extendido tal anotación preventiva (art. 135 LH y 143 RH). La comunicación deberá practicarse tanto en el caso de ejecución ordinaria (Cfr. art. 143 RH), como en el del procedimiento especial de ejecución hipotecaria. No existe previsión de comunicación en los procedimientos de venta extrajudicial de bienes hipotecados, pero los preceptos dichos pueden aplicarse por analogía, debiendo verificarse la comunicación al notario actuante. Si cuando se practica la anotación aún no está expedida la certificación de dominio y cargas, al expedirse ésta a solicitud del juez o notario actuante, la certificación reflejará la situación concursal del deudor (art. 656.1.2.º LEC y 236.b.1.3.º RH). A la vista de la certificación, el juez deberá apreciar de oficio su falta de competencia y suspender la ejecución (art. 48 LEC). Igualmente, el notario suspenderá las actuaciones, pues la ejecución extrajudicial sólo cabe si de la certificación de dominio y cargas no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada (art. 236.c).1 RH). (SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 LC". *Op. cit.*, pp. 1065 a 1067; "Comentario al artículo 57". *Op. cit.*, pp. 1081 y 1082). Únicamente, si no se practicase la anotación preventiva (supuesto de difícil producción, dadas las previsiones del art. 24 LC) y no operasen los demás medios que permiten la constancia del concurso en el procedimiento, podría darse el caso de que la ejecución hipotecaria tuviese lugar al margen del concurso ante juez incompetente. Las actuaciones judiciales serían nulas, pero la inscripción del título del que resulte el remate o la adjudicación del bien podría conducir, según SÁNCHEZ RUS, a la aparición de un tercero hipotecario.

(Los arts. 656, 688 y 48 LEC han sufrido leves retoques en la Ley 13/2009

Expuesto lo relativo a la competencia del juez del concurso, réstanos examinar la cuestión de quién decide el carácter afecto o no afecto del bien que se pretende ejecutar.

---

para la atribución de competencias al secretario judicial, pero sustancialmente continúan idénticos.)

Por otro lado, el acreedor hipotecario, con el cambio de órgano judicial, no sufre pérdida de trámites procesales, ni por consiguiente de costas. A estos efectos sería de aplicación el artículo 56.2 LC, artículo que mantiene un criterio distinto al artículo 55.2 y 3 respecto de las actuaciones verificadas después de la declaración de concurso. En el caso de ejecuciones ordinarias, la suspensión prevista en el artículo 55.2 lo es desde la fecha de la declaración de concurso, lo que implica que las actuaciones ejecutivas posteriores son nulas de pleno derecho (art. 55.3 LC). Sin embargo, para las ejecuciones hipotecarias, "el momento a partir del cual la suspensión ha de surtir efectos es aquel en que la declaración de concurso «conste» en el procedimiento, según la literalidad del artículo 56.2 LC. La diferencia de criterio tiene sentido, ya que las ejecuciones singulares no se suspenden para acumularse después al concurso, esto es, no se trata de que el juez concursal sustituya al que está ejecutando, sino que sencillamente dicha ejecución se excluye y asumen su finalidad las vías de solución del concurso. Por el contrario, las ejecuciones hipotecarias se suspenden, y se reanudan después ante el juez del concurso, en pieza separada, quien deberá acomodar las actuaciones a las normas propias del procedimiento que corresponda ex artículo 57.1 LC. De ahí que sea razonable que en el primer caso la suspensión deba surtir efectos desde la declaración de concurso, mientras que en el segundo este momento se retrase hasta que conste en autos la declaración de concurso". (HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso". *Op. cit.*, p. 314). Por tanto, en el caso del artículo 56.2, las actuaciones ejecutivas posteriores a la declaración de concurso y anteriores a la constancia de éste en el procedimiento son válidas y el acreedor hipotecario no pierde los trámites efectuados con el cambio de órgano judicial. Esta regla se aplica por analogía al caso de ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos iniciadas antes de la declaración de concurso.

Si ya hubiesen tenido lugar los anuncios para la subasta, antes de la declaración de concurso, pero ésta aún no se hubiese celebrado, aún así procede la aplicación de la mencionada norma de competencia objetiva. El traslado de sede judicial no frustra la confianza de los posibles adquirentes, que pueden haber realizado determinadas actuaciones en consideración a la eventual adquisición del bien, como la búsqueda de financiación, de que la subasta tendrá lugar, ni tampoco el que se proceda a una nueva publicación de anuncios. Únicamente puede suponerles la incomodidad de un traslado a la nueva sede judicial. Pero en sede concursal, en el conflicto entre los posibles adquirentes del bien subastado y los acreedores concursales in-

Para que el acreedor hipotecario pueda hacer uso del privilegio procesal de ejecución separada intraconcursal, será preciso previamente que el juez del concurso realice un juicio de procedencia sobre la ejecución pretendida. Según una opinión, en primer lugar será preciso que el juez determine si los bienes objeto de ejecución son afectos o no a la actividad empresarial o profesional, dado su diversidad de régimen, y entendiendo que son afectos si concurre el cese de la paralización o suspensión prevista en el artículo 56.

---

teresados en seguir las ejecuciones, e incluso participar en ellas, deben prevalecer los intereses de los acreedores concursales. En cuanto al argumento de que la alteración de la sede judicial resulta perjudicial para la masa, pues incrementa el riesgo de que la subasta quede desierta, pudiendo solicitar la adjudicación del bien el actor (art. 671 LEC), pero aumentando las posibilidades de que su crédito no se vea íntegramente pagado, debiendo concurrir a la ejecución universal por la cantidad no satisfecha, no resulta demasiado convincente. La nueva publicación atraerá a nuevos licitadores, y de los llamados por los anuncios anteriores, también concurrirán aquéllos que tengan verdadero interés en el bien subastado. Además se abre la posibilidad de que puedan concurrir a la subasta acreedores concursales. (Cfr. SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 57 LC", *Op. cit.*, pp. 1073 y 1074. "Comentario al artículo 56 LC". *Op. cit.*, pp. 1067 a 1069.

(El art. 671 LEC ha sufrido modificación por Ley 13/2009 en el siguiente sentido: "Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o *superior* al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Cuando el acreedor, en el plazo de 20 días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado".)

Si cuando consta el concurso en el proceso de ejecución hipotecaria, el bien había sido ya adjudicado al acreedor o a un tercero como consecuencia de la subasta, no procederá la suspensión del mismo.

Algunos de los preceptos antes mencionados han sufrido modificación por la Ley 13/2009, para la implantación de la oficina judicial.

(134) Surge la duda de si las previsiones del artículo 57.3 se refieren a acreedores que no iniciaron su acción ejecutiva antes de la declaración de concurso, pero tampoco lo hicieron antes de la apertura de la liquidación, ya que ésta se abrió antes del transcurso de un año o, si se refiere también a acreedores que no iniciaron la ejecución antes de la declaración de concurso, pero lo hicieron después, antes de la apertura de la fase de liquidación, porque se aprobó un convenio cuyo contenido no afectaba al ejercicio de la garantía hipotecaria o porque transcurrió un año desde la declaración de concurso sin haberse abierto la fase de liquidación.

Además el juez deberá determinar si concurren los requisitos de Derecho procesal y material que permiten el despacho ordinario de la ejecución. Contra la decisión del juez (que parece deberá revestir la forma de auto) cabe recurso de reposición (art. 197.2) y contra el auto resolutorio de la reposición lo previsto en el artículo 197.3 LC (135). No obstante, la decisión de si se trata de supuestos exentos, o no, del artículo 56 LC, es a su vez el objeto posible de una disputa entre acreedor y administración concursal o deudor fallido. Una cuestión de este tipo tendrá que acabar resolviéndose por los trámites del incidente concursal (136). Por tanto, si no se suscita polémica sobre si el supuesto está exento o no del artículo 56 LC, la cuestión podrá ser resuelta por el juez concursal por la vía del artículo 57.1 (juicio de procedencia). Pero si se suscitase polémica será preciso que se articule ésta por la vía del incidente concursal, dada la posibilidad de vista y de planteamiento de medios de prueba (interrogatorio de testigos, reconocimiento judicial…) que tendrán las partes y que ilustrará mejor la decisión judicial.

Para otros autores, la decisión sobre el carácter afecto o no de los bienes es de los administradores concursales y, en caso de conflicto entre el acreedor privilegiado y los administradores concursales, del juez del concurso. Es la opinión de Salinas Adelantado, para quien, en todo caso, y a efectos prácticos, sería muy interesante que, en aras de la seguridad jurídica, se interpretase que, cuando el artículo 82.2 impone a los administradores del concurso señalar en su inventario los gravámenes y cargas que tengan los bienes, se considere que es obligación de éstos indicar su criterio sobre si se tratan o no de bienes afectos (137). En parecidos términos se expresa Zubiri de Salinas, para quien el momento para que el acreedor hipoteca-

(135) Cfr. Domínguez de Calatayud, V.: "Aspectos generales y registrales de la LC 22/2003, de 9 de julio". *Op. cit.*, p. 4893.

La referencia hay que entenderla hecha, tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, a los párrafos 3.º y 4.º del artículo 197, pues este precepto ha sido modificado por el artículo 17, apartado 48, de la mencionada Ley.

(136) Carrasco Perera, A.: *Los derechos de garantía en la LC. Op. cit.,* pp. 143 y 144.

(137) Salinas Adelantado, C.: "Las garantías reales en la Ley concursal: una reforma parcialmente reorientada". *Op. cit.*, pp. 3878 y ss.

rio alegue que goza de créditos hipotecarios sobre bienes no afectos a la actividad empresarial es en el momento de elaboración por la Administración concursal del inventario, en el cual se debe determinar la naturaleza y características de los bienes, entre las que cabe incluir su afección o no a la actividad empresarial (art. 82.2 LC). Si la administración concursal no estima la alegación del acreedor hipotecario, entonces, en el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores [art. 96 LC (138)], podrá impugnarse aquél. Resolviendo el juez conforme al procedimiento del incidente concursal. La sentencia que lo resuelva declarará que en ese momento los bienes están o no afectos. La sentencia deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, ya que modifica el derecho inscrito al delimitar las condiciones para su ejercicio (art. 2.2 LH). Es posible, no obstante, una desafectación del bien. Ante este cambio de circunstancias deberá determinarse por el juez en ese momento acerca de si el bien está o no afecto (139).

En efecto, puede pensarse y entendemos que es acertado que los administradores concursales deben incluir tal mención sobre los bienes a la hora de confeccionar el inventario al amparo del artículo 82.2 LC, y que dicha mención puede ser impugnada por el acreedor hipotecario o por el deudor concursado (art. 184.1 LC) o por las demás partes personadas o demás interesados (art. 96.1 en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE 31 marzo 2009), sustanciándose por los trámites del incidente concursal. Lo único que

(138) El apartado 4 del artículo 96 ha sido reformado por la citada Ley para la implantación de la Oficina Judicial (art. 17.13) en los siguientes términos: "Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal *debiendo el Juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente*. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de *la sentencia resolutoria de las impugnaciones*, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al Juez los textos definitivos correspondientes así como una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la *Oficina judicial*".

(139) ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: *Hipoteca y concurso. Op. cit.*, pp. 296 a 301.

debemos destacar es que esta medida muy razonable y que tiene la ventaja de permitir oír no sólo al acreedor hipotecario, deudor y administración concursal, sino demás personados o interesados (que también tienen algo que decir en una cuestión tan trascendental que puede afectar a la continuidad de la actividad empresarial y al conjunto del concurso) y que da una mayor formalidad a la decisión sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes, dado que el bien que se ejecutará forma parte de la masa activa del concurso, no elimina la necesidad del juicio de procedencia del juez del concurso (art. 57.1) (140).

Lógicamente, entre la decisión de la administración concursal o la resolución del incidente y el juicio de procedencia del artículo 57.1 LC, puede acontecer un cambio de circunstancias que obligará al juez a una nueva valoración sobre la afección al realizar dicho juicio. Para verificarla deberá oír al acreedor hipotecario, deudor, adminis-

(140) Otro argumento a favor de que la decisión sobre la afección o no de los bienes inmuebles hipotecados se tome en el trámite del inventario y en las impugnaciones al mismo es que tanto la administración concursal como el juez podrán resolver la cuestión para cada bien en particular, teniendo en cuenta su relación con otros bienes, aspecto éste de gran importancia dado el concepto de bienes afectos que hemos formulado, que incluye a los bienes en su día vinculados de hecho a la actividad empresarial, pero hoy afectados por un cierre, si ello beneficia al concurso. Y en el caso del juez que resuelve las impugnaciones, podrá apreciar en conjunto las alegaciones que se hagan respecto de cada bien en particular, lo que le permitirá una decisión más precisa. De hecho, el artículo 96.4 LC, en la redacción que le ha dado la ley 13/2009, para la implantación de la Oficina Judicial, prevé que las impugnaciones se acumularán de oficio por el juez para resolverlas conjuntamente en una única sentencia. Por otro lado, dificultaría el buen desarrollo del procedimiento el que la administración concursal o el juez se fueran pronunciando sobre el carácter afecto o no de los bienes [oyendo primero y con posibilidad de impugnación después por la vía del incidente concursal al acreedor hipotecario, deudor concursado y demás partes personadas o interesados (arg. ex. art. 96.1 y 2 LC)], anticipando la solución a ofrecer en el inventario, cada vez que un acreedor hipotecario quisiese iniciar o reanudar la ejecución sobre un bien del concursado, pues podrían generarse abultadas impugnaciones que el juez del concurso debería resolver una por una. En cambio, con la interpretación sustentada, el juez solamente deberá dictar una sentencia, resolviendo conjuntamente todas las impugnaciones planteadas frente a la calificación de todos los bienes objeto de hipoteca.

tración concursal y demás partes personadas o interesados (arg. ex art. 96.1 LC). La cuestión de la afección o no de los bienes, así como del fin o no de la paralización (141), podrá volver a suscitar nuevas discrepancias entre todos los citados que nuevamente requerirían de un incidente concursal, en el que podrían ser parte en defensa de sus intereses (p. e., el acreedor hipotecario Municipio alega que la unidad productiva cerrada, tras el cambio de circunstancias, debe ser considerada bien no afecto, porque lo contrario, aunque beneficie al concurso, ocasiona un grave perjuicio al interés público). En conclusión, pues, entendemos que procede que la Administración concursal opere del modo explicado, pero ello no obviará una decisión ulterior del juez del concurso cuando se pretenda iniciar o reanudar la ejecución hipotecaria, dado un posible cambio de circunstancias. De ahí que podamos afirmar que, en definitiva, es al juez del concurso a quien corresponde la decisión sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes.

V. LOS PRESUPUESTOS DE LA PARALIZACIÓN Y SUSPENSIÓN

La doctrina ha señalado los siguientes presupuestos para la aplicación del artículo 56: la afectación del bien; la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (art. 90.2 LC lo exige para que el crédito tenga el carácter de crédito privilegiado); la declaración de concurso; la exigibilidad de la obligación garantizada (la deuda está vencida y el deudor ha incumplido la obligación); la integración del bien en la masa activa; la integración del crédito garantizado en la masa pasiva y en la lista de acreedores, de acuerdo con el artículo 86.2 LC.

5.1. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

La paralización –dice Sánchez Rus– es efecto de la declaración de concurso [*vid*. título III de la LC, capítulo II], luego ésta es un presupuesto de la paralización. Dicho efecto se produce desde la fecha del auto. [El art. 21.2 LC señala que el auto producirá sus efectos

(141) Esta cuestión sólo podrá ser discutida por deudor, acreedor hipotecario y administración concursal.

de inmediato. A la misma conclusión se llega examinando la letra del art. 56.1: los acreedores no podrán iniciar la ejecución de la garantía hasta que transcurra un año *desde la declaración de concurso* sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.] Correlativamente, la conclusión del concurso determina el fin de la paralización. La suspensión se materializa desde que la declaración de concurso consta en el correspondiente procedimiento, pero el *dies a quo* de la suspensión es el mismo, dado que la ejecución suspendida podrá reanudarse en los términos previstos en el artículo 56.1.

La paralización/suspensión es automática, no requiere de comunicación a los acreedores (art. 21.4), ni de cumplimiento de los requisitos de publicidad (arts. 23 y 24). No obstante, la oponibilidad a terceros, como señala SÁNCHEZ RUS, precisará de la anotación en el correspondiente registro (art. 24.4). La anotación impide que pueda iniciarse un procedimiento de ejecución singular sobre bienes hipotecados, pues la circunstancia de estar el ejecutado sometido a concurso se pondrá de manifiesto en la certificación de dominio y cargas que ha de expedir el registrador (art. 656 y 688 LEC). [El juez que esté conociendo advertirá que no es competente para la tramitación del mismo (art. 57.1 LC y 8.3.)] Igualmente, una vez extendida la anotación, el registrador denegará la inscripción de los títulos de los que resulte la ejecución de una garantía en procedimiento seguido ante un tribunal no competente, distinto del juez del concurso (art. 100 LH y 100 RH en relación con los artículos 86 ter. 3.º LOPJ y 8.3.º y 57 LC) (141 bis). De este modo, la anotación impide el surgimiento de un tercero hipotecario (142). Por el contrario,

(141 bis) Pero téngase en cuenta el caso y la doctrina sentada por la RDGRN de 28 de noviembre de 2007 (RJ/2007/8242).

(142) Será difícil que se plantee este supuesto, ya que una vez extendida la anotación, si los procedimientos de ejecución ya estaban iniciados y no estaba expedida la certificación de dominio y cargas, al emitir ésta, se hará constar la situación concursal y si ya estaba expedida la certificación de dominio y cargas, el registrador debe comunicar al juez la circunstancia de haberse extendido tal anotación preventiva según los artículos 135 LH y 143 RH. (Tras la Ley 13/2009, la comunicación es al Juzgado o Tribunal).

Por otro lado, es difícil que pueda llegar a ejecutarse una garantía hipotecaria ante juez diverso del juez del concurso, una vez declarado éste e iniciada aquélla antes de tal declaración. Si el concurso fue voluntario, a la solicitud el deudor debió acompañar (art. 6) una relación de acreedores, en la que debió indicarse los acreedores que hubieran reclamado judicial-

si no se practica la anotación, el acreedor podría promover, incluso de buena fe, la realización de la garantía al margen del procedimiento concursal, puesto que el tribunal competente, según la reglas generales, podría no tener conocimiento del concurso del ejecutado. Las actuaciones procesales serían nulas (art. 225.1.º LEC), pero la inscripción del título del que resulte la enajenación, el remate o la adjudicación del bien [art. 674 LEC (143)] podría conducir –opina SÁNCHEZ RUS– a la aparición de un tercero hipotecario, cuya adquisición sería inatacable (144). Este supuesto, de darse, se plantearía en caso de ejecución de bienes no afectos, pues si se trata de bienes afectos, el ejecutado tendrá interés en hacer constar su situación concursal en el procedimiento para obtener la suspensión de la ejecución (145).

---

mente el pago, identificando el procedimiento correspondiente e indicando el estado de las actuaciones (art. 6.2.4.º para reclamaciones judiciales y 6.2.3.º para reclamaciones extrajudiciales). Si el concurso fue necesario, en el auto de declaración se hizo requerimiento al deudor para que presentase en el plazo de diez días, a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6 y, por tanto, la relación dicha con los procedimientos en curso. La administración concursal, nombrada en el auto de declaración de concurso, y que debe aceptar el cargo en breve plazo, artículo 29 LC, estará rápidamente en disposición de conocer los procedimientos pendientes, por tanto, y de realizar las comunicaciones oportunas a los jueces civiles. Aparte del genérico deber de colaboración e información del deudor (art. 42 LC), que puede permitir igualmente el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias en curso.

(143) Este precepto ha sido modificado por la Ley 13/2009, para la atribución de competencias al secretario judicial.

(144) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal*". Op. cit.*, pp. 1053 y 1054.

(145) No obstante, también es difícil que se plantee este supuesto, dado que el artículo 24.5 LC prevé el traslado de los oficios con los edictos para la práctica de las anotaciones preventivas por vía telemática desde el juzgado al Registro de la Propiedad. Excepcionalmente, y si ello no fuera posible, los edictos se entregan al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en el artículo 24.4. Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el juzgado a los correspondientes registros. En tanto no sea firme, el auto de declaración de concurso será objeto de anotación preventiva. (Art. 24, en su redacción dada por el Real-Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo.) Ade-

5.2. LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

La paralización presupone que se puede ejecutar la garantía, lo que sucede, cuando vencida la obligación, el deudor incumple. No hay vencimiento anticipado por la declaración de concurso, sino por la liquidación. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará 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 por la administración concursal. El pago es un mero acto de administración [arts. 43.1, 61.2 (146), 84.2.6.º LC]. Si la obligación no ha vencido o no se ha producido el incumplimiento, no se puede ejecutar la garantía (art. 1858 CC y art. 129 LH) (147).

5.3. LA INTEGRACIÓN DEL BIEN EN LA MASA ACTIVA

Señala el artículo 76 que constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo (y que no deberían haber salido en la forma en que lo hicieron del patrimonio del deudor) o los que adquiera hasta la conclusión del procedimiento. El bien hipotecado que pertenece al deudor forma parte, pues, de la masa activa del concurso. La paralización afecta a las garantías hipotecarias sobre *bienes [o derechos, por ejemplo, derecho de usufructo] del concursado* (art. 56.1); por tanto, sobre bienes integrados en la masa activa. Si los bienes hipotecados no

---

más hay que contar con el deber de colaboración e información del deudor, que deberá notificar a la administración concursal el nuevo procedimiento iniciado para que ésta pueda solicitar su suspensión.

El artículo 24, párrafo 3.º del apartado 5, tras la Ley 13/2009, ha quedado redactado del modo que sigue:

"Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente *por el Secretario judicial* a los correspondientes registros."

(146) Este precepto ha sido modificado para la atribución de competencias al secretario judicial por la Ley 13/2009.

(147) SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, y SÁNCHEZ RUS, Adelaida: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal*". Op. cit.*, p. 1055.

están integrados en la masa activa, no se ven afectados por la paralización. Así, cuando el concursado, antes de la declaración de concurso, transmitió el bien gravado a un tercero que no asumió la obligación garantizada (art. 1205 CC y 118 LH, tercer poseedor) o cuando fue un tercero el que hipotecó bienes en garantía de la deuda del concursado. En estos casos podría pensarse que el acreedor puede ejecutar su garantía libremente, ante el juez civil competente territorialmente. Sin embargo, VILLORIA RIVERA (148) opina que en este caso será competente el juez del concurso, sobre la base del artículo 8 LC. Lo mismo entiende CARRASCO PERERA, para quien "la «procedencia» es una resolución que dictará en todo caso el juez del concurso, incluso si la ejecución «separada» es de aquellas garantías que no están afectadas por el artículo 56 LC, bien por haber sido prestadas o por pertenecer a un sujeto que no es deudor personal [tercero hipotecante y tercer poseedor distinto del concursado, respectivamente], bien por recaer sobre bienes no afectos a la explotación empresarial del concursado. Ya hemos dicho antes que a éstas no se refiere propiamente el artículo 57 LC, pero creo que han de someterse en su ejecución igualmente a la competencia objetiva del juez del concurso (arts. 86 ter 3.º LOPJ y 8.3.º LC)". A nuestro juicio, el artículo 8.3.º LC, literalmente, no ofrece base para esta competencia, pero puede pensarse que entra en su espíritu si consideramos que el acreedor que ejecutará la hipoteca en estos casos tiene un crédito contra el concursado que insinuará en el concurso, y que hará valer en su condición de acreedor ordinario, en la medida en que no se satisfaga con el producto de la realización. Por consiguiente, aun cuando en esa ejecución separada no va a quedar un remanente que deba ingresarse en el concurso (el remanente quedará a disposición del tercero propietario), los acreedores concursales tendrán interés en que el precio de realización sea lo más elevado posible, para que el acreedor hipotecario no tenga que satisfacerse en parte con los bienes integrados en la masa del concurso, concurriendo con los demás acreedores ordinarios. Por tanto, existe un interés de los acreedores concursales en controlar y participar en dicha ejecución, y ello justificaría que la competencia para tal ejecución correspondiese al juez del concurso.

(148) VILLORIA RIVERA, I.: "Las garantías reales en la Ley Concursal", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Núm. 2, 2005, p. 229.

En caso de concurso del tercero hipotecante, la ejecución hipotecaria se paralizaría por razón del concurso de éste, ya que estaríamos en presencia de un concursado hipotecante no deudor (*vid*. más adelante lo que decimos para este supuesto) y de la ejecución conocería el juez de este concurso. Nos apartamos, pues, de Carrasco Perera (149) y Salinas Adelantado (150), para quienes la pretensión ejecutiva no se paralizaría en caso de concurso del garante. Tal afirmación no sería exacta, por lo menos en lo relativo al tercero hipotecante.

También se podrá ejecutar la garantía si con posterioridad a la declaración de concurso los bienes gravados se separan de la masa activa. Por ejemplo, porque son enajenados antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la liquidación, con autorización judicial (art. 43.2), o porque resultan ser de propiedad ajena y se entregan a sus legítimos titulares (art. 80) (151).

5.4. LA INTEGRACIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO EN LA MASA PASIVA

Señala el artículo 49 LC que, declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no [por tanto, también el acreedor privilegiado hipotecario], cualesquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes. Sobre dichos acreedores, el capítulo II del título III de la LC prevé una serie de efectos de la declaración de concurso, entre ellos, los de paralización y suspensión de las ejecuciones hipotecarias del artículo 56. Parecería, pues, que si el crédito hipotecario no está integrado en la masa pasiva del concurso, no procede la paralización. Es lo que sostienen Sánchez Rus y Carrasco Perera (152). Así, dice el primero, ocurre en el caso de que el concursado soporta el gravamen hipoteca-

(149) Carrasco Perera, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal. Op. cit.,* p. 99.

(150) Salinas Adelantado, Carlos: *Las garantías reales en la Ley concursal… Op. cit.*, pp. 3872 a 3877.

(151) Sánchez Rus, Heliodoro, y Sánchez Rus, Adelaida: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal*". Op. cit.*, pp. 1056 y 1057.

(152) Carrasco Perera, A: *Los derechos de garantía en la Ley concursal. Op. cit.*, p. 99.

rio, pero no es deudor de la deuda garantizada, caso en que es tercer poseedor de la finca hipotecada. Se trata de que el concursado, antes de la declaración de concurso, adquirió un bien hipotecado sin asumir la obligación garantizada (art. 1205 CC y 118 LH). El concursado queda sujeto a la responsabilidad real, o sea, debe soportar la ejecución hipotecaria, aunque no haya asumido la responsabilidad personal. El conflicto de intereses que se plantea entre el acreedor hipotecario y la masa pasiva es el mismo (la ejecución disgrega el patrimonio del concursado, dificulta la continuidad de la actividad empresarial, dificulta la consecución de un convenio de continuación del artículo 100.2.2.º o del artículo 100.5 o un convenio de fusión o escisión e impide la enajenación en globo de la empresa); sin embargo, dice el autor, parece que el legislador ha optado por proteger al acreedor hipotecario en el artículo 56.4. Sánchez Rus opina que se procede de este modo pensando que, de lo contrario, cualquier deudor hipotecario podría transmitir a un concursado o a una persona próxima a la insolvencia el bien, defraudando la posición del acreedor hipotecario y dando lugar a la paralización de la ejecución de su garantía, quedándole sólo a éste la posibilidad de acudir a la rescisión de la enajenación por fraude (art. 1291.3.º CC). Esta situación podría plantearse dado que la constitución de un derecho real de garantía no limita las facultades dispositivas del titular de la finca (art. 118 LH), ni cabe estipular una prohibición de disponer (art. 26 y 27 LH y reiteradísima jurisprudencia de la DGRN, últimamente en Res. de 27 de enero de 1986, 8 noviembre 1991, 24 de abril de 1992 y 15 de julio de 1998) (153). Para la evitación de ese problema, en este caso de concursado tercer poseedor, el acreedor hipotecario podría ejecutar sin limitación su garantía.

Defienden también que la ejecución hipotecaria no se paraliza ni se suspende cuando el concursado es tercer poseedor, aunque el bien sobre el que recaiga sea un bien afecto; Salinas Adelantado (154), Curiel Lorente (155), Domínguez de Calatayud (156), Zubiri de

(153) Sánchez Rus, H., y Sánchez Rus, A.: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal". *Op. cit.*, pp. 1057 y 1058.

(154) Salinas Adelantado, C.: "Las garantías reales en la Ley concursal: una reforma parcialmente reorientada". *Op. cit.*, pp. 3872 a 3877.

(155) Curiel Lorente, F.: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal". *Op. cit.*, p. 4864.

SALINAS (157), BLANQUER UBEROS (158), PULGAR EZQUERRA (159) y HERBOSA MARTÍNEZ (160).

Sin embargo, la cuestión no es pacífica en la doctrina. Otros autores interpretan que el tercer poseedor a que se refiere el artículo 56.4 no es el tercer poseedor en sentido técnico regulado por la LH y la LEC, sino un simple poseedor. Así dice MAIRATA LAVIÑA: "El apartado cuarto del artículo [56] excluye el efecto paralizante o suspensivo de esta medida respecto de aquellos bienes *simplemente poseídos* por el deudor pero que garantizan obligaciones ajenas al concurso. Es decir, la ejecución de un bien dado en garantía de una obligación no podrá nunca paralizarse so pretexto de que dicho bien es utilizado, poseído, aprovechado o disfrutado por un deudor en situación concursal no propietario del mismo, por muy esencial que sea dicho bien para la actividad empresarial o profesional del citado concursado" (161). El supuesto sería pues el de un bien propiedad de un tercero, hipotecado por dicho tercero, del que el concursado es simple poseedor (arrendatario, precarista, …). Se trataría de un supuesto de concurrencia de ejecuciones, colectiva por un lado y singular por otro. Colectiva (concurso) contra el sujeto que tiene un bien inmueble afecto a su actividad profesional o empresarial, pero que no es propietario del mismo, sino simple poseedor. Y singular, contra ese mismo bien poseído por el anterior, pero a causa del impago de la obligación garantizada con hipoteca sobre él, de la que

(156) DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD, V.*:* "Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio", en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (Coord.): Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 4894.

(157) ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: "Hipoteca y concurso*". Op. cit.*, pp. 302 y ss.

(158) BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales en el concurso. Op. cit.*, pp. 131 a 135.

(159) PULGAR EZQUERRA, J.: "El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal*". Op. cit.*, pp. 1446 y ss.

(160) HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso". *Op. cit.*, pp. 316 y 317.

(161) MAIRATA LAVIÑA, J.: "Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales", en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*. PULGAR EZQUERRA, J; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C.; ALCOCER GARAU, G. (Coords.). Tomo I. Dykinson, SL, Madrid, 2004, p. 705.

es deudor el sujeto propietario del bien en cuestión. Si el concursado fuese tercer poseedor [adquirente del dominio, nuda propiedad, usufructo, dominio directo o dominio útil (art. 127.3 y 4 LH y 662.2 LEC)] quedaría sujeto el acreedor hipotecario al mismo régimen que si el concursado fuese propietario hipotecante. En efecto, como apunta ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, el artículo 56.1 y 2, para determinar la paralización de las ejecuciones, se fija sólo en si la finca está afecta o no a la actividad empresarial, *sin hacer diferencias para el caso de que el concursado, actual propietario del inmueble gravado, sea el mismo que lo hipotecó o un tercer poseedor.* La solución del artículo 56.4, entendido literalmente, no encaja bien con el espíritu de la nueva regulación que la LC da a los procedimientos de ejecución colectiva, en que la paralización de las ejecuciones se establece como medida al servicio del mejor desarrollo del procedimiento concursal y en aras también de tratar de mantener la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, por entenderse que esto redunda o puede redundar en beneficio de todos, del propio deudor, de los trabajadores y del concurso. Hay, pues, un problema de encaje entre las previsiones del artículo 56.1 y 56.2 y 56.4 si este último se toma literalmente. Es cierto que el entender por tercer poseedor "simple poseedor" hace a la norma del artículo 56.4 superflua, ya que llevará a un resultado que vendría dado por aplicación de las normas generales en la materia (que tendrían en cuenta cuál sea el objeto de la hipoteca, el derecho que sobre el inmueble tenga ese poseedor y las fechas de constitución de ambos, así como las posibilidades que legalmente se conceden a ese sujeto para intervenir de alguna forma en la ejecución), pero es la única forma de que pueda encajarse en el articulado de la Ley sin excesivas perturbaciones (162). Desde este punto de vista, la integración del crédito garantizado en la masa pasiva del concurso no es presupuesto imprescindible de la paralización de ejecuciones hipotecarias.

En nuestra opinión, si bien el argumento de que dispone el acreedor hipotecario para no quedar afectado por la paralización es que él no es acreedor del concursado y, como tal, no deben afectarle los

(162) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: "Los créditos hipotecarios y el procedimiento concursal: a propósito de la nueva regulación dispuesta en la Ley 22/2003 (nota legislativa)", en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 110, 2004, pp. 3657 a 3661.

efectos de la declaración de concurso, no hay que olvidar que dicho acreedor puede exigir una responsabilidad hipotecaria que hace valer frente a un concursado. Desde esta perspectiva, dicho concurso puede afectarle. Como se ha apuntado antes, deudor, trabajadores y acreedores están interesados en la paralización. La paralización beneficia la continuidad empresarial, permitiendo obtener unos ingresos que engrosen la masa activa; dichos ingresos pueden permitir, a su vez, incluso aunque haya finalmente ejecución separada por darse las condiciones del fin de la paralización, liberar el bien de la responsabilidad y rescatarlo para la masa del concurso, siendo el bien relevante para la obtención de un convenio de continuidad del artículo 100.5 o de fusión o de escisión o un convenio con asunción. Por otro lado, la paralización abre también la posibilidad de una venta en globo de la empresa. Por otro lado, si al tercer poseedor se le impone la obligación de la insinuación, como defienden en Italia ciertos autores (163), si bien nosotros no nos pronunciamos al respecto, podría vincularse al convenio, favorecido en todo caso por la paralización.

Para la consideración de la afección de los bienes habrá que estar a lo que expusimos en el epígrafe correspondiente.

Si la enajenación que realizó el propietario hipotecante al concursado fue fraudulenta, lo cual es apreciado por el juez del concurso, debería permitirse la ejecución hipotecaria, pues tampoco los intereses del concurso y de los trabajadores pueden ser defendidos de una manera absoluta, incluso ante situaciones de fraude.

Como ya expusimos, si hay ejecución, ésta tendrá lugar ante el juez del concurso.

Si el concursado es hipotecante no deudor, el caso es análogo al del concursado tercer poseedor, pues en esencia el concursado queda sujeto a una responsabilidad real, sin estar sujeto a responsabilidad personal. La solución, pues, siendo el mismo el conflicto de intereses entre el acreedor hipotecario y la masa pasiva y los

(163) Cfr. GARRIDO, J. M.ª: *Tratado de las preferencia del crédito.* Editorial Civitas. Madrid, 2000, p. 648, nota 103. La insinuación se verificaría, limitada a la cuantía que resulte de la ejecución del bien afecto, sin recurso adicional contra el fallido. Es decir, contra el tercer poseedor el acreedor hipotecario sólo podría comunicar su crédito como privilegiado. (CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía en la Ley concursal*. *Op. cit.*, p. 98.)

trabajadores, debería ser la misma. Como el artículo 56.1 habla de la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre *bienes del concursado siempre que sean afectos*, ello abunda en lo anterior. Incluso SÁNCHEZ RUS, que defiende la no paralización de las ejecuciones hipotecarias en caso de concursado tercer poseedor, en este caso dice que el acreedor habrá tenido la posibilidad de valorar la solvencia de quien constituye la garantía, por lo que no procede la extensión de la excepción establecida para el caso del tercer poseedor. O sea, que se paralizará la ejecución hipotecaria. Todo ello sin perjuicio de que la constitución de tal garantía quede sujeta al régimen de las acciones de reintegración (164). Discrepamos así de CARRASCO PERERA (165) y SALINAS ADELANTADO (166), que mantienen una posición contraria a la expuesta.

De la ejecución que pueda producirse, vencido el plazo de paralización, conocerá el juez del concurso según la regla general (art. 8.3 LC), dado que, si hay remanente, se integra en el concurso, por lo que la masa pasiva tiene interés en controlar esta ejecución.

Para la consideración de la afección de los bienes habrá que estar a lo que expusimos en el epígrafe correspondiente.

VI. LA INCLUSIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO EN LA LISTA DE ACREEDORES

Para ZUBIRI DE SALINAS (no así para SÁNCHEZ RUS), la inclusión del crédito garantizado en la lista de acreedores es también presupuesto imprescindible de la paralización/suspensión. Sin embargo, no parece que las cosas sean así. La paralización/suspensión se produce automáticamente por la declaración de concurso, como ya explicamos. La inclusión del crédito garantizado en la lista de acreedores es, como dice SÁNCHEZ RUS, presupuesto necesario para la efectividad del privilegio especial que la ley anuda a la garantía hipotecaria.

(164) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal". *Op. cit.*, pp. 1057 y 1058.

(165) CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal. Op. cit.,* p. 99.

(166) SALINAS ADELANTADO, Carlos: "Las garantías reales en la Ley concursal…". *Op. cit.*, pp. 3872 a 3877.

Como se desprenderá de lo que diremos a continuación, el acreedor hipotecario, en todo caso, ha de insinuar su crédito en el concurso, sometiéndose en este sentido al mismo trato que tiene la generalidad de los acreedores (167) (168).

(167) BROSETA, para el Derecho anterior a la LC y a la LEC, argumentaba a favor de la insinuación en todo caso con un razonamiento interesante. Decía que la insinuación conviene a todos los acreedores comunes (interesados en conocer el importe de las garantías reales constituidas a favor de terceros, garantías que reducen la masa activa disponible en su favor), pues por ínfimo que sea su crédito tienen derecho a conocer el activo y el pasivo del deudor quebrado, simplemente con acudir al Juzgado, sin que deba sometérseles a la desagradable sorpresa de la posterior aparición de acreedores hipotecarios que no figuran en la masa judicial. Además, decía, es el único medio para asegurar fehacientemente que los acreedores hipotecarios han de aportar a la masa activa concursal el exceso de la ejecución de sus garantías y han de solicitar el cobro del defecto, como acreedores escriturarios debidamente reconocidos (art. 919 CCom). Ahora sería, como acreedores ordinarios (art. 157.2.º LC). (BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho mercantil*. 9.ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1991, pp. 712 y 713).

(168) Se insinúan créditos hipotecarios nacidos antes de la declaración de concurso y vencidos y, por tanto, exigibles, pero también los nacidos y por aplazados, no vencidos. El acreedor deberá comunicar la totalidad del crédito nacido y sólo en la apertura de la fase de liquidación se producirá el vencimiento anticipado.

Según el artículo 49 LC, todos los acreedores del deudor, una vez declarado el concurso, quedan de derecho integrados en la masa pasiva del concurso. Se trata de un efecto de derecho material inherente a la declaración de concurso, que crea en abstracto la masa pasiva. "Ahora bien, la traslación de este importante efecto de derecho material al ámbito procesal necesita que la integración puramente jurídica de los acreedores en la masa se acompañe de determinados actos procesales y operaciones materiales que concreten y actualicen en el concurso aquella abstracta y poco precisa declaración del legislador. Entre ellos, uno de los más importantes es el de comunicación de créditos." Por la comunicación el acreedor concursal se transforma en acreedor concurrente. (YANES YANES, P.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentarios a la legislación concursal.* PULGAR EZQUERRA Y ALONSO UREBA (Coords.). Tomo I. Dykinson, SL, Madrid, 2004, p. 863.

La insinuación seguida del reconocimiento de los créditos se encamina, pues, a la determinación de los créditos concursales, tras la cual se procede a su clasificación (arts. 89 a 92) con el fin de proceder, en su caso, a una distribución ordenada de la masa concursal, así como de fijar los derechos que correspondan a cada acreedor en relación con el convenio. (CORDERO LOBATO, E.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentarios a la Ley Concur-*

Es cierto que la administración concursal, de acuerdo con el artículo 86.1 *in fine* y 86.2, deberá incluir necesariamente en la lista de acreedores (reconocimiento forzoso) los créditos asegurados con

sal. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). Vol. I. Artículos 1.º a 115 de la Ley 22/2003. Editorial Tecnos. Madrid, 2004, p. 1008.

Defiende la insinuación del crédito hipotecario en el concurso CORDERO LOBATO (*Op. cit.*, p. 1010), HERRERA CUEVAS (HERRERA CUEVAS, E.: *Manual de la reforma concursal.* Europea de Derecho. Madrid, 2004. Nota 235, pp. 421 y 422.), BERMEJO (BERMEJO, N.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coords.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1531 y 1532)

Cabe argumentar a favor de esta posición que el artículo 21.1.5.º no hace distinción alguna entre acreedores; el apartado 4 del artículo 21 obliga a la administración concursal a poner en conocimiento de los acreedores el *deber* de comunicar sus créditos; el artículo 85.1 dice imperativamente que "los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos"; el acreedor en su comunicación debe expresar la calificación que pretende y si invocare un privilegio especial debe indicar los bienes y derechos afectados; el principio de universalidad que informa la masa pasiva incluye a la totalidad de los créditos concursales, lo que podría interpretarse como que aún los acreedores que ostentaren un privilegio especial hipotecario deben comunicar sus créditos. (Cfr. SASTRE PAPIOL, S.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* SAGRERA TIZÓN, J. M.ª; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A. (Coords). Tomo II. Articulos 71 al 162. Editorial Bosch, SA. Barcelona, 2004, pp. 1058 y 1059). Por otro lado, si un acreedor hipotecario cobra en la liquidación colectiva, para ello es preciso que haya sido incluido como acreedor concursal en la lista de acreedores. Como el acreedor hipotecario puede verse abocado a la liquidación colectiva de acuerdo con el artículo 57.3, le resultará necesario haber insinuado su crédito en el concurso.

Sin embargo, entiende que el acreedor hipotecario está dispensado del deber de comunicar su crédito, ya que éste es de reconocimiento necesario, si bien es recomendable que efectúe su insinuación; SASTRE PAPIOL (SASTRE PAPIOL, S.: "Comentario al artículo 86 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.ª; SALA REIXACHS, A.; FERRER BARRIENDOS, A. (Coords).Tomo II. Articulos 71 al 162. Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2004, pp. 1069 y 1070). La misma posición sostiene PULGAR EZQUERRA Y SALINAS ADELANTADO (SALINAS ADELANTADO, C. "Las garantías reales en la Ley concursal…". *Op. cit.*, pp. 3867 a 3870). Sin embargo, esta posición no parece acertada, pues aunque los créditos hipotecarios sean de reconocimiento necesario es posible que la cuantía del crédito no conste en el procedimiento concursal, lo que hará inviable el reconocimiento forzoso. Ello evidencia que el acreedor hipotecario tiene la carga de comunicar su crédito. En este

garantía real inscrita en registro público, que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso, pero el acreedor no tiene la seguridad de que su crédito conste en el concurso (normalmente sí, a través del inventario, como ya dijimos), ni, sobre todo, de que esté con todas sus características completas de cuantía, vencimiento, etc., por lo que resulta obvio que deberá comunicar su crédito. Por otro lado, como afirma LOBATO CORDERO, el que ciertos créditos sean de reconocimiento obligado, como los asegurados con garantía real inscrita en registro público, no exime a los acreedores de la carga de comunicarlos oportunamente, carga que se desprende del artículo 85.1 y 21.4 LC y que será premisa indispensable del reconocimiento forzoso, si el crédito no constaba en el concurso (169). Finalmente, siempre resultará mucho más complicado impugnar la lista de acreedores si el crédito no está

---

sentido se pronuncia HERBOSA MARTÍNEZ, para quien ha de tenerse en cuenta que de la escritura de hipoteca inscrita no se desprende la cuantía líquida del crédito que es objeto de reclamación en el concurso; sólo la comunicación del acreedor permitirá determinar la cantidad que se pretende hacer efectiva mediante la garantía en el concurso, puesto que del título inscrito sólo deriva la deuda inicial, pero no la deuda actual" (HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso", p. 294.

Para SALINAS, A., la confirmación de su opinión la daría el artículo 92.1 cuando salva de la sanción de subordinación a los créditos que constaran de otro modo en el concurso (distinto de resultar de la documentación del deudor), como puede ser, dice, por estar inscritos en un registro público. Sin embargo, no es posible considerar que el crédito consta en el concurso por el hecho de estar inscrito en un Registro público. Tal consideración supone desplazar a la administración concursal la carga de la determinación de los créditos hipotecarios existentes, cuando dicha carga corresponde al acreedor. Además, el hecho de que el crédito esté inscrito en un Registro público no implica necesariamente que haya constancia de la cuantía a que asciende la deuda del concursado, luego no podría considerarse que el crédito consta en el concurso. Ahora bien, si a través de la elaboración del inventario se hubiese determinado la existencia de las garantías hipotecarias y por los datos registrales pudiese saberse la cuantía a que asciende la deuda hipotecaria, en tal caso el crédito constaría en el concurso y no quedaría sometido a la pena de subordinación. (La administración concursal debe elaborar un inventario en el que de cada bien y derecho se expresará los gravámenes que le afecten y para ello podrá acudir a la información suministrada por el Registro de la Propiedad a través del índice informatizado de fincas y derechos).

(169) CORDERO LOBATO, E.: "Comentario al artículo 85 LC". *Op. cit.*, p. 1008.

incluido o lo ha sido de forma incorrecta (art. 96.3 LC). De poner en relación el artículo 86 y 92.1.º resulta que si el crédito comunicado tardíamente ha sido ya incluido por la administración concursal como privilegiado, en nuestro caso, continuará con tal carácter. La comunicación tardía no puede perjudicar ese reconocimiento de oficio (170). Si los administradores concursales no hubieran incluido un crédito hipotecario que se deduzca de la documentación del deudor o constara en el concurso, y el titular del mismo lo comunicara tardíamente, también quedaría exceptuado de la regla de la subordinación en el caso de que el crédito se incluya por orden del juez (171).

Lo que decimos es para caso de ser el concursado deudor hipotecario y dueño de los bienes hipotecados. No prejuzgamos otros casos, como el del acreedor hipotecario que pretende hacer valer su responsabilidad hipotecaria frente al concursado tercer poseedor.

Para facilitar la insinuación, el artículo 21.4 LC prevé una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso. El problema es que esta comunicación, dado el plazo de un mes para efectuar la insinuación, a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso [art. 21.1.5.º, en su nueva redacción tras el Real Decreto-Ley 3/2009 (172)], puede demorarse ya que será preciso con carácter previo que los administradores concursales nombrados hayan aceptado el cargo [art. 21.1.2.º y 29 LC (173)] y que el concursado en concurso necesario haya aportado los documentos enumerados en el artículo 6 (art. 21.1.3.º) (174). No obstante, es

(170) VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "Comentario al artículo 85 Ley Concursal*",* en *Comentarios a la Ley Concursal.* CORDÓN MORENO, F. (Dir.). Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 671 y 673.

(171) GARRIDO, J. M.ª: "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E.: Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 1662.

(172) Dejamos aparte el tema de la comunicación de los créditos cuyos titulares residan en el extranjero.

(173) Este artículo ha sido modificado por la Ley 13/2009, para la atribución de competencias al secretario judicial.

(174) O haya puesto a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial [art. 45 LC, aparte de su deber de colaboración e información (art. 42 LC)].

cierto que los plazos previstos para estos dos últimos trámites son breves. El temor de que se demore la comunicación y otras razones que exponemos más adelante podrían inducirnos a formular la interpretación siguiente:

Hay que tener presente que la dicción del artículo 21.1.5.º resulta incompatible con la norma del artículo 23.2, que permite que el juez, *de oficio* o a instancia de interesado acuerde cualquier publicidad complementaria que considere *imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso*. Y con la norma del artículo 23.5, que prevé que el auto de declaración del concurso se insertará en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca, ya que, como indica el artículo 23.1, la publicidad de la declaración de concurso se realizará *preferentemente* por medios telemáticos, informáticos y electrónicos. Si de lo que se trata es de la efectiva difusión de los actos del concurso, y de su difusión preferentemente por medios telemáticos, no parece lógico que el plazo de comunicación de créditos se compute a partir del día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso. Dicho plazo debería computarse desde la última de las publicaciones efectuadas (175) (176). Sin embargo, esta interpretación, que amplía el plazo para la comunicación de créditos, puede chocar con la previsión legal de que las impugnaciones de los créditos hipotecarios, reconocidos obligatoriamente, pero cuya existencia y validez se cuestiona por la administración concursal, artículo 86.2, se verifiquen en el plazo de que dispone ésta para la emisión de su informe (dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos). Una ampliación del plazo de comunicación puede poner en dificultades a la administración concursal para llevar a cabo tales impugnaciones, y la ampliación del plazo para la emisión del informe sólo puede fundarse en

(175) Cfr. YANES YANES, P.: "Comentario al artículo 85 LC". *Op. cit.*, p. 868.

(176) La dicha comunicación a los acreedores es posible que no se realice a todos los acreedores existentes, pero es una forma efectiva de avisar a la mayoría de ellos de que se ha declarado el concurso. La publicación en el BOE, la inscripción en el Registro Público Concursal y en ciertos Registros, como el de la Propiedad o Civil, es la manera "formal" de dar a conocer esa declaración de concurso, pero no asegura materialmente el conocimiento por los acreedores.

circunstancias extraordinarias (art. 74.2). Esta consideración nos conduce a afirmar que, en cuanto a la comunicación de créditos, habrá que atenerse a la literalidad del artículo 21.1.5.º, salvo que la práctica demuestre que la ampliación de dicho plazo en el sentido explicado no perjudica a las facultades reseñadas de la administración concursal (177).

(177) Sobre el régimen de publicidad del concurso hay que tener en cuenta el artículo 6 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, así como su Disp. Adicional 3.ª y su Disposición Transitoria 2.ª

Disp. Adic. 3.ª Registro Público Concursal: "Se crea un Registro Público Concursal cuyo objeto es dar publicidad y difusión de carácter público a través de un portal en Internet, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, de todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales.

La publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos en el Registro Público Concursal surtirá los efectos previstos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Reglamentariamente se desarrollará la estructura, contenido y el sistema de publicidad a través de este Registro y los procedimientos de inserción y acceso, bajo los principios siguientes:

1.º Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución. Dicho extracto será remitido por el juzgado competente conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente.

2.º El Registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo.

Disp. Transitoria 2.ª Régimen de publicidad:

El Régimen de publicidad previsto en el artículo 6 de este Real Decreto-Ley entrará en vigor de acuerdo con lo que disponga el Real Decreto previsto en la disposición adicional tercera. No obstante, la modificación del apartado primero del artículo 23 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, entrará en vigor conforme a la disposición final tercera del presente Real Decreto-Ley [al día siguiente de su publicación en el BOE] y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación. [Se refiere a que en la nueva redacción del artículo 23.1 sólo es necesaria la publicación de la declaración de concurso en el BOE mientras que antes era imprescindible que se publicase también en un diario de los de mayor difusión en

La insinuación del crédito debe realizarse por escrito que se presentará en el juzgado y debe ir firmado por el acreedor, por su representante o por cualquier otro interesado en el crédito. Entre otros datos, deberán constar en él los datos relativos al crédito: concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Como en el caso del acreedor hipotecario, se invocará un privilegio especial, deberá hacerse constar el bien o derecho afecto y, en su caso, sus datos registrales. Se acompañarán los originales o copias autenticadas del título o de los documentos relativos al crédito.

Transcurrido el plazo de comunicación de los créditos, corresponde a la administración concursal decidir acerca de su reconocimiento, el cual, como ya hemos dicho, es obligado respecto de los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público. La decisión de reconocimiento, reiteramos, deberá operar respecto de los créditos comunicados expresamente y respecto de aquellos que resulten de los libros y documentos del deudor, o por cualquier razón constaren en el concurso (comunicación simplificada, art. 86.1). No compartimos así la opinión de Cordero Lobato, que considera que, pese a los términos utilizados en el artículo 86.1, la administración concursal no debe proceder al reconocimiento de créditos no comunicados, aunque los mismos consten en el procedimiento por cualquier circunstancia, ya que de este hecho sólo se deriva la obligación de la administración concursal de proceder a la comunicación individualizada a cada uno de estos acreedores, informándoles de la declaración del concurso y del deber de comunicar sus créditos en

---

la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio.]

En todo caso, desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, las publicaciones que se remitan al BOE contempladas en el apartado primero del artículo 23, en el apartado segundo del artículo 95, en el artículo 144 y en el artículo 177 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán carácter gratuito siempre que así se acuerde por el Juez del concurso, por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa.

Cuando entre en vigor el Real Decreto previsto en la disposición adicional tercera, el régimen de publicidad previsto en el artículo 6 de este Real Decreto-Ley será también de aplicación para los procedimientos concursales en tramitación."

la forma establecida en el artículo 85 (178). Creemos que los términos del artículo 86.1 son suficientemente claros al respecto.

Como el crédito hipotecario es de reconocimiento forzoso, no podrá figurar en la lista de acreedores como excluido. Pero los acreedores disconformes con el reconocimiento realizado (por ejemplo, cuantía del crédito) pueden impugnarlo judicialmente (art. 96.3). La impugnación se tramita como un incidente concursal.

La razón de que sea obligado el reconocimiento de los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público es que gozan de la presunción de exactitud registral (art. 38 LH) (179). "La actividad previa desplegada primero por el fedatario autorizante del correspondiente documento público y su ulterior calificación por el encargado del registro público, integran una doble comprobación del nacimiento y legitimidad del crédito que puede relevar al órgano técnico de una expresa comprobación" (180). Dada la obligatoriedad de tal reconocimiento, la propia norma permite que la administración concursal pueda impugnar estos créditos. Se plantea la cuestión de cómo afecta esta impugnación a la calificación de los créditos. Mercadal Vidal y Béjar consideran que la impugnación convierte al crédito en litigioso, sin esperar al resultado de la misma. Esta posición plantea el inconveniente de que la impugnación indiscriminada sería una forma de volver a estos créditos hipotecarios en contingentes y privarles momentáneamente (suspensión) de los derechos de adhesión, voto y cobro, lo cual, según Valpuesta Gastaminza, plantea bastantes problemas y supone, de hecho, restar buena parte de la obligación que impone el artículo 86.2. Una

(178) Cordero Lobato, E.: "Comentario al artículo 86 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). Vol. I. Artículos 1.º a 115 de la Ley 22/2003. Editorial Tecnos. Madrid, 2004, p. 1015.

(179) Ello no significa que el crédito deba reconocerse siempre en la cuantía comunicada por el acreedor o por la resultante de los libros y documentos del deudor. Por tratarse de una garantía real inscrita, la presunción de legitimidad del Registro permite entender que el crédito existe en la forma publicada por el mismo, pero otra cosa es que la cuantía comunicada por el acreedor sea la que necesariamente deba incluirse en la lista. La administración concursal puede y debe revisar su importe, en el caso de que haya sido cuantificado defectuosamente, así como su calificación en el concurso.

(180) Yanes Yanes, P.: "Comentario al artículo 86 LC". *Op. cit.*, p. 880.

posición diversa sería la que consideraría a tales créditos impugnados como créditos sometidos a condición resolutoria. Según Nuria BERMEJO, tendrán la consideración de créditos sometidos a condición resolutoria todos aquellos supuestos en los que se presuma la subsistencia del derecho mientras no recaiga una resolución que la desvirtúe. Este es el caso de las garantías hipotecarias, de acuerdo con el artículo 1.3 y 38 LH. Por eso parece más ajustada, la consideración del crédito hipotecario impugnado como crédito sometido a condición resolutoria. En nuestra opinión, interesa sostener esta última posición, ya que de lo contrario se estaría poniendo un obstáculo a que el acreedor hipotecario pudiera vincularse *ab origine* al convenio y se crearían dificultades para la consecución de éste. El que los acreedores hipotecarios voten en Junta a favor del convenio puede animar a otros acreedores a hacer lo propio y lograrse así la aprobación de un convenio que favorezca los intereses de la masa de acreedores. Los efectos de la anulación del crédito hipotecario deberán regirse por lo establecido en el artículo 87.1 LC para los créditos sometidos a condición resolutoria: podrán anularse a petición de parte las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor hipotecario hubieren sido decisivos, manteniéndose las actuaciones en todo lo demás, sin perjuicio del deber de devolver a la masa, en su caso, las cantidades que el acreedor haya percibido y de la responsabilidad en que haya podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores (181).

Otra cuestión que plantea la impugnación es si suspende la ejecución hipotecaria. Según la profesora CUENA CASAS (182), la impugnación del crédito hipotecario por la administración concursal tiene la misma virtualidad que el artículo 695 LEC y suspende la ejecución. La ejecución que suspenda por fuerza ha de ser una ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso, que aún no estuviese suspendida por no constar el concurso en el procedimiento. Si el concurso ya constaba en esa ejecución, estará suspendida (art. 568 LEC y 56.2 LC), por lo que la impugnación del crédito insinuado no podría suspenderla, *pero impediría su reanudación.* En cuanto a ejecuciones que se inicien después de la declaración de concurso o que pretendan

(181) CORDERO LOBATO, E.: "Comentario al artículo 86 LC". *Op. cit.*, página 1018.

(182) Conversación privada.

reanudarse deberán esperar, según lo explicado, a la formación del inventario y al pronunciamiento de la administración concursal sobre el carácter afecto o no del bien, por lo que en el plazo para emitir su informe, que es el plazo que la administración concursal tiene para impugnar los créditos hipotecarios, no habrá ejecuciones hipotecarias que suspender, salvo las arriba mencionadas. Ahora bien, elaborado el inventario y la lista de acreedores, podrán iniciarse o reanudarse las ejecuciones hipotecarias que procedan, *salvo aquellas relativas a créditos impugnados por la administración concursal, dado el efecto suspensivo que tiene esta impugnación.*

La impugnación, según CUENA CASAS, se tramita por el incidente concursal (también sostiene esta afirmación Nuria BERMEJO y CORDERO LOBATO) y es resuelta por el juez del concurso. Discrepan así de VALPUESTA GASTAMINZA, para quien estas impugnaciones no serán conocidas por el juez del concurso, ya que, en su opinión, no están incluidas en las competencias del mismo según el artículo 8 LC y 86.ter LOPJ (183). En nuestra opinión parece que no debe tramitarse la impugnación a través del incidente concursal, ya que la LC en su artículo 86.2 habla de impugnación en juicio ordinario.

La impugnación tendrá que realizarse por la administración concursal en el plazo que tiene para la emisión del informe (legal o prorrogado, artículo 74.1 LC). Como señala VALPUESTA GASTAMINZA, esta posibilidad de impugnación no obsta, ni impide ni sustituye otras posibles impugnaciones que pueda entablar el concursado (art. 54 LC) u otros legitimados contra los créditos hipotecarios simulados, nulos, etc., de obligado reconocimiento en el concurso, todo ello según las reglas propias de la nulidad de esos créditos (184).

La falta de comunicación en plazo determina que el crédito hipotecario devenga subordinado (185). Para CORDERO LOBATO, esta san-

(183) VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "Comentario al artículo 86 LC". *Op. cit.,* pp. 682 y 683).

(184) Cfr. *op. cit.*, p. 683.

(185) La sanción de subordinación para los créditos comunicados tardíamente obedece a la finalidad de incentivar al acreedor para que comunique su crédito en plazo, dados los problemas organizativos y de gestión que ocasiona en otro caso. La insinuación no realizada en plazo no impide que se realice con posterioridad, antes de la confección de la lista de acreedores o al impugnar dicha lista ante el juez por la falta de inclusión, si bien la sanción de subordinación es tan relevante, que prácticamente al

ción procede incluso en aquellos casos en que el crédito constara de alguna forma en el procedimiento (186). Sin embargo, esta opinión no parece acertada, pues el tenor literal de la ley exceptúa de la subordinación los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza (art. 92.1.º LC) (187). En este sentido, YANES YANES (188). Ante lo expuesto, caben formularse varias preguntas cuya respuesta dejamos abierta: primera, si el crédito pierde por su calificación como subordinado la garantía hipotecaria; segunda, si puede haber trámite extraordinario de comunicación y reconocimiento, y tercera, cuál es la situación en que queda el acreedor hipotecario que no comunica su crédito hipotecario al concurso (y que no puede ser

acreedor moroso ya no le merece la pena el pedir su reconocimiento como subordinado. Como ya dijimos de la pena de subordinación, quedan exceptuados los créditos respecto de los cuales la administración concursal debió proceder a un reconocimiento de oficio: créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso. Se añaden también los créditos que constaren en otro procedimiento judicial o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas. De modo que si se inició una ejecución hipotecaria antes de la declaración de concurso, y se comunica tardíamente el crédito hipotecario, éste no queda afectado por la subordinación, ya que consta en otro procedimiento judicial. De este modo se atiende al problema de que el acreedor hipotecario que inició su ejecución ante el juez civil pueda conocer tardíamente la iniciación del procedimiento concursal.

(186) CORDERO LOBATO, E.: "Comentario al artículo 85 LC". *Op. cit.*, página 1012.

(187) La propia autora parece rectificarla en CORDERO LOBATO, E.: "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). Vol. I. Artículos 1.º a 115 de la Ley 22/2003. Editorial Tecnos. Madrid, 2004, p. 1097, donde señala que el elenco de excepciones previsto en el artículo 92.1.º significa que la morosidad en la comunicación de los créditos allí mencionados no determinará que sus titulares adquieran la condición de acreedores subordinados.

(188) YANES YANES, P.: "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C.; ALCOCER GARAU, G. (Dir.). Tomo I. Dykinson, SL Madrid, 2004, p. 926.

objeto de reconocimiento de oficio por no figurar su cuantía en el concurso). Unida a esta última pregunta cabe hacerse una cuarta: la de si al acreedor hipotecario que no insinuó en plazo le conviene más una insinuación tardía o no insinuar el crédito en el concurso.

VII. PARALIZACIÓN, SUSPENSIÓN Y CONTINUACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES AFECTOS

7.1. PARALIZACIÓN

Como ya hemos indicado, la paralización de la ejecución de garantías reales es uno de los efectos de la declaración de concurso sobre los titulares de garantías reales, paralización que debe encuadrarse en el marco más amplio de la paralización de todas las acciones ejecutivas individuales (art. 55 LC).

El plazo máximo de paralización es de un año desde el auto de declaración de concurso, pero el acreedor hipotecario, previsiblemente, no tendrá que ver paralizada su ejecución durante un año, dada la tramitación abreviada del procedimiento de los pequeños concursos (art. 190 LC en la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009), que reduce a la mitad los plazos previstos en la Ley, con la idea de que el procedimiento concluya en seis meses, y dada la posibilidad que el deudor no incurso en las prohibiciones del artículo 105 presente propuesta anticipada de convenio, cuya aprobación se produce en la fase común mediante adhesiones de los acreedores, sin necesidad de constituir la Junta de acreedores. (PULGAR EZQUERRA.) Igualmente, dada la posibilidad de presentar propuesta anticipada de liquidación [art. 142 bis LC (189)].

(189) Este artículo ha sido modificado por la Ley 13/2009, para la atribución de competencias al secretario judicial.

Se trata de una medida para agilizar el concurso en aquellos casos en que liquidar es mejor solución (incluso por ser irremediable) que convenir. La iniciativa para presentar la propuesta anticipada de liquidación queda reservada al deudor, a diferencia de lo que acontece en la fase de liquidación respecto al plan, que únicamente puede formularlo la administración concursal (ya que en la fase de liquidación el órgano técnico sustituye al deudor (art. 145.1.1.º LC). La propuesta se presenta durante la fase

Dada la necesidad de paralización, cualquier actuación judicial o extrajudicial, practicada en contravención del artículo 56 LC, será nula de pleno derecho (art. 55.3 LC).

La paralización tiene lugar tanto si el incumplimiento de la obligación principal asegurada hubiese sido anterior como si fuese posterior a la declaración de concurso (190).

---

común, hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal, con la finalidad de anticipar la apertura de la fase de liquidación a la fase común. La propuesta debe ir necesariamente acompañada de un plan (ex art. 6.4 LC) y debe ser necesariamente evaluada por la administración concursal, que podrá formular propuestas de modificación. También las partes personadas y demás interesados podrán formular observaciones en el plazo y condiciones establecidas en el artículo 96.1 y, aunque la nueva norma no lo diga expresamente, será recabado el informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación.

El juez, a la vista de las observaciones o propuestas formuladas, decidirá sobre la aprobación o rechazo de la propuesta anticipada de liquidación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 y los intereses del concurso. Resolverá mediante auto rechazar o aprobar la liquidación anticipada, bien en los términos propuestos, bien introduciendo modificaciones en la misma. El auto que apruebe el plan acordará la apertura de la fase de liquidación, produciéndose los efectos propios de la misma (así, p. e., vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados).

El pago a los acreedores se efectuará en los términos de lo establecido en la sección 4.ª, del Capítulo II, del Título V de la LC. El juez podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación. (YANES YANES, P.: "La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio", en *Diario La Ley.* Núm. 7161, viernes 24 de abril de 2009, p. 6.)

(190) Si al iniciarse el concurso todavía no hay incumplimiento del préstamo hipotecario, estaríamos en el supuesto del artículo 61.2: "La declaración de concurso, por sí sola, no afectará 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". El pago lo iría efectuando la administración concursal a los respectivos vencimientos. Si se produce un incumplimiento antes o después del convenio (caso en que se estaría pagando el préstamo con cargo al convenio) o antes de la liquidación, será posible una ejecución separada del crédito hipotecario, siempre que concurran los presupuestos del fin de la paralización o suspensión. Si se llegase a

La paralización de ejecuciones se produce desde el momento en que se dicta el auto de declaración de concurso (lo sepa o no el acreedor) y se mantiene mientras no se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de la hipoteca (191) o durante el transcurso de un año sin que se haya producido la apertura de la liquidación. Por tanto, la aprobación de un convenio de las características dichas o el transcurso de un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación determinan el fin de la paralización (192). La apertura de la fase de liquidación, antes

---

la liquidación con el régimen del artículo 61.2, se produciría en tal momento el vencimiento anticipado del crédito hipotecario (art. 146 LC) y el crédito que reste por pagar se satisfará sobre el precio de realización del bien, en la ejecución colectiva. No existe la posibilidad de ejecución separada, ya que el acreedor no ha iniciado sus acciones antes de la declaración de concurso.

(191) Ni al ejercicio del derecho de ejecución separada, pues podría pactarse en convenio aceptado por el acreedor hipotecario una quita y la renuncia a la ejecución separada. O una quita, respetando su privilegio de ejecución separada, caso en el que podría ejecutar al margen del concurso. En ningún caso el convenio podrá alterar la clasificación de los créditos establecida por la Ley, ni la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse (art. 100.3 LC).

(192) Desde la eficacia del convenio (o sea, desde la fecha de la sentencia de aprobación, artículo 133.1) cesan todos los efectos de la declaración de concurso y, entre ellos, la paralización (art. 133.2 LC). Parecería que como regla los acreedores privilegiados no quedan vinculados al contenido del convenio, articulos 123.2 y 134.2, salvo si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Sin embargo, la dicción del artículo 56 puede hacer que nos preguntemos si hay convenios que afectan al acreedor privilegiado, como se ha preguntado algún autor. Esta respuesta requeriría un estudio más detenido, en el que no podemos entrar.

Cuando el convenio llegue a ser vinculante para alguno de los acreedores privilegiados, habrá que estar al contenido del mismo en cuanto a las condiciones de exigibilidad de su crédito (art. 136 LC).

Si el acreedor hipotecario se ha vinculado al convenio (ha aceptado una quita, por ejemplo), pero éste preserva todos sus privilegios, podrá iniciar la ejecución separada.

Si transcurre un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la liquidación, también cesa la paralización automáticamente, siendo irrelevante que en ese momento el concurso se encuentre en fase común, por prolongación anormal de la misma o de convenio, no habiéndose llegado éste a aprobar. SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, y SÁNCHEZ RUS, Adelaida: "Comentario al artículo 56 LC", *Op. cit.*, pp. 1063 y 1064.

del transcurso del año, también determina dicho fin, según la mayoría de la doctrina, la cual entiende que en este caso no será necesario prolongar la paralización hasta que se complete el plazo del año, sino que deberá estarse a lo establecido en el artículo 57.3, el cual dispone que el acreedor que no hubiera ejercitado sus acciones con anterioridad a la declaración de concurso perderá el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Sin embargo, lo entiende de manera distinta DURO VENTURA, para quien, de abrirse la fase de liquidación dentro del plazo de un año, continuarán las limitaciones para el ejercicio de la acción real hipotecaria (193).

La paralización cesa también si desaparecen los presupuestos de la misma durante la tramitación del concurso (por ejemplo, separación de los bienes gravados de la masa activa por transmisión a un tercero) o si concluye el concurso.

Una vez concluida la paralización, el acreedor podrá ejercitar su acción ejecutiva, incluso aunque los bienes hipotecados se hubieren transmitido a un tercero de conformidad con el convenio (art. 100.2.II) o como resultado de la fusión o escisión de la entidad concursada (art. 100.3) (194).

Si el inicio de la ejecución se produce antes de la conclusión del concurso queda sometida ésta a la jurisdicción del juez del concurso. El juez deberá decidir sobre la procedencia del ejercicio de la acción, lo que supone verificar si concurren las circunstancias que determinan el cese de la paralización (art. 57.1). Si el inicio se produce una vez concluido el concurso, queda sometida la ejecución a la jurisdicción del juez o autoridad competente según las reglas generales (195).

La sujeción del concurso a las reglas del procedimiento abreviado no anticipa el cese de la paralización, pues este plazo no es un plazo procesal, como señala la doctrina. Discrepamos así de BELTRÁN, que

(193) DURO VENTURA: "Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.). Dykinson, p. 564. Esta posición puede permitir el mantenimiento de la actividad empresarial durante la fase de liquidación. En aras de la simplificación de nuestra exposición, hemos seguido la posición mayoritaria, pero entendemos que esta posición doctrinal de DURO VENTURA no es desdeñable.

(194) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 Ley Concursal". *Op. cit.*, pp. 1059 y 1060.

(195) *Op. cit.*, pp. 1064 y 1065.

considera que los plazos de paralización deben reducirse en caso de tramitación abreviada del concurso, pues de lo contrario el plazo de paralización sería de una duración injustificada (196).

Según CARRASCO PERERA, no hay prórrogas del plazo de paralización: "A pesar de las facultades que concede el artículo 62.3 al juez para enervar la resolución de los contratos en interés del concurso, tal facultad no tiene cabida en los casos del artículo 56.1, cuando hayan transcurrido los plazos de espera. Es decir, una vez agotado el plazo de la suspensión de ejecuciones, el juez (art. 62.3 LC) no puede volver a paralizar singularmente ninguna ejecución por considerar que ello corresponde a los intereses del concurso" (197).

Finalmente interesa destacar que ha habido autores (CARRASCO PERERA y Juana PULGAR) que han señalado que el plazo de paralización puede resultar perjudicial para el propio concurso. Aunque, en principio, la ley piensa que el plazo de paralización beneficia al concurso, no hay que descartar que de las circunstancias concurrentes en el caso concreto pueda en efecto derivarse un perjuicio para el propio concurso. En tal caso, si la iniciación de la ejecución separada fuese un mecanismo idóneo para beneficiar al concurso, debería permitirse que ésta tuviera lugar. CARRASCO PERERA propone la existencia de una norma implícita en el artículo 56, según la cual: "La administración concursal puede decidir dejar vía libre al acreedor para que reanude o inicie la ejecución singular antes de que haya transcurrido el plazo de espera del artículo 56, si justifican que tal medida es conveniente a los intereses del concurso", y añadimos nosotros que la paralización produce un perjuicio al concurso y no existen otras medidas más idóneas a adoptar. Dicha justificación deberá verificarse ante el juez del concurso, quien deberá oír al acreedor hipotecario y al deudor.

7.2. SUSPENSIÓN

De acuerdo con el artículo 56.2, las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones reales hipotecarias sobre bienes afectos a

(196) BELTRÁN, E.: "Pago de créditos contra la masa. Comentario al artículo 154 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.) Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 2437.

(197) CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal. Op. cit.*, pp. 116 y 117.

la actividad empresarial se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento, mientras no se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho real de hipoteca o en tanto no transcurra un año desde la declaración de concurso sin haberse abierto la fase de liquidación. Aunque el *dies a quo* de la suspensión venga determinado por la fecha del auto de declaración de concurso, para hacerse efectiva la suspensión, deberá constar el concurso en el procedimiento ya iniciado. Como señala CARRASCO PERERA, "la declaración de concurso ha de «constar en el correspondiente procedimiento» para que los efectos del artículo 56 LC, se impongan sobre los procedimientos de ejecución ya iniciados. No basta, pues, la mera declaración del concurso, para que la paralización deba resultar eficaz en tales casos. A estos efectos, no será de aplicación la regla de «eficacia inmediata» del auto declaratorio del concurso, que sanciona el artículo 21.2 LC" (198). Aunque los procedimientos de ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes no afectos a la actividad empresarial no están sujetos a la suspensión durante el transcurso de un año, deberán no obstante suspenderse también en cuanto conste el concurso en el procedimiento, a efectos de que se trasladen las actuaciones ante el juez competente, que es el juez del concurso, ante el cual proseguirán. [SÁNCHEZ RUS, BLANQUER UBEROS (199), VEIGA COPO (200).] Se suspende, por tanto, el procedimiento, ya sea judicial o extrajudicial y ya recaiga sobre bienes afectos o no (art. 568 LEC y art. 8.3 LC). Como señala SÁNCHEZ RUS, el artículo 568 LEC indica que el tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso, pero no se contempla en la LC directamente ningún trámite específico de notificación. La comunicación, pues, procederá por las siguientes vías: la suspensión deberá decretarse de oficio en el caso de que el juez o autoridad ante la que se esté tramitando la ejecución tenga conocimiento de la situación concursal a través de las medidas de publicidad del artículo 23 LC [o bien por

(198) *Op. cit.*, p. 113.

(199) BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales en el concurso. Op. cit.*, pp. 79 a 83.

(200) VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios concursales.* 2.ª edición. Editorial Comares, SL. Granada, 2006, pp. 76 y 77.

notoriedad o por indicación del propio juez del concurso, como señala RIBELLES (201)] (202). En caso de suspensión de las facultades de administración del concursado, la administración concursal debe sustituir a éste en los procedimientos judiciales en trámite [art. 51.2 (203)], por lo que la situación concursal del ejecutado resultará de la comparecencia que a aquel efecto lleven a cabo los administradores concursales. En caso de intervención, el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio (art. 51.3), por lo que será él quien llevará a cabo tal comunicación (204). Además, la constancia de la

(201) HERBOSA MARTÍNEZ considera, refiriéndose a las ejecuciones ordinarias (art. 55 LC) que "la práctica habitual es que el juez del concurso se dirija al juzgado ante el que se tramita la ejecución, poniendo en su conocimiento la declaración de concurso e interesando la suspensión, con efectos «desde el día de la declaración de concurso»." (HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso". *Op. cit.*, p. 314.

(202) Para HERBOSA MARTÍNEZ, no parece suficiente para proceder a la suspensión de la ejecución hipotecaria con que el juez que la esté conociendo tenga noticia de manera informal del procedimiento concursal, pues el *dies a quo* que fija en toda su extensión los efectos del concurso sobre las ejecuciones hipotecarias ha de ser un dato objetivo; será necesario, por tanto, que la declaración de concurso conste formalmente en el proceso. Así lo entiende también DURO VENTURA. A nuestro juicio, un conocimiento meramente privado del juez no sería suficiente para la suspensión del procedimiento. Pero el resultado es distinto si media la notoriedad o se ha conocido la publicidad del artículo 23 LC. En este sentido hay que tener en cuenta la nueva redacción del artículo 568 LEC: "1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución *cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso*.

2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso…"

(203) Este precepto ha sido modificado por la Ley 13/2009, para la atribución de competencias al secretario judicial.

(204) CARRASCO PERERA considera que normalmente será el procurador del deudor ejecutado el que comunique al juez la declaración del concurso. No obstante, aunque el deudor esté simplemente sometido a la intervención de sus facultades de administración y disposición, también la Administración concursal, como órgano técnico del concurso e interesada en la defensa de los intereses de éste, podrá dirigirse al juez que esté conociendo de la ejecución para comunicarle la situación de concurso del ejecutado. Ya dijimos cómo la Administración concursal puede conocer dichos procedimientos en curso. También el acreedor hipotecario que ha recibido el llamamiento de la administración concursal para comunicar su crédito en el concurso, o que

declaración de concurso puede resultar de la comunicación que el registrador debe dirigir al juez que conoce la ejecución (205). Si la anotación preventiva que refleja la situación concursal (art. 24 LC) se practica cuando ya está expedida la certificación de dominio y cargas (art. 656 y 688 LEC y 236.b RH) (y practicada la nota de la que resulta la expedición al margen de la inscripción de hipoteca, o de la anotación de embargo, en el caso de que la realización de la garantía se lleve a cabo a través del procedimiento ejecutivo ordinario), el registrador deberá comunicar al juez la circunstancia de haberse extendido tal anotación preventiva (art. 135 LH y 143 RH). La comunicación deberá practicarse tanto en el caso de ejecución ordinaria (206) (cfr. art. 143 RH), como en el del procedimiento especial de ejecución hipotecaria (207). No existe previsión de comunicación en los procedimientos de venta extrajudicial de bienes hipotecados, pero los preceptos dichos pueden aplicarse por analogía, debiendo verificarse la comunicación al notario actuante. Si cuando se practica la anotación aún no está expedida la certificación de dominio y cargas, al expedirse ésta a solicitud del juez o notario actuante, la certificación reflejará la situación concursal del deudor (art. 656.1.2.º LEC y 236.b.1.3.º RH). A la vista de la certificación, el juez deberá apreciar de oficio su falta de competencia y suspender la ejecución (art. 48 LEC). Igualmente, el notario suspenderá las actuaciones, pues la ejecución extrajudicial sólo cabe si de la certificación de dominio y cargas no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada [art. 236.c).1 RH] (208).

Como señalábamos antes, la declaración de concurso ha de cons-

---

por otro medio conoce el concurso, podrá comunicar la situación al juez que conoce de la ejecución, para evitar una nulidad de actuaciones.

(205) Sánchez Rus, H., y Sánchez Rus, A.: "Comentario al artículo 56 LC". *Op. cit.*, pp. 1065 a 1067.

(206) Abierta tras un proceso declarativo, o bien directamente, sobre la base de que la escritura pública de constitución de la hipoteca es título ejecutivo del artículo 517 LEC.

(207) Discrepamos así de Carrasco Perera, quien considera que el registrador no está obligado a notificar la práctica de la anotación preventiva de concurso al juez que esté entendiendo de la ejecución, salvo que se trate de procedimiento judicial hipotecario.

(208) Sánchez Rus, H., y Sánchez Rus, A.: "Comentario al artículo 57 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. Rojo, A., y Beltrán, E. (Coord.) Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1081 y 1082.

tar en el correspondiente procedimiento para que los efectos del artículo 56 LC se impongan sobre los procedimientos de ejecución ya iniciados. Ahora bien, esta disposición plantea el problema de la validez o nulidad de las actuaciones practicadas después del auto de declaración de concurso y antes de la constancia de éste en el procedimiento. Para CARRASCO PERERA, como a efectos de la suspensión del artículo 56.2, no resulta de aplicación la regla de eficacia inmediata del auto declaratorio del concurso del artículo 21.2, dichas actuaciones no serán nulas (209).

El mismo criterio sigue HERBOSA MARTÍNEZ. Para esta autora, en el caso de ejecuciones ordinarias, la suspensión prevista en el artículo 55.2 lo es desde la fecha de la declaración de concurso, lo que implica que las actuaciones ejecutivas posteriores son nulas de pleno derecho (art. 55.3 LC). Sin embargo, para las ejecuciones hipotecarias, "el momento a partir del cual la suspensión ha de surtir efectos es aquel en que la declaración de concurso «conste» en el procedimiento, según la literalidad del artículo 56.2 LC. La diferencia de criterio tiene sentido, ya que las ejecuciones singulares no se suspenden para acumularse después al concurso, esto es, no se trata de que el juez concursal sustituya al que está ejecutando, sino que sencillamente dicha ejecución se excluye y asumen su finalidad las vías de solución del concurso. Por el contrario, las ejecuciones hipotecarias se suspenden, y se reanudan después ante el juez del concurso, en pieza separada, quien deberá acomodar las actuaciones a las normas propias del procedimiento que corresponda ex artículo 57.1 LC. De ahí que sea razonable que en el primer caso la suspensión deba surtir efectos desde la declaración de concurso, mientras que en el segundo este momento se retrase hasta que conste en autos la declaración de concurso" (210).

Los argumentos expuestos dan, desde luego, explicación a las diferencias que presenta el tenor literal de los artículos indicados. Por ello entendemos razonable dicha interpretación, que obedece también a razones de economía procesal.

Para el caso de ejecuciones ya iniciadas al declararse el concurso

(209) CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal. Op. cit.*, p. 113.

(210) HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso". *Op. cit.*, p. 314.

sobre bienes no afectos, la situación es similar a la planteada en el artículo 56.2, pues también hay que suspender el procedimiento y continuar las actuaciones ante el juez del concurso. Por tanto, habría que aplicar por analogía la misma regla y considerar válidas las actuaciones verificadas desde la declaración de concurso y antes de la constancia de éste en el procedimiento.

A mantener esta posición nos induce la consideración de que si constase el concurso en el procedimiento de ejecución cuando ya se hubiese verificado la subasta siendo la declaración de concurso anterior a ésta, la nulidad de la subasta perjudicaría seriamente al rematante que pudo obtener un crédito para atender el pago del precio del remate [art. 674.1.2.º LEC (211)].

"El juez de la ejecución podrá denegar la suspensión si cuando ha de decidirse sobre la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria el bien había sido ya adjudicado en el seno del proceso de ejecución, ya sea al acreedor, ya sea a un tercero como consecuencia de la subasta, puesto que se habría producido en tal caso la salida del bien del patrimonio del concursado para ingresar en el patrimonio de ese acreedor o tercero" (212).

Señala Ribelles que "a diferencia de lo previsto en los artículos 50.1.º y 55.3 LC, el artículo 56 no prevé la sanción de nulidad para las acciones que se promuevan con infracción de lo previsto en su apartado primero o para los procedimientos que no se suspendan conforme exige el apartado segundo. Sin embargo, la vulneración de tales normas, tanto por la aplicación analógica de aquellos preceptos, como por lo dispuesto en el artículo 240 LOPJ, determinará la nulidad de todas las actuaciones judiciales posteriores" a la declaración de concurso (213). Para De Ángel Yagüez y Hernando Mendívil, "si las *actuaciones* ya iniciadas no se suspendieran, entendemos que las llevadas a cabo desde la declaración del concurso han de

(211) Precepto modificado para atribuir competencias al secretario judicial por la Ley 13/2009.

(212) Arribas, A.: "El problema del concepto de bienes afectos", en *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español de Derecho de la insolvencia.* Beltrán, E., y Prendes, P. (Directores). Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 283.

(213) Ribelles, J. M.ª: "Comentario al artículo 56 LC", en *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal.* Fernández Ballesteros , M. A. (Dir.) Editorial Iurgium. Madrid, 2004, p. 304.

ser nulas de pleno derecho, en virtud del carácter imperativo de las reglas concursales y en analogía con lo dispuesto en el artículo 50.1, último inciso y en el apartado 3 del artículo 55" (214). Estas afirmaciones de RIBELLES y DE ÁNGEL YAGÜEZ Y HERNANDO MENDÍVIL son válidas para el caso de ejecuciones que se inicien y sustancien contra lo previsto en el artículo 56.1 o ejecuciones que no se suspendan por no llegar a constar en ellas la declaración de concurso. Si consta la declaración de concurso, son válidas las actuaciones verificadas hasta dicha constancia y nulas las posteriores.

Las actuaciones se reanudan cuando la garantía hipotecaria recaiga sobre bienes no afectos, o cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 56.1. La reanudación durante el concurso queda sometida a la jurisdicción del juez del concurso y se produce necesariamente a instancia de parte.

7.3. CONTINUACIÓN

El artículo 56.2 *in fine* prevé una excepción a la regla de la suspensión de las ejecuciones hipotecarias cuando la garantía recae sobre bienes afectos. Se trata de una previsión que se inspira directamente en el artículo 55.1 LC (SALINAS ADELANTADO). Si la realización de la garantía se verifica mediante la enajenación del bien en subasta pública, podrá continuar la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, si al tiempo de ésta ya han sido publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, y la ejecución recae sobre bienes que, aun siendo afectos, no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (esto es, que la continuación de la ejecución no afecte a la continuidad de la actividad empresarial) (215). Como señala PULGAR EZQUERRA, "se

(214) DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL, P.: "Comentario al artículo 56", en *Tratado práctico concursal. Op. cit.*, pp. 479 y 480.

(215) Con relación al requisito de que los anuncios de la subasta ya estuviesen publicados al tiempo de la declaración de concurso, según el AJM núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005, como la expresión legal es que "ya estuviesen publicados los anuncios", bastaría con que la última de las publicaciones acordadas al amparo de los articulos 645 y 668 LEC fuese posterior a la declaración de concurso, para que ya no debiera apreciarse la excepción a la regla de la suspensión. Señala el mencionado auto: "Debe resaltarse que la expresión legal "ya estuvieran publicados los anuncios" lo

podría querer conciliar la seguridad del tráfico, lo que determina que se tenga en consideración la publicación de los anuncios de la subasta, con la finalidad conservativa del concurso [continuidad de la actividad empresarial y consecución de un convenio], exigiéndose en este caso, para proceder a la paralización, no sólo que el bien esté afecto, sino que sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional" (216) (217).

---

es en plural, por lo que bastaría con que la última de las publicaciones (siguiendo el criterio que la propia Ley concursal apunta en sus artículos 20.4 y 21.1.5.º) acordadas por el juzgador en el procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo de los articulos 645 y 668 de la LEC fuese posterior a la declaración de concurso, para que ya no debiera apreciarse lo que no es sino una excepción a la regla de la suspensión. De modo que estando acreditado mediante prueba documental que, en el caso de la subasta instada por La Caixa, al menos dos de los anuncios se publicaron en sendos periódicos el 23 de septiembre y el 3 de octubre de 2004, es decir, con posterioridad al auto de declaración del concurso, de fecha 20 de septiembre de 2004, no deberá aplicarse la excepción a que se refiere dicho precepto legal, aunque el acreedor hipotecario haya revelado ahora la existencia, además, de un edicto (el publicado en el tablón de anuncios del juzgado), que sí era anterior.

CARRASCO PERERA, sin embargo, y a nuestro juicio, apartándose del tenor literal de la norma, considera que la ejecución sigue adelante si en el momento de constancia del auto declaratorio del concurso, ya se han publicado los anuncios de subasta a que se refieren los articulos 645, 646 y 691 LEC. Con lo que dichos anuncios podrían verificarse después de declarado el concurso y proceder la continuación de la ejecución. Esto supone ampliar el tenor de la excepción prevista por el legislador en detrimento de la regla de la suspensión, lo que no parece acertado. La excepción ha de ser objeto de interpretación estricta. Además el hacer depender la continuación o no de la ejecución de la constancia del auto declaratorio de concurso en el procedimiento ejecutivo podría prestarse a corruptelas. Así el deudor retrasa la notificación del concurso al juez ejecutor, para permitir la publicación de los anuncios, y de este modo favorecer al acreedor hipotecario, que podría continuar su ejecución al margen del concurso. Resulta mucho más conveniente que la excepción vaya vinculada al dato objetivo e independiente de la fecha del auto declaratorio del concurso.

El artículo 645 ha sido reformado en su apartado 1 por la Ley 13/2009, así como el artículo 688.2 y 3, 668, y 691.2 para la implantación de la Oficina Judicial y otorgamiento de nuevas competencias al secretario judicial.

(216) PULGAR EZQUERRA, J.: "El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal"*. Op. cit.*

(217) En el Proyecto de LC y en el texto aprobado por el Congreso, una vez publicados los anuncios de subasta cuando se hubiera declarado

Se plantea en este supuesto el problema de la competencia objetiva para el conocimiento de dicha ejecución, que se continúa. SÁNCHEZ RUS y CARRASCO PERERA entienden que tal competencia corresponde al juez del concurso. En efecto, así resulta de los artículos 86 ter.1.3.º LOPJ y 8.3 LC y de la consideración de los intereses de la masa de acreedores en el control de las ejecuciones hipotecarias, de que ya hablamos. El argumento de que un traslado de las actuaciones supondría publicar otros anuncios, con un nuevo señalamiento de lugar, día y hora y ello parecería contrario a la finalidad de la norma que es proteger a los posibles adquirentes que hayan confiado en la publicidad de los anuncios de subasta, resulta rebatido si se tiene en cuenta que la confianza de los posibles adquirentes que no se quiere frustrar es la de que la subasta tendrá lugar (sin haber lugar a la suspensión por un año), ya que pueden haber realizado determinadas actuaciones en consideración a la eventual adquisición del bien [como la búsqueda de financiación, que se ve facilitada por la posibilidad de constituir hipoteca sobre el derecho de remate (art. 107.12 LH)] (218). Pero el que la subasta tenga lugar ante un órgano judicial u otro no frustra dicha confianza, ni tampoco el que se proceda a una nueva publicación de anuncios. Únicamente puede suponerles la incomodidad de un traslado a la nueva sede judicial. Pero en sede concursal, en el conflicto entre los posibles adquirentes del bien subastado y los acreedores concursales interesados en seguir las ejecuciones, e incluso participar en ellas, deben prevalecer los intereses de los acreedores concursales. En cuanto al argumento de que la alteración de la sede judicial resulta perjudicial para la masa, pues incrementa el riesgo de que la subasta quede desierta, pudiendo solicitar la adjudicación del bien el actor [art. 671 LEC (219)], pero

---

el concurso, las ejecuciones pendientes no se paralizaban en ningún caso. Fue tras el debate en la Comisión de Justicia del Senado donde se acogieron las enmiendas que postulaban añadir el requisito para la continuidad de la ejecución de que los bienes no fuesen necesarios para la continuidad del proceso productivo. *Vid*. epígrafe II.2.

(218) Cfr. SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 57 LC"*. Op. cit.*, pp. 1073 y 1074. "Comentario al artículo 56 LC"*. Op. cit.*, pp. 1067 a 1069.

(219) Este precepto ha sido modificado por Ley 13/2009 en el siguiente sentido:

aumentando las posibilidades de que su crédito no se vea íntegramente pagado, debiendo concurrir a la ejecución universal por la cantidad no satisfecha, tampoco resulta demasiado convincente. La nueva publicación atraerá a nuevos licitadores, y de los llamados por los anuncios anteriores también concurrirán aquellos que tengan verdadero interés en el bien subastado. Además se abre la posibilidad de que puedan concurrir a la subasta acreedores concursales (220).

"Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes *por cantidad igual o superior al 50 por ciento de su valor de tasación,* o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, *el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado."*

(220) Hay que notar además que los postores que confiaron en los anuncios de la subasta, previos a la declaración de concurso, no perderán los depósitos hechos, sino que les serán devueltos para, si lo estiman oportuno, volver a hacerlos en la nueva subasta que se convoque (arg. ex arts. 691.4, 669.1, 655.2, 652 LEC).

Existe un aspecto que sí puede hacer que los potenciales adquirentes desistan de la subasta y es que, según nuestra opinión, corresponde a la Administración Concursal decidir sobre el carácter afecto/no afecto o necesario/no necesario de los bienes hipotecados al confeccionar el inventario. Esta opción permite un juicio de conjunto sobre la necesidad de los diversos bienes y que otras partes personadas e interesados, diversos del acreedor hipotecario, deudor y administración concursal, sean oídos en estas cuestiones de tanta importancia para la continuidad de la actividad empresarial y para las soluciones del concurso (art. 96.1 LC). De ahí que adoptemos esta posición que, desde el punto de vista teórico, nos parece la más acertada, si bien desde el punto de vista práctico puede suponer inconvenientes para el acreedor hipotecario y los potenciales adquirentes del bien hipotecado, si los trámites del concurso se alargasen más de lo previsto por el legislador (la previsión legal es que un procedimiento ordinario concluya en un plazo máximo de un año y uno abreviado, en seis meses). Por tanto, hasta que no se hubiese resuelto este extremo por la admimistración concursal (o el juez, si hubiese impugnaciones), no podría continuar la ejecución ante el juez del concurso. Esta demora de la continuación de la ejecución hasta la resolución de la cuestión de la no necesidad del bien en la forma explicada puede hacer que potenciales adquirentes desistan de concurrir a la nueva subasta. En todo caso, el desistimiento de los potenciales adquirentes no vendría motivado tanto por el cambio de sede judicial como por el hecho de ser afectados por el decurso del procedimiento concursal, pues la misma

Otra cuestión que plantea el artículo 56.2 *in fine* es la del órgano competente para decidir el carácter necesario o no necesario de los bienes cuya ejecución se pretende. SÁNCHEZ RUS considera que es competente para tal decisión el juez del concurso, que deberá decidir haciendo una valoración de conjunto del patrimonio y de las actividades del deudor. Esta necesaria intervención del juez del concurso la conceptúa como un argumento más a favor de su competencia objetiva para el conocimiento de la ejecución.

ZUBIRI DE SALINAS, en cambio, considera que "será la administración concursal la que deberá fijar qué bienes considera necesarios, para que la suspensión no se alce, pero el acreedor hipotecario estará en su derecho, de alegar y probar, que dicho bien no es necesario y en caso de no llegar a un acuerdo con la administración concursal será el juez el que decidirá por el incidente concursal de los artículos 192 y ss." (221).

A nuestro juicio, el acreedor hipotecario deberá dirigirse a la administración concursal solicitando que se declare y probando que el bien cuya ejecución pretende continuar no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial. La administración concursal deberá pronunciarse al respecto en el momento de confección del inventario, pudiendo su decisión ser impugnada por el concursado, el acreedor hipotecario y demás partes personadas e interesados (art. 96.1 LC).

En consecuencia, el tribunal o fedatario público que esté conociendo de las actuaciones encaminadas a la realización de la garantía hipotecaria deberá suspenderlas, en todo caso, desde el momento en que tenga conocimiento de la declaración de concurso del ejecutado. La reanudación de las actuaciones queda sometida a la jurisdicción del juez del concurso previa decisión, a instancia de parte, sobre su procedencia (art. 57.1). El juez del concurso solamente entenderá procedente la reanudación de la ejecución si el bien no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial, por haberlo decidido así la administración concursal o él mismo en la resolución de las impugnaciones planteadas.

El inciso final del artículo 56.2 plantea otros dos problemas im-

---

demora, según nuestra interpretación, se produciría si el órgano competente para conocer del procedimiento ejecutivo fuese el juez civil.

(221) ZUBIRI DE SALINAS, M.: "Hipoteca y concurso". *Op. cit.*, pp. 302 y ss.

portantes. La determinación de qué se entiende por bien necesario y si la excepción a la suspensión está también pensada o no para los casos en que la realización de los bienes se lleve a cabo por convenio de realización judicialmente aprobado [art. 640 (222) y 691.5 LEC] o por persona o entidad especializada [art. 641 (223) y 691.5 LEC].

Parece que por bienes necesarios entiende la doctrina los imprescindibles para mantener en funcionamiento los establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor. En el mismo sentido, AAP de Barcelona, sección 11, de 26 de febrero de 2007 y el AJM núm. 1 de Málaga, de 22 de julio de 2005. Bienes no necesarios, indica la doctrina, serían aquellos de los que puede prescindirse por el deudor de cara a la continuación de su actividad. Cabe plantearse, no obstante, si por bienes necesarios deberían entenderse también o no los muy convenientes, de cuya privación se siguen graves perjuicios para la actividad del concursado (por ejemplo, resulta muy costoso prescindir de él) o aquellos que, de ejecutarse, comprometerían la viabilidad futura de un convenio (éste no podría alcanzarse o se alcanzaría en condiciones menos ventajosas para el concurso) o una liquidación en globo de la empresa.

VIII. LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 155.2 LC

El artículo 56.3 de la LC prevé que durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155. Este artículo 155 prevé lo siguiente:

"1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

(222) Precepto modificado para la atribución de competencias al secretario judicial, por Ley 13/2009.

(223) La nueva redacción del precepto dada por la Ley 13 /2009 confiere competencias al secretario judicial y prevé que los Colegios de Procuradores podrán ser designados como entidad especializada en la subasta de bienes.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial."

La facultad descrita corresponde a la administración concursal, y no al deudor, durante la fase común del concurso y durante la fase de convenio (224). Su fundamento, como señala VILLORIA RIVERA, es

(224) La facultad del artículo 155.2 puede ejercerse durante la suspensión de las ejecuciones hipotecarias del artículo 56.1 y 2. Dicha suspensión "constituye un presupuesto lógico para que la administración concursal pueda tener la posibilidad de ejercer esta opción de rescate, porque sirve para evaluar la situación del patrimonio del concursado a fin de alcanzar una solución que beneficie a todos los sujetos interesados en el concurso, sin que la desmembración del patrimonio concursal avoque el procedimiento a una liquidación de los bienes no cubiertos con garantías reales, generalmente con resultados escasamente satisfactorios para los acreedores no privilegiados. Si se aprueba un convenio, ese presupuesto deja de existir, no sólo porque los acreedores con garantías reales recuperarán el poder de ejercer las acciones singulares, sino, además, porque los administradores concursales cesarán en sus cargos (art. 133.2) y no tiene ningún sentido que intentaran proteger los intereses de los afectados por el concurso cuando ya se ha hallado una solución al procedimiento. Si se abre la fase de liquidación, ya no resulta procedente tampoco la opción de rescate, del mismo modo que los acreedores titulares del privilegio [que estén en el caso del inciso primero del art. 57.3] pierden la posibilidad de una ejecución individual (art. 57.3). Lo procedente será entonces la liquidación del bien afecto, sea de una manera individual sea de una manera colectiva junto con otros bienes." (GARRIDO, J. M.ª: "Comentario al artículo 155 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II. ROJO y BELTRÁN (Coords.). Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 2452 y 2453. No obstante, sería una cuestión a estudiar si abierta la liquidación antes del transcurso del año, y mantenida la suspensión según la posición de DURO VENTURA, cabría o no ejercitar la opción del artículo 155.2, para, por ejemplo, rescatar el bien hipotecado para una liquidación en globo o una enajenación aislada del mismo, libre de

el interés de la masa. Se pretende evitar que una vez concluido el período de paralización o de suspensión, el acreedor proceda a la realización de la garantía. "La administración concursal puede tener interés en evitar que, si el concurso se prolonga durante más de un año (momento en que se alza la restricción temporal, aunque el convenio se encuentre en plena discusión), el titular de una garantía pueda privar al deudor de un bien o derecho afecto a su actividad" (225). Se trata, pues, de garantizar la continuidad de la actividad empresarial, así como de rescatar el bien objeto de la garantía hipotecaria para el convenio, evitando su ejecución separada tras la finalización del plazo de paralización o suspensión (p. e., el deudor ha presentado propuesta de convenio en que se prevé la enajenación de la empresa o su fusión o escisión, o la atención al pago de los créditos con las resultas que genere la continuación de la actividad empresarial y el bien resulta trascendental para la viabilidad del convenio) o para la liquidación (en globo o sujeta a las reglas especiales que determine la administración concursal) (226). Todo ello siempre que beneficie al concurso.

El carácter excepcional de la opción se pone de manifiesto con la expresión legal, según la cual la administración concursal podrá ejercitarla "no obstante lo dispuesto en el apartado anterior".

El ejercicio de la facultad transforma el crédito hipotecario en crédito contra la masa. Comunicada al acreedor la decisión de rescatar el bien por parte de la administración concursal, el rescate supone

---

la carga hipotecaria. A este respecto, existe la posibilidad de generación de nuevos créditos contra la masa durante la fase de liquidación, según resulta de lo que apunta GARRIDO: "En caso de *liquidación* juega la regla del pago en prededucción de los créditos contra la masa que no hubieran sido todavía satisfechos y de pago inmediato o al vencimiento de los que pudieran surgir a lo largo de la fase de liquidación …" (GARRIDO, J. M.ª: "Comentario al artículo 154 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II. ROJO y BELTRÁN (Coords.). Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 2430.

(225) VILLORIA RIVERA, Íñigo: "Las garantías reales en la Ley Concursal", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.* Núm. 2, 2005, p. 233.

(226) Algún precedente de esta solución puede verse en el antiguo artículo 918 del CCom. Los acreedores con prenda constituida en escritura pública o en póliza intervenida por corredor no tenían obligación de traer a la masa de la quiebra los valores u objetos que recibieron en prenda, salvo que la representación de la quiebra los quisiera recuperar, *abonando la totalidad del crédito a que estuviesen afectos.*

el pago inmediato de la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos, y la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa, que serán satisfechos a medida que vayan venciendo (art. 154.2 LC) (227). Como señala BLANQUER UBEROS, se atribuye a la administración concursal la facultad de disponer o de usar otros bienes y derechos de la masa activa, distintos de los sujetos a la garantía real, para atender al pago de la obligación asegurada. Este pago se realiza al margen de la regla que impide el pago de las obligaciones concursales hasta la aprobación de un convenio o la fase de liquidación y como excepción a la que establece el pago

(227) Aunque el artículo 155.2 LC pueda ser aplicable a otros supuestos que no respondan exactamente al mismo esquema, como señala SÁNCHEZ RUS, el supuesto que la Ley toma en consideración es de una obligación en que el pago del principal o de los intereses debía hacerse en plazos sucesivos y que ha vencido anticipadamente antes o después de la declaración de concurso, como consecuencia del impago de alguno de ellos, lo que faculta al acreedor hipotecario para entablar ejecución contra los bienes. Con esta opción se impide que el impago de alguno de los plazos, que pueden representar tan sólo una pequeña fracción de la total obligación garantizada, dé lugar a una ejecución individual. Los plazos e intereses sucesivos deberán ser satisfechos a su vencimiento (en cuanto a los intereses, en todo caso, hasta el límite de lo asegurado por la garantía real), cualquiera que sea la situación del concurso (DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD). La posibilidad de rescate se extiende a todo crédito que goce de garantía hipotecaria, incluso aunque no genere interés alguno (VEIGA COPO, GARRIDO). Es cierto que la norma está especialmente concebida para los créditos de financiación cubiertos por garantía real hipotecaria, pero no es menos cierto que no existe inconveniente en aplicar la misma solución a créditos con características diversas. La razón de la existencia de la opción de rescate no se encuentra en las características del crédito privilegiado hipotecario ni en las condiciones procesales de ejecución, sino en el hecho de que un bien de la masa activa quede destinado al pago de un determinado crédito. El dato relevante para el rescate es, pues, que sea conveniente para el concurso seguir contando con el bien o derecho objeto de la hipoteca. La facultad de la administración concursal se extiende, en consecuencia, a todos los créditos hipotecarios, se trate o no de créditos de financiación y con independencia de que estén o no vencidos en su integridad. La Ley ha previsto el supuesto más complejo y no ha creído oportuno regular el supuesto, más sencillo, del pago íntegro de un crédito para liberar el bien objeto de la preferencia, acto que puede estar sustentado en la misma lógica económica. (Cfr. GARRIDO: "Comentario al artículo 155 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO y BELTRÁN (Coords.). Thomson-Civitas. Madrid, 2004, p. 2451).

de las obligaciones con garantía real precisamente con cargo a los bienes o derechos afectos (228). Sin embargo, esa transformación del crédito hipotecario en crédito contra la masa no es total, pues si hubiese incumplimiento y no se atendiesen los sucesivos plazos de amortización a su vencimiento (art. 154.2 y 84.2.7.º LC), el acreedor hipotecario deberá satisfacerse con el bien afecto al privilegio especial hipotecario y no con los bienes integrados en la masa activa, excluidos los afectos a un crédito privilegiado o con garantía real, como ocurre con los acreedores de la masa (art. 154.2 y 3). Es decir, el ejercicio de esta facultad supone satisfacer al acreedor con cargo a la masa respecto de los plazos de amortización e intereses ya vencidos e investirle de una doble posición respecto de los vencimientos futuros. En un sentido es acreedor contra la masa y en otro conserva la garantía sobre los bienes gravados, cuya realización puede pretender en caso de incumplimiento, como titular de un privilegio especial (229). Es decir, como señala ARJONA-GUAJARDO FAJARDO, el que la administración concursal haya optado por la vía del artículo 155.2 no supone la automática extinción de la garantía, sino que ésta sigue de alguna manera existiendo, desempeñando su función aseguradora hasta que el crédito se vea definitiva y totalmente satisfecho por esa vía (230) (231).

La enmienda núm. 87 en el Congreso, del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, quiso introducir en el precepto un inciso del tenor literal siguiente: "Dicha [opción] se llevará a cabo cuando resulte necesaria para garantizar la continuidad de la explotación económica del concursado, y la situación económica y financiera del concurso hiciera posible atender el pago de estos créditos. El concursado o cualquier acreedor con interés legítimo podrá instar dicha opción a los Administradores, y en caso de que resulte rechazada

(228) El crédito se satisface conforme a lo previsto en el artículo 154 LC, sin someterse a la ley del dividendo, es decir, que se satisface íntegramente mientras existan bienes en la masa y antes de proceder al pago de los créditos concursales.

(229) BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales en el concurso. Op. cit.*, pp. 97 a 102.

(230) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: "Los créditos hipotecarios y el procedimiento concursal…" *Op. cit.,* pp. 3662 a 3665.

(231) Es posible hacer constar en el Registro de la Propiedad la modificación del crédito y el pago parcial (art. 144 LH y 240 RH).

por éstos, resolverá el Juez por los trámites del artículo 188 de esta ley". Como justificación se decía: "La enmienda trata de fijar los criterios con arreglo a los cuales los Administradores podrán ejercitar la opción para pagar los créditos con privilegios especiales, sobre los bienes afectados a la explotación económica del concursado. En lugar de ser una mera decisión de oportunidad que corresponde a los Administradores, se reconoce que responde al principio de conservación de la empresa y de los puestos de trabajo. Se supedita a que la situación económica y financiera del concurso lo posibilite. Y se admite que tanto el concursado como cualquier acreedor, con especial significación los trabajadores, puedan instar dicha declaración ante los Administradores, y en caso de no ser atendida, resolverá el Juez por los trámites previstos para las autorizaciones judiciales, lo que elimina cualquier demora en la adopción de una decisión definitiva". En términos similares se pronunciaron las enmiendas núm. 154, del Grupo Parlamentario Vasco; la núm. 187, de don José Antonio Labordeta Subías (Grupo Parlamentario Mixto); la número 219, de don Juan Puigcercós i Boixassa (Grupo Parlamentario Mixto) y la núm. 550, del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). En el Senado, nuevamente, las enmiendas núm. 48, de don Manuel Cámara Fernández y don José Cabrero Palomares (Grupo Parlamentario Mixto), y núm. 315, del Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió, se plantearon en términos similares. Ninguna de estas enmiendas fue acogida; sin embargo, es razonable pensar que la administración concursal podrá ejercitar la opción en aras de la conservación de la empresa. Ahora bien, el ejercitar la opción en aras de la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo no puede ser un fin en sí mismo, sino que tiene que obedecer al superior interés del concurso, así porque éste obtenga por este medio una fuente de ingresos para su masa activa o ello posibilite un convenio o una liquidación favorable para el concurso. Lo que legitima el ejercicio de la opción es que el resultado que se persiga con ella beneficie al concurso.

No tiene por qué ser el único motivo para el ejercicio de la opción la conservación de la empresa y los puestos de trabajo, pues como ya apuntamos, puede querer rescatarse el bien hipotecado por otros motivos, así con vistas a hacer viable un convenio o a lograr una liquidación en globo o sujeta a reglas especiales de liquidación. Señala Garrido que "la administración concursal no debe valorar sólo

la situación en la que exista un privilegio especial sobre un bien necesario para el proceso productivo o la actividad económica del concursado…, sino todas aquellas situaciones en las que la falta de ejecución separada pueda ser beneficiosa para la masa" (232). En este sentido dice VEIGA COPO: "La administración concursal limpia y libera de cargas y gravámenes bienes que presumiblemente adquieren un mayor valor para la masa activa si se agrupan o forman parte de otros activos en un sentido holístico", es decir, en el sentido de un todo distinto de la suma de las partes que lo compone. Todos ganan o algo ganan. El acreedor recupera un pago íntegro de la deuda y la administración consigue arrastrar, recuperar, a la masa activa un activo que genera todavía más valor que si se ejecutase aisladamente (233). Pero como señala GARRIDO, también puede suceder que la administración concursal considere que la venta del bien objeto de la hipoteca, incluso de forma separada, puede reportar a la masa mayores ingresos que cuando ese mismo bien sea ejecutado de forma separada por el acreedor privilegiado (234). Son variadas, pues, las razones que pueden llevar a la administración concursal a ejercer esta opción, siempre en interés del concurso.

Lógicamente será preciso, aunque no lo diga la ley, que la situación económica y financiera del concurso haga posible atender el pago de estos créditos. Además la administración concursal deberá formular un juicio económico que ponga en conexión el valor del bien para la masa y el valor del crédito privilegiado (235).

El concursado o cualquier acreedor con interés legítimo, incluidos los trabajadores, podrán instar dicha opción a los administradores, aunque la decisión última al respecto queda en manos de éstos.

---

(232) Ello puede suceder, dice, cuando el bien o bienes objeto de la hipoteca puedan ser enajenados dentro de un conjunto de bienes con la obtención de un precio superior al que se percibiría si los bienes fueran vendidos por separado, aunque no vaya a continuarse la actividad económica del concursado (art. 148.1 y 149.1.1.ª).

(233) VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios concursales. Op. cit.*, p., 405.

(234) GARRIDO, J. M.ª: "Comentario al artículo 155 LC". *Op. cit.*, página 2453.

Por ejemplo, liberado el bien de la carga hipotecaria, puede obtenerse un mejor precio en la venta del bien, aunque sea de forma aislada, que en la ejecución separada.

(235) *Op. cit.*, p. 2453.

Aunque la ley no lo señale expresamente, parece lógico que la administración concursal, antes de hacer uso de esta facultad, consulte y oiga a los acreedores concursales, al deudor concursado y al acreedor hipotecario, sin perjuicio de que su actuación esté sujeta a la supervisión del juez del concurso (art. 35.6 LC) y de la responsabilidad que por ello tengan los administradores concursales frente al concursado y a los acreedores, por los daños y perjuicios que con ello puedan causar a la masa (art. 35.1 y 36.1 LC. *Vid*. también art. 36.7 LC). Señala Garrido que para evitar las situaciones de negligencia por falta de ejercicio de la facultad, o las de connivencia fraudulenta con el acreedor privilegiado, sería conveniente, especialmente en los casos más importantes o dudosos, que la administración concursal contase con un informe económico que fundamente la decisión a adoptar, sin que por ello se excluya o limite su responsabilidad (236).

Señalan Zubiri de Salinas y Curiel Lorente que esta opción queda limitada a las garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial (237). Sin embargo, Sánchez Rus considera que es posible el ejercicio de la opción del artículo 155.2 respecto de los bienes no afectos, que no están sujetos a paralización, sino únicamente a la suspensión de las actuaciones ya iniciadas al tiempo de la declaración de concurso para su reanudación ante el juez del concurso, mientras el acreedor no reanude la ejecución de la hipoteca ante el juez del concurso.

La doctrina se ha planteado qué ocurre si la opción de rescate se ejercitara después del *dies ad quem* de la paralización o suspensión, pero antes de que el acreedor hipotecario inicie o reanude la ejecución. Podría mantenerse que el artículo 155.2 y 56.3 de la LC no disciplinan el mismo supuesto, de ahí su distinta ubicación en el cuerpo legal y que no digan exactamente lo mismo. En concreto, mientras el artículo 155.2 habla de "los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56", de modo que superados éstos no será viable el ejercicio por parte de la administración concursal de la opción que dicho precepto concede, el artículo 56.3 es más amplio en sus términos y, por ende, en su ámbito de aplicación, ya que al omitir toda referencia a

(236) *Op. cit.*, p. 2454.

(237) Curiel Lorente, Fernando: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal". *Op. cit.*, p. 4864.

los "plazos" y hacer alusión únicamente a la "paralización de las acciones o suspensión de las actuaciones" permite a la administración concursal hacer uso de la indicada facultad siempre que el acreedor con garantía real no haya iniciado o reanudado la ejecución de la garantía, aun superados los plazos de paralización o suspensión previstos legalmente. En suma, en la hipótesis del artículo 56.3, en tanto persista la inactividad del acreedor con garantía real, no promoviendo el inicio o la reanudación de la ejecución de la garantía, cuando bien podría hacerlo al haberse alcanzado el *dies ad quem* de la paralización, cabe que la administración concursal comunique a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Pero la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 30 de abril de 2007, consideró que el rescate tras el *dies ad quem* no era posible y que los artículos 56.3 y 155.2 eran complementarios. La solución explicada antes, que era la que mantenía la administración concursal, dice la sentencia, "implicaría interpretar de forma extensiva una facultad que constituye una verdadera excepción frente al principio general de que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 155.1) (238). A nuestro juicio, el artículo 56.3 y el 155.2 tienen un mismo ámbito de aplicación, pues la paralización y suspensión a que se refiere aquél es la descrita en los apartados anteriores del precepto (art. 56.1 y 2), por lo que ambos artículos señalarían un mismo plazo para el ejercicio de la opción. Y señalando un plazo la ley, no conviene por vía interpretativa marcar otro, en detrimento del derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario.

En caso de incumplimiento posterior (la administración concursal no paga con cargo a la masa alguno de los vencimientos futuros), el artículo 155.2 prevé que se realizarán los bienes y derechos afectos. Según Sánchez Rus, "la significación del precepto es la de habilitar al acreedor para proceder a la ejecución de la garantía, aun cuando no hayan transcurrido los plazos que determinan la finalización de la paralización". Se trataría, así, de una excepción al régimen del artículo 154.2 LC, que prevé también un régimen de paralizaciones para las ejecuciones que pretenden hacer efectivos créditos con-

(238) De Ángel Yagüez y Hernando Mendívill, P.: "Comentario al artículo 56", en *Tratado Práctico Concursal. Op. cit.*, pp. 484-486.

tra la masa (239). También BLANQUER UBEROS, GARRIDO (240) y VEIGA COPO (241) consideran que la realización de la garantía, en caso de incumplimiento, puede hacerse de inmediato. Para SALINAS ADELANTADO, del tenor literal del artículo 155.2 y del dato de que ha habido un nuevo incumplimiento, la solución más defendible sería que el acreedor puede ejecutar ya su garantía sin respetar el plazo de espera establecido por el artículo 56 LC, no cabiendo una segunda rehabilitación, por analogía con el artículo 69.1 LC (242).

Sin embargo, con HERBOSA MARTÍNEZ, entendemos que la interpretación expuesta no es defendible, "pues cabe entender que el sentido de la norma ["En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial"] es aclarar que el pago de las cantidades debidas, aunque sean créditos contra la masa (cfr. arts. 84.2.7.º y 155.2) se hará en todo caso con cargo a los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial, esto es, los bienes hipotecados, [y no sobre los bienes y derechos de la masa activa no afectos al pago de créditos con privilegio especial, como es la regla (art. 154.3)], toda vez que falta en la LC un tratamiento general de los créditos contra la masa asegurados con garantía real" (243). Si la Ley hubiera querido fijar como *dies ad quem* de la paralización o suspensión el

(239) SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 LC". *Op. cit.*, pp. 1062 y 1063.

(240) GARRIDO, J. M.ª: "Comentario al artículo 155 LC". *Op. cit.*, página 2456.

(241) VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios concursales. Op. cit.*, p. 407.

(242) SALINAS ADELANTADO, C.: "Las garantías reales en la LC…". *Op. cit.*, pp. 3887 y 3888.

El artículo 69.1 LC señala: "La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. El incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación".

(243) HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso". *Op. cit.*, p. 319.

incumplimiento de la Administración concursal de los vencimientos futuros a cargo de la masa, tras el ejercicio de la opción, lo hubiera indicado expresamente. Pero no habiéndolo hecho, hay que entender que el incumplimiento de la Administración concursal en nada afecta al plazo de suspensión o paralización, que seguirá su curso. Por otro lado, considerar que el acreedor puede proceder directamente a la realización de la garantía en caso de incumplimiento por la Administración concursal supone poner un límite al ejercicio de la facultad del artículo 155.2, pues la Administración concursal podría retraerse de hacer uso de la facultad, ante el temor de que un incumplimiento pusiese fin al plazo de paralización o suspensión, tan beneficioso para el concurso (244).

"Cuando exista una pluralidad de créditos con privilegios especiales sobre un mismo bien o derecho y la administración concursal decida ejercer la opción de rescate de dicho bien, habrán de beneficiarse de esta modalidad de satisfacción todos los créditos privilegiados que graven el bien. La administración concursal no puede pagar alguno de los créditos con privilegio especial y dejar que otros sigan gravando el bien" (245).

(244) El artículo 68 LC prevé la posibilidad de rehabilitación de contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado, cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso. La rehabilitación por la administración concursal, a iniciativa propia o a instancia del concursado, procederá siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, se notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. No procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y, con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante. Cuestión a determinar, y en la que no podemos entrar ahora, es la de la relación entre este artículo 68 y el 155.2 LC y el artículo 56.4 y el 155.2 LC.

(245) GARRIDO, J. M.ª: "Comentario al artículo 155", *Op. cit.*, p. 2452.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, G.: "La Ley 22/2003, de 8 de julio, Concursal", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia.* Tomo I. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid, 2004.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: "Comentario al artículo 56", en *Comentarios a la Ley Concursal.* SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (Coord.). Vol. I. Ed. Bosch, 1.ª edición. Barcelona, 2004, pp. 611 a 616.

— "Comentario al artículo 57", en *Comentarios a la Ley Concursal.* SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (Coord.). Vol. I. Ed. Bosch. 1.ª edición. Barcelona, 2004, pp. 616 a 619.

DE ÁNGEL YAGÜEZ Y HERNANDO MENDÍVIL: "Comentario a los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal", en *Tratado práctico concursal.* Tomo II. 1.ª edición. Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 373 a 517.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: "Los créditos hipotecarios y el procedimiento concursal". *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 110, 2004, pp. 3649 a 3667.

ARRIBAS, A.: "El problema del concepto de bienes afectos", en *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso español de Derecho de la insolvencia (Gijón, 16 a 18 de abril de 2009).* BELTRÁN, E., y PRENDES, P. (Dir.). Editorial Aranzadi, S. A. Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 275 a 283.

ARROYO, I., y EMBID, J. M. (Coords.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas.* Vol. III. Editorial Tecnos. Madrid, 2001.

BELTRÁN, E.: "Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa", en *Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Vol. III. Madrid, 1996, pp. 3488 a 3492.

— "Comentario al artículo 148 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 2366 a 2377.

— "Comentario al artículo 154 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 2425 a 2440.

BELTRÁN, E., y MERCADER, J.: "Comentario al artículo 149 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 2378 a 2395.

BERMEJO, N.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1525 a 1541.

— "Comentario al artículo 86 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1542 a 1558.

BLANQUER UBEROS, R.: "La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)", en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar.* CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (Coord.). Ed. Aranzadi. 1.ª edición. Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 291 a 322.

BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales en el concurso.* Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil.* Ed. Tecnos. 9.ª edición. Madrid, 1991.

CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal.* Thomson-Civitas. 2.ª edición. Pamplona, 2008.

— "Comentario al artículo 56 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.). Vol I. Editorial Tecnos. Madrid, 2004.

CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito.*

CORDERO LOBATO, E.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid, 2004, pp. 1008 a 1013.

— "Comentario al artículo 86 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid, 2004, pp. 1014 a 1022.

— "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid, 2004. Pp. 1095 a 1102.

CORTÉS: "La posición del acreedor hipotecario en la quiebra*",* en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Tomo III. Madrid, 1996. Páginas 3513 a 3529.

CUENA CASAS, M.: "La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar", en *Cuadernos de Derecho Judicial núm. 1 de 2009*. *El Derecho Privado en contextos de crisis,* pp. 205 y ss. En prensa.

CUENA CASAS, M. (Coord.): *Familia y Concurso de Acreedores*. 1.ª edición. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2010.

DE LA CUESTA RUTE, J. M.: *El convenio concursal. Comentario a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal.* Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004.

CURIEL LORENTE, F.: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal", en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (Coord.). Tomo II. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 4831 a 4868.

DÍEZ-PICAZO, L.: "Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores*",* en *La reforma del derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español).* Editorial Civitas, SA. Fundación Universidad-Empresa. Madrid, 1982, pp. 293 a 311.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: "Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio", en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (Coord.). Tomo II. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 4869 a 4914.

DURO VENTURA: "Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías rea-

les", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.). Dykinson. Madrid, 2003, pp. 560 a 565.

FAJARDO, J.: "Comentario a los artículos 56 y 57 Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal.* CORDÓN MORENO, F. (Director). Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 448 a 463.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.: *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal.* Editorial Iurgium. Madrid, 2004.

GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.: *Estudios sobre el anteproyecto de Ley concursal de 2001.* Madrid: Dilex; Madrid: Universidad Rey Juan Carlos; Almería: Universidad, DL. 2002.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.: *Los nuevos Tribunales de lo Mercantil.* Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004.

GARRIDO, J. M.: Tratado *de las preferencias del crédito.* 1.ª edición. Civitas Ediciones, SL. Madrid, 2000.

— "Comentario al artículo 89 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, páginas 1596 a 1605.

— "Comentario al artículo 90 LC*",* en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, páginas 1606 a 1634.

— "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, páginas 1658 a 1668.

— "Comentario al artículo 155 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.). Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, páginas 2441 a 2464.

GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil.* Tomo II. 7.ª edición, 1979.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.: "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal", en *Estudios jurídicos. Abogados del Estado*. Núm. 1, 2003, pp. 659 a 688.

— "Comentario al artículo 56", en *Comentarios a la legislación concursal*. SÁNCHEZ CALERO, J., y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Directores). Lex Nova. Valladolid, 2004, pp. 1049 a 1066.

GÓMEZ MARTÍN: *Doctrina de los Tribunales en sede concursal.* Editorial Comares. Granada, 2007.

GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras.* Madrid, 1856.

HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Realización del crédito hipotecario en el concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Núm. 11, 2009, pp. 293 a 322.

HERRERA CUEVAS, E.: *Manual de la reforma concursal.* Europea de Derecho. Editorial Jurídica. Madrid, 2004.

IRIBARREN BLANCO: "El acreedor con garantía hipotecaria en la ley concursal"*,* en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. 4. 2005, pp. 3759 a 3769.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: "Comentarios a la Disposición Final 3.ª de la Ley Concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). Vol. II. Editorial Tecnos. Madrid, 2004, pp. 2279 a 2291.

MAIRATA LAVIÑA, J.: "Comentario al artículo 55 LC", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU, G. (Directores). Tomo I. Dykinson, SL. Madrid, 2004, pp. 697 a 700.

— "Comentario al artículo 56 LC", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU, G. (Directores). Tomo I. Dykinson, SL. Madrid, 2004, pp. 701 a 705.

— "Comentario al artículo 57 LC", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU, G. (Directores). Tomo I. Dykinson, SL. Madrid, 2004, pp. 706 a 708.

MARÍN LÓPEZ: "Comentario al artículo 55 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). Vol I. Editorial Tecnos. Madrid, 2004.

PEITEADO MARISCAL, P: "La competencia para la ejecución de garantías reales vinculadas a bienes no afectos a la actividad económica del concursado". *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 15, 2008, pp. 159 a 186.

PULGAR EZQUERRA, J.: "El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley concursal de 2001", en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002, pp. 669 a 688.

— "El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal", en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 250, 2003, pp. 1425 a 1477.

— "Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa", en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 266, pp. 889 a 940.

RAMÍREZ, J. A.: *La quiebra.* Tomo II*.* 2.ª edición puesta al día. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1998.

REFORMA CONCURSAL: *Trabajos parlamentarios.* Vol. I y II. Cortes Generales. Madrid, 2004.

ROJO, A.: "Comentario al artículo 100 LC", en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO A., y BELTRÁN, E. Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1864 a 1899.

ROMERO SANZ DE MADRID, C.: *Derecho Concursal.* Editorial Aranzadi, SA. Cizur Menor (Navarra), 2005.

SALINAS ADELANTADO, Carlos: "Las garantías reales en la Ley concursal: una reforma parcialmente reorientada", en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*. Vol. 4. 2005, pp. 3861 a 3892.

SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A.: "Comentario al artículo 56 LC*",* en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.) Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, pp. 1036 a 1069.

— "Comentario al artículo 57 LC", en *Comentario de la Ley Concursal.* ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Coord.) Tomo I. Thomson-Civitas. Madrid, 2004, páginas 1070 a 1083.

SANCHO, I.: "Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado", en *Anuario de Derecho Concursal*. 5, 2005, pp. 199 a 220.

SASTRE PAPIOL, S.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* SAGRERA TIZÓN, J. M; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (Coord.). Tomo II. Editorial Bosch, SA. Barcelona, 2004, pp. 1054 a 1064.

— "Comentario al artículo 86 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (Coord.). Tomo II. Editorial Bosch, SA. Barcelona, 2004, pp. 1065 a 1072.

— "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A., y FERRER BARRIENDOS, A. (Coord.). Tomo II. Editorial Bosch, SA. Barcelona, 2004, pp. 1129 a 1139.

DE TAPIA, E.: *Elementos de jurisprudencia mercantil.* Tomo II. Valencia. Imprenta de D. Ildefonso Mompié de Montagudo. 1838.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* CORDÓN MORENO, F. (Director). Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 670 a 676.

— "Comentario al artículo 86 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal.* CORDÓN MORENO, F. (Director). Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 676 a 684.

— "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentarios a la Ley Concursal*. CORDÓN MORENO, F. (Director). Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 730 a 739.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Las relaciones concursales en una visión anterior a la nueva Ley Concursal", en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia.* Vol. 1. 2005, pp. 539 a 546.

VEIGA COPO, A. B.: *Los privilegios concursales.* Editorial Comares. 2.ª edición. Granada, 2006.

VILLORIA RIVERA, I.: "Las garantías reales en la Ley Concursal", en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal.* Núm. 2, 2005, pp. 225 a 233.

YANES YANES, P.: "Comentario al artículo 85 LC", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU, G. (Directores). Tomo I. Dykinson, SL. Madrid, 2004, pp. 862 a 874.

— "Comentario al artículo 86 LC", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU, G. (Directores). Tomo I. Dykinson, SL. Madrid, 2004, pp. 875 a 882.

— "Comentario al artículo 92 LC", en *Comentarios a la Legislación Concursal.* PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU, G. (Directores). Tomo I. Dykinson, SL. Madrid, 2004, pp. 924 a 930.

— "La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio (I)", en *Diario La Ley*. Núm. 7161. Viernes, 24 de abril de 2009.

ZUBIRI DE SALINAS, M.: "Hipoteca y concurso", en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I., y BONET NAVARRO, A. 2005, pp. 289 a 307.

COORDINACIÓN DEL CATASTRO CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y CON LAS ESCRITURAS PÚBLICAS, Y DE TODOS ELLOS CON LA REALIDAD

(Tercera parte) (*)

Carlos Marín Calero
Notario

SUMARIO

I. LA COORDINACIÓN CON EL CATASTRO. PLANTEAMIENTO GENERAL
- a) La obligación legal de hacer constar la referencia catastral Documentos implicados y sujetos obligados
- b) La coordinación entre instituciones, en beneficio del ciudadano
- c) Los orígenes, objetivos y limitaciones de los intentos de coordinación con el Catastro
- d) Las carencias del sistema documental inmobiliario
  - i) Carencias inherentes a cualquier tipo de descripción de fincas
  - ii) Carencias particulares del Catastro
  - iii) Carencias particulares de las escrituras y las inscripciones
  - iv) La superación de carencias por la coordinación
- e) Los obstáculos a la colaboración

II. EXAMEN GENERAL DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE COORDINACIÓN CATASTRAL
- a) Valoración crítica del actual marco legal de coordinación con el Catastro
- b) Esquema expositivo de este estudio

(*) Publicamos en este número de la Revista la tercera parte del trabajo (epígrafes IV, V, VI y VII).

En el próximo publicaremos los Anexos (en lugar de en este número, como se indicó en las partes primera –publicada en el número 73– y segunda –en el número 74– del trabajo).

c) Conceptos y cuestiones generales
   i) La finca catastral
   ii) El titular catastral
      1. Titulares civiles que el Catastro toma en consideración
         Los especiales derechos reales de disfrute del artículo 9.4 de la Ley del Catastro
      2. Régimen de las titularidades catastrales múltiples
         a) Supuestos de cotitularidad
            Cotitularidad matrimonial
         b) Régimen de representación obligatoria
      3. La legitimación catastral
      4. La sucesión de titularidades y el tracto catastral
      5. Los supuestos de discrepancia entre la titularidad civil y la catastral
   iii) La referencia catastral
      1. Su concepto, estructura y relación con la documentación catastral
         a) Fincas que no tienen referencia catastral
         b) Referencia catastral de la finca de origen
      2. La referencia catastral como elemento identificador de los inmuebles
      3. Personas obligadas a aportar la referencia catastral
      4. Medios de acreditación de la (correcta) referencia catastral
         a) El recibo de contribución
         b) La certificación catastral descriptiva y gráfica
      5. Calificación registral y notarial de la acreditación de la referencia catastral
   iv) Correspondencia de la referencia catastral
   v) La constatación de la referencia catastral
      El procedimiento de constatación
   vi) La coordinación del Catastro con la realidad extra catastral

III. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
   a) Planteamiento general
   b) La inmatriculación de la referencia catastral
      i) La inmatriculación de la referencia catastral correspondiente a una finca que también ella misma se inmatricula en ese mismo proceso
         1. Términos totalmente coincidentes
         2. Parcela plenamente incorporada al Catastro
         3. Finca catastrada a favor del transmitente o del adquirente
         4. Referencia catastral constatada

5. Referencia catastral que no esté ya inmatriculada
6. Juicio crítico sobre la estrategia de coordinación seguida para los casos de inmatriculación registral de fincas

ii) La inmatriculación de la referencia catastral de una finca ya inmatriculada
1. La doble modalidad: la inmatriculación de la referencia catastral solicitada en el trámite de inscripción de un título referido a una finca ya inscrita y la inmatriculación solicitada como operación registral autónoma
2. El título inscribible
3. Constancia en la inscripción de la referencia catastral
   a) Referencia catastral de la finca de origen
   b) Inmatriculación de la referencia catastral cuando no se ha establecido la correspondencia de la finca catastral y la registral
4. La potestad para atribuir la determinada referencia catastral que se pretende inmatricular para un bien inscrito
5. Actuación de oficio del registrador

iii) Efectos de la inmatriculación de la referencia catastral
1. Efecto inmatriculador
2. Eficacia frente a terceros
3. Eficacia frente al registrador y frente a los titulares
4. Modificación de la referencia catastral ya inmatriculada

iv) La constatación de la referencia catastral en el trámite de su inmatriculación

v) Supuestos y efectos de la no inmatriculación de la referencia catastral
1. Efectos que no produce la falta de aportación de la referencia catastral
   No consecuencias legales
   No consecuencias en el ámbito de la coordinación
2. Calificación del incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral
   Advertencia de incumplimiento
3. La negativa del registrador a hacer constar la referencia catastral atribuida por las partes
   Recursos contra la negativa

c) Supuestos de doble inmatriculación de una referencia catastral o de la intención de provocarla

d) Alteración de la descripción básica de una finca inscrita y cuya referencia catastral ya está inmatriculada o se inmatricula en ese momento

i) Planteamiento general

ii) Examen de la legislación vigente
1. La confluencia de dos legislaciones

2. La ausencia de duda fundada sobre la identidad de la finca
3. El cambio de rumbo que impone la Dirección General de los Registros y del Notariado
4. Rectificaciones en base al contenido del Catastro
5. La rectificación basada en un informe técnico
6. Rectificación por medio de un acta notarial específica
7. Procesos de remodelación territorial generalizada o sistemática

e) Conclusiones críticas del proceso de coordinación desde el Catastro hacia el registro de la propiedad

IV. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA LA ESCRITURA PÚBLICA

a) Planteamiento general. El diferente enfoque legislativo
b) Objetivos a lograr en la aplicación práctica por parte del notario de la legislación catastral relativa a la constancia de la referencia catastral
c) La constancia de la referencia catastral en las escrituras públicas
   i) Los distintos sujetos capacitados para aportar la referencia catastral a la escritura
      1. Referencia catastral aportada por el propio notario
         a) El deber de colaboración del notario con el Catastro
         b) El *índice único*
         c) Referencia catastral identificada por el notario
      2. Referencia catastral aportada por los interesados
      3. Referencia catastral aportada por el propietario
      4. Referencia catastral aportada por terceros en nombre de los interesados
   ii) El procedimiento de acreditación de la referencia catastral que se aporta a la escritura: medios y plazos
   iii) Las características particulares que el momento del otorgamiento de la escritura aporta al proceso de identificación de la finca escrituraria y catastral. La aprobación de los interesados
   iv) La constancia de la referencia catastral en la escritura
      1. Referencia catastral de la finca de origen
      2. Referencia catastral provisional
d) Efectos de la constancia en la escritura de la referencia catastral
   i) Ausencia de eficacia inmatriculadora
   ii) El reflejo automático de la realidad catastral
   iii) La utilidad documental de la certificación catastral descriptiva y gráfica
   iv) Conformidad de los otorgantes al contenido del Catastro
e) La constatación de la referencia catastral aportada a la escritura pública

f) Supuestos y efectos de la falta de constancia en la escritura de la referencia catastral
i) Competencia del notario para negar la constancia de la referencia catastral
ii) Referencia catastral no aportada a la escritura
1. Advertencias
2. Los efectos de la imposibilidad de hacer constar la referencia catastral. Recursos

V. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA ESCRITURA
a) Planteamiento general
b) La coordinación del Catastro con la realidad
c) La "incorporación" de datos al Catastro
i) Procedimientos de incorporación
ii) Sujetos obligados a declarar y a comunicar
Supuestos de concurrencia de obligaciones de comunicar
iii) Supuestos en que procede la comunicación, sustituyendo a la declaración
iv) Contenido y forma de las declaraciones y las comunicaciones
1. Contenido de las declaraciones y las comunicaciones
2. Forma de hacer las declaraciones y las comunicaciones
3. Hechos, actos y negocios declarados o comunicados
4. Acreditación de los hechos declarados o comunicados
v) Declaración por solicitud
vi) Incentivos a la declaración
1. Sanciones
a) Referencia catastral que no puede ser obtenida
b) Régimen sancionador
2. Advertencias a los otorgantes
d) Consideraciones críticas del proceso de coordinación desde la notaría hacia el Catastro

VI. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA INSCRIPCIÓN
a) Procedimiento de incorporación
b) Advertencias

VII. CONSIDERACIONES FINALES. LA COORDINACIÓN LOGRADA

ANEXOS
Anexo 1
(Texto abreviado) de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en este estudio
Anexo 2
Circular 07.04/06, de 9 de junio, sobre Criterios de Asignación y Modificación de la Referencia Catastral de los Bienes Inmuebles

Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos. Secretaría General de Hacienda. Dirección General del Catastro.

Anexo 3

Comisión o Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude, constituida a iniciativa de la Dirección General de Catastro y Cooperación Tributaria e integrada por la propia Dirección General de dicho Centro, la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registradores de la Propiedad y Notarios

Anexo 4

Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Anexo 5

Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad

IV. LA COORDINACIÓN DESDE EL CATASTRO Y HACIA LA ESCRITURA PÚBLICA

a) PLANTEAMIENTO GENERAL. EL DIFERENTE ENFOQUE LEGISLATIVO

La constancia de la referencia catastral en las escrituras públicas está únicamente regulada en la Ley del Catastro. A diferencia de lo que ocurre con la incorporación de dicha referencia catastral al registro de la propiedad, en esta vertiente notarial del problema no hay una legislación especial, como la tantas veces citada 13/1996.

Además, en esa legislación catastral general, no hay para las escrituras públicas un trato especial, semejante al que se da a las inscripciones.

Bien es verdad que, en muchas ocasiones, ese trato diferenciado para el registro no pasa de ser un prurito injustificado e inútil, que consiste simplemente en reiterar cada mandado, que primero se da, en términos generales, para todos los documentos públicos –y algunos privados–, y luego se repite, tal cual, para las inscripciones. Así, el artículo 38, el primero del Título V que estamos analizando, después de requerir la constancia de la referencia catastral en todos los "*documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales*",

en un inciso aparte, continúa: "*Asimismo, se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos*", o el artículo 48, cuando pretende convertir en norma especial algo tan general y válido para todas las instituciones implicadas como que "*la constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tiene por objeto, entre otros, posibilitar el trasvase de información entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario*". Como inútil es la pretensión de singularizar los registros de la propiedad dentro del conjunto de las "*administraciones públicas*", como hace el artículo 2.

La mención separada del registro está más que justificada cuando se tratan problemas de legitimación, como hace el artículo 3 (respecto de la descripción de las fincas, pero que recordemos que es algo que, conforme a la mecánica propia de la legislación catastral, incluye las titularidades) y el apartado 5 del artículo 9 (con mucha más razón, pues habla específicamente de esas titularidades); pero en otros casos, como en el artículo 38 y el artículo 44.4, ya mencionados en este estudio, no hacen otra cosa, en mi opinión, que recordar y potenciar ese negativo e injustificado espíritu defensivo con que el registro ha abordado toda la tarea de coordinación con el Catastro, supeditándola a los principios hipotecarios, tengan relación o no con el problema de que en cada caso se trate.

Y nada de eso tendría la menor importancia si realmente la solución al problema estuviera exclusivamente en esos principios hipotecarios que tanto se protegen, o si las escrituras no tuvieran ningún problema de descoordinación con el Catastro (como habitualmente no lo tienen con el registro de la propiedad, por ejemplo), o si, simplemente, la actuación más eficaz dependiera por entero o sobre todo de la coordinación del Catastro con el registro de la propiedad, al margen de los interesados.

En mi opinión y como he reiterado tantas veces y en tantas formas, eso no es así; y, por ello, el hecho de que las competencias notariales sean menores que las de cualquier otro funcionario autorizante del documento que ha de incorporar la referencia catastral, por ejemplo, no es que sea un problema porque relegue a una institución sino porque dificulta sus posibilidades de prestar una colaboración plena al esfuerzo que sostengo que es necesariamente colectivo.

En un sistema construido a partir de los intereses de los ciudadanos (y en mi opinión no hay ninguna otra opción válida) no puede

ser olvidada la participación notarial ni arrinconada a un plano secundario. En sus transacciones y alteraciones inmobiliarias, los particulares comparecen siempre ante el notario y sólo ocasionalmente ante el registrador; pero, lo que es más significativo aún, las dos partes del negocio, la que transmite y la que recibe, a la vez y con intereses complementarios, generalmente no comparecen juntas ante ningún otro funcionario o autoridad más que ante el notario. La depuración de errores y la coordinación con la realidad, nunca es tan fácil de conseguir como en esa fase contractual. Y la presencia allí del notario, ejerciendo el control de legalidad, en defensa de los intereses generales, permitirá, si llega el caso, evitar la tentación de los *atajos*, y lo podrá hacer destacando ante los particulares la verdad palmaria de que falsear la realidad ante el registro de la propiedad, por ejemplo, no hará sino perjudicar la seguridad de su derecho de propiedad. Y quizá así el adquirente dejará de ser el presunto instigador de la manipulación de la descripción de la finca y se convertirá en el primer interesado en velar por su pureza.

Y lo cierto es que el papel que la legislación catastral reserva a la intervención del notario no aboga en esa dirección, sino casi todo lo contrario. Y a lo mejor sin pretenderlo.

El Reglamento Notarial se limita a recordar –remitiendo a ella– la obligación establecida en los artículos 38 y siguientes de la Ley del Catastro. Aparte de la cual, sólo contiene una norma especial, la del artículo 171 (1), que ordena una completamente inadecuada supeditación del contenido de las escrituras al del Catastro, sin cuidado alguno ni por la posible falta de correspondencia o identidad de la finca catastral con la escriturada ni, menos aún, por las eventuales incorrecciones del Catastro. Es decir, todo lo contrario que, como hemos visto, ha preocupado a la organización del registro de la propiedad.

Y no hay, en dicho reglamento, ni por asomo, norma alguna que contradiga o ponga en cuestión la normativa general de la legislación catastral (algo que nunca debería hacer un reglamento, pero que –en alguna medida, al menos– sí ha hecho el hipotecario, como hemos visto).

(1) La redacción dada al artículo 171 del Reglamento Notarial, en la reforma de 19 de enero de 2007, ha sido declarada nula, por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2008. Véase nota al pie de la página 268.

Sin pretender personalizar en exceso los impulsos legislativos, de toda la regulación notarial que interesa a la constancia de la referencia catastral en las escrituras, lo más llamativo es precisamente ese espíritu absolutamente desentendido de cualquier aspecto conflictivo, a la hora de coordinar el contenido de las escrituras con el Catastro; una actitud de enorme trascendencia práctica cuando se da en una norma tan básica para el desenvolvimiento de la función pública notarial como es el reglamento de tal nombre.

> Una norma emanada además, como suele ser habitual en este tipo, del propio colectivo de notarios, y que estuvo, en todo el proceso de su gestación, respaldada y avalada por nuestros principales órganos de gobierno y representación. (Hablo de la parte del reglamento que tiene que ver con el contenido de los documentos notariales, no la de regulación interna o corporativa, que esa sí que ha sido problemática y objeto de agrios debates internos.)

Aunque nada de eso importe mucho, todo aquello que, en un determinado momento, pretendieron conseguir los representantes que el Notariado tuvo en la ya citada comisión interministerial del año 1995, aparentemente, le ha resultado indiferente o superfluo a los actuales gestores, y se ha dilapidado el protagonismo en el proceso de coordinación, que originariamente se pensó para la actuación de los notarios. Al menos, esa es la valoración a la que he llegado, examinando los textos legales vigentes, aunque insisto en que no doy demasiada importancia a esos trasfondos subjetivos que se atribuyen (o que atribuyo) a las normas jurídicas. En la aplicación (previa la necesaria interpretación) de las normas legales, los elementos más importantes no son ni los antecedentes del proceso legislativo ni las supuestas (y nunca verdaderamente comprobables) intenciones de sus redactores (si es que puede hacerse tal asignación de autoría, cuando todo texto legal tiene siempre un autor institucional y generalmente colectivo).

En cualquier caso e incluso con el texto de la ley vigente, lo verdaderamente importante es que aún me sigue pareciendo posible reconducir a buen puerto la actividad notarial, tanto en cuanto a la mera constancia de la referencia catastral como al objetivo más general y que vengo considerando prioritario de la coordinación entre instituciones. Aprovechando en lo posible la literalidad de la ley y construyendo también en parte sobre sus silencios, creo que es

posible encontrar un modo de actuar para los notarios que sea suficiente y adecuado. Y a él me voy a referir en adelante. Según mi modo de entender el Derecho y la labor de los juristas profesionales, no trataré de amparar mis propuestas en los supuestos objetivos de la ley, esos etéreos principios inspiradores, ocultos para la mayoría de los mortales pero que se supone que sus intérpretes, a modo de oráculos, son o somos capaces de alumbrar y poner de manifiesto. Ni conozco esos principios ni me propongo adivinarlos y, si acaso diera por casualidad con ellos, tampoco estoy dispuesto, como parece que se aconseja, a darles el rango y el valor normativo del que en mi opinión sólo participa el texto de la ley. Tampoco me voy a preocupar de sustituir lo que la ley efectivamente dice por aquello otro que *ha querido decir*, presuponiendo que el legislador tiene claro lo que quiere pero, por alguna razón, dice otra cosa (incluso, lo contrario), cuidándose de dejar subrepticias claves al intérprete profesional, en un misterioso diálogo de complicidad, que, naturalmente, escapa al profano.

Mis propuestas se basan más bien en la interpretación que hago de mi función y mi responsabilidad profesional, en la medida en que las considere compatibles con los textos legales. Nada más.

Me propongo reformular los mandatos legales. No, por supuesto, para enmendarlos, que no es ni puede ser mi cometido, sino para orientar mi propio trabajo profesional, del que sí soy responsable.

b) OBJETIVOS A LOGRAR EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA POR PARTE DEL NOTARIO DE LA LEGISLACIÓN CATASTRAL RELATIVA A LA CONSTANCIA DE LA REFERENCIA CATASTRAL

Así, sin pretender establecer un rango, por razón de su respectiva importancia o trascendencia social o jurídica –algo que me parece complicado e innecesario–, e incluso sin detenerme demasiado en las relaciones de lógica interna, que puedan hacer que unos objetivos sean previos a otros, creo que los notarios debemos esforzarnos por conseguir que los inmuebles objeto de las escrituras que autorizamos queden reflejados –descritos– en ellas en la forma más adecuada para que las escrituras surtan todos sus efectos, no sólo para permitir su inscripción en los registros públicos pertinentes, ni únicamente para acomodarlas a toda costa al contenido y a los quehaceres de una institución pública, el Catastro u otra, ni para que la Administración Pública, especialmente la que vela por los intereses fiscales del

Estado, pueda gestionar mejor sus impuestos, sino para todo ello y además y con preferencia para que no haya obstáculos innecesarios en orden al más exacto cumplimiento de los pactos y los acuerdos entre los otorgantes, que son la primera y fundamental razón de ser de la escritura, antes y por encima de todas las demás razones citadas.

No es jurídicamente acertado ni provechoso para nadie, tampoco para el Estado, pervertir de tal modo los conceptos que la escritura deje de ser, fundamentalmente, la forma pública del contrato para convertirse en una declaración fiscal o catastral o en la forma de justificar los medios de pago empleados o en la simple antesala de un reflejo registral.

Las escrituras públicas no son sólo la ocasión para dar sustento a las arcas del Estado, ni su función principal es la de allegar datos a las distintas instancias de control y policía del Estado. No son un mero trámite ni el formulario o *impreso* en el que se proporcionan los datos con los que se alimentan las bases de datos de los distintos registros públicos.

Lo primero, lo principal, es el contrato o, en general, el negocio o el acto jurídico. Su forma –en este caso, la escritura– es un elemento accidental y no esencial y no puede estar orientada sino a la mejor eficacia de los pactos sustantivos.

El notario tiene como principal función la de velar porque esos pactos o declaraciones de voluntad negocial alcancen su máxima eficacia, dentro del respeto a las leyes; a todas las leyes, sí, pero antes que nada y sobre todo a las leyes que regulan los efectos sustantivos. El notario, para cumplir adecuadamente su función, necesita conocer el efecto jurídico válido que los otorgantes esperan alcanzar; a partir de ahí, puede construir el resto de su trabajo: informando a las partes de los medios jurídicos de que disponen, ayudándoles, en función de sus consecuencias, a elegir el tipo de contrato que mejor se adecúa a esos efectos que buscan –o a construir un contrato ad hoc, cuando no resulte adecuado ninguno de los contratos típicos– y a configurar sus diferentes pactos o cláusulas. Desde su conocimiento de los requisitos legales: a) advertirá a los otorgantes de los consentimientos que son necesarios y se asegurará de que tienen los otorgantes la capacidad general y especial que en cada caso sea exigible; b) les advertirá de las consecuencias jurídicas asociadas a sus actos, incluso de los riesgos que sea razonable aventurar que podrán sobrevenir; c) les informará también de los

actos complementarios, posteriores a la escritura que es obligado o resulta conveniente realizar –o evitar–; d) les asesorará sobre los derechos y obligaciones que incumben a cada parte, especialmente, en aquellos aspectos que sean competencia del notario y sobre los que los interesados soliciten información. Y e) supeditará su autorización a que los otorgantes lo sean verdaderamente, esto es, que, por sí solos o, en el caso de personas con discapacidad, con los apoyos que precisen, comprenden correctamente el contenido y el alcance de sus actos, pues sólo el consentimiento libre y debidamente informado merece el nombre de tal.

Y hará todo esto desde una posición imparcial e independiente entre las distintas partes, controlando la legalidad de sus actos, como inevitablemente corresponde a su condición de funcionario público.

Y, ¿qué es lo que no debe o no tiene por qué hacer el notario?, pues en eso ya hay menos consenso y son fundamentalmente dos las opiniones que se sostienen –y, tanta autoridad y valía tienen quienes las sostienen, que resulta difícil decidirse por una u otra–. Se discute si el notario puede o debe cumplir además una función de asesoramiento, no ya sobre la legalidad sino sobre la oportunidad del acto; si puede o debe tener una actividad de consejero de las partes o de la única parte que acude a él. Se discute en parte, nada más; pues ninguna duda cabe o puede caber de que no tiene que aconsejar, bajo ningún concepto, la comisión de una ilegalidad ni tiene que facilitar de ningún modo la actuación ilícita de los otorgantes; algo que sería inaceptable en cualquier profesional del Derecho pero además impensable en la actuación de un funcionario público. Pero sí puede ser opinable y se discute al respecto si debe dar a los otorgantes su personal visión sobre la oportunidad, jurídica o económica, de los actos o negocios que se proponen realizar, si debe desaconsejar actuaciones que considere personalmente arriesgadas o si debe ser más cuidadoso en la salvaguarda de los derechos e intereses de alguna parte contractual, en concreto, la más débil. Por lo que a mí respecta, procuro no abandonar nunca la más estricta imparcialidad, de manera que si me detengo más tiempo en el asesoramiento de alguna parte es sólo porque crea que, por sus circunstancias personales y eventualmente por su situación de discapacidad, necesita de esa insistencia para comprender lo que quizá otra, por la habitualidad con que realiza otorgamientos o por su mayor capacidad personal,

alcanza a entender más rápidamente. Nada más. Pero seguramente es una cuestión que queda al arbitrio de cada cual.

Dentro de este esquema de actuación (que ojalá hubiera sabido expresar en menos palabras, pues no es lógicamente el contenido propio de este estudio), la descripción de los inmuebles no es sino una pieza subordinada más, pero me parece esencial que el notario vele porque tal descripción cumpla su función propia, y que, ni otros ni mucho menos él, la desvirtúe, en perjuicio de los otorgantes.

Presuponer, como hace el Reglamento Notarial, que les interesa a las partes la posterior inscripción de los actos y negocios que han otorgado me parece muy razonable y además es verdad: esa es la tónica general de la voluntad de los otorgantes; pero supeditar el contenido de la escritura a esa finalidad, hasta tal punto de descuidar o perjudicar el verdadero fin del contrato (y por tanto de la escritura) me parece completamente fuera de lugar; y hacer otro tanto en aras de beneficiar la operativa o los fines propios de alguna otra institución, sea ese mismo registro de propiedad o el Catastro inmobiliario, también una insensatez. Si además el Reglamento Notarial, no sólo permite esa desviación sino que la realiza él mismo, sobreponiendo su voluntad (la del legislador notarial) a la de los interesados, en mi opinión, sus preceptos no serán únicamente equivocados sino ilegales.

Y no digo yo que el Reglamento Notarial pretenda tal sinsentido, pero quizá podría haber sido un poco más cuidadoso en no expresarse como lo hace.

Ante todo, el objeto del contrato lo es porque sobre él recaen los efectos jurídicos concertados y, en particular y cuando es un negocio traslativo de la propiedad de bienes, porque delimita el alcance de los derechos reales y las relaciones jurídicas de propiedad y titularidad que han de seguir al contrato. El objeto de un contrato que provoque mutaciones jurídico-reales es la cosa que el vendedor debe entregar, la que puede tener vicios ocultos, la que el acreedor hipotecario podrá *realizar* preferentemente, la que producirá los frutos que corresponden al usufructuario, etcétera. Es por lo tanto muy importante que las partes tengan un conocimiento preciso de aquello sobre lo que recaen los derechos y obligaciones que entrecruzan.

En buena medida, el alcance de esos derechos y obligaciones vendrá determinado por la realidad de ese objeto; el Código Civil, por ejemplo, obliga a entregar la cosa vendida tal y como es en la

realidad, con independencia de que el documento que da forma al contrato, la escritura en este caso, la describa mejor o peor. Pero, además de que nunca resultará irrelevante esa descripción sino todo lo contrario y además de que la ley da valor de entrega material del bien al otorgamiento de la escritura, lo que también es indudable es que el mejor momento para que las partes obtengan un buen conocimiento del objeto del contrato es aquél en que ambas están decidiendo el alcance preciso de sus relaciones. Si ya lo tenían decidido plenamente antes de acudir a la notaría, bien, pero si, como es frecuente, es la primera vez que tienen la ocasión de conocer todo el contenido legal del derecho de su transmitente, porque no habían podido ver antes de ese momento sus títulos de propiedad o porque, aun habiendo dispuesto de ellos, no había participado en ese examen un jurista profesional que, velando por sus intereses, se los haya podido valorar e interpretar correctamente; si se enteran ahora por primera vez de todas las repercusiones que se le derivarán de las declaraciones y compromisos de su transmitente o de la importancia que tiene el que la finca está ocupada o arrendada por terceros o si es ahora cuando tienen primera constancia fidedigna de la existencia o inexistencia de cargas o afecciones reales, etcétera, el momento del otorgamiento de la escritura es sin duda un momento crucial del contrato. Lo que se averigüe después puede encerrar sorpresas desagradables, en el mejor de los casos, e injusticias, en el peor; forzando quizá a una siempre inoportuna reparación judicial posterior.

Técnicamente, el momento de perfección del contrato –que sólo exige la voluntad de las partes– puede y suele preceder a la firma de la escritura, pero el hecho de que la consumación del contrato y la transmisión efectiva de la propiedad se enlace con su otorgamiento, hace que esta última reunión permita a las partes ratificar (o, eventualmente, cambiar) sus decisiones, y no es poco frecuente el que algunos pactos del contrato o incluso la decisión de utilizar uno u otro tipo contractual reciban en la escritura su primera y única formulación, con lo que, técnicamente también, es este último consentimiento renovado el que, como uno sólo, sustenta el contrato. Es un momento también en el que las previsiones legales garantizan a esas partes un flujo de asesoramiento e información que es esencial para lograr lo que la legislación notarial denomina *consentimiento informado*, cuya importancia práctica no es fácil exagerar, pues un

consentimiento que no se basa en la plena comprensión del negocio, como he dicho, no merece el nombre de tal.

En definitiva, dentro de ese esquema general de actuación y por lo que particularmente se refiere a los bienes inmuebles objeto de los contratos y actos documentados en la escritura, creo que el notario tiene la ocasión y la obligación de hacer todo lo siguiente:

— Ayudar a los interesados, sobre todo cuando el contrato es un título traslativo de la propiedad, a identificar sin dudas la finca que pretenden que sea objeto del mismo; esto es, a comprobar con certeza que se trata de la finca que ellos señalan y que consta en los documentos legitimadores que aporten.

En lo que del notario y de los medios a su alcance dependa, asegurarse de que los interesados, ni por inadvertencia ni por malicia, tratan de contratar o actuar sobre una finca escrituraria que no está en su ámbito legítimo de acción.

— Partiendo de la descripción que consta en los títulos e inscripciones inmediatamente anteriores y por tanto vigente al tiempo del otorgamiento, aconsejar a los propietarios y en su caso a los adquirentes que la contrasten sobre el terreno con la realidad física que ellos conocen o deben conocer, comprobando que el transmitente tiene la posesión efectiva y que no hay otros ocupantes de la finca y averiguando cualquier error o discrepancia entre la descripción formal o escrituraria y la realidad física, así como constatando si permanece igual o ha cambiado el contenido de elementos físicos o personales que identifican las fincas, especialmente aquellos, como los linderos, que es probable, al menos en ciertos tipos de finca, que hayan cambiado desde el título anterior y es conveniente actualizar, pero advirtiéndoles de que deben hacerlo de forma que, so capa de la actualización, no quede desvirtuada la realidad básica de la finca sobre que se contrata o actúa.

— En este proceso, un magnífico apoyo institucional para conocer esa realidad física exterior es precisamente el Catastro inmobiliario, cuya descripción de las fincas, sobre todo en el caso de los terrenos, rústicos o urbanos, y de los edificios en su conjunto, contiene elementos tan útiles para identificarlas como su forma, la situación precisa en el plano de la zona, un inventario de sus aprovechamientos, tipos de cultivos y construcciones; incluso, utilizando medios informáticos, una vista aérea bastante cercana y reconocible de la misma. De modo que, sirviéndose de la información

catastral, cualquier persona que conozca la finca puede averiguar con certeza si es o no aquella sobre la que pretende contratar o actuar.

El notario dispone hoy, en su despacho, de los medios técnicos que le permiten poner toda esa información catastral a disposición de los interesados.

— Tratar de obtener de los interesados, pero también directamente por sí (del registro de la propiedad, del Catastro, del ayuntamiento y otros organismos públicos pertinentes), todos los datos que sean relevantes acerca de la situación jurídica de la finca, por ejemplo, sus titulares registrales y catastrales, limitaciones dominicales, incluidos los arrendamientos protegidos, y prohibiciones de disponer, cargas reales, procedimientos ejecutivos en curso, restricciones u obligaciones urbanísticas, deudas repercutibles al adquirente (por motivos fiscales, por financiación pública de la adquisición, por gastos de comunidad de propietarios, etcétera); y en general todos aquellos que, en virtud del tipo de contrato, puedan delimitar el contenido de derechos y obligaciones de las partes, tanto en el momento de celebrarlo como después, ayudando a fijar la posición jurídica que respectivamente adquieren.

— Informar a los interesados sobre el valor y alcance de las cargas y limitaciones averiguadas y, en su caso, de la forma, requisitos y gastos que originará su cancelación o depuración; haciendo constar si las leyes ya establecen la obligatoriedad de responder por las cargas detectadas o si son los particulares quienes deben acordar lo que consideren oportuno al respecto.

— Informar a los otorgantes, según sus diversas posiciones contractuales, en su caso, de los medios habilitados en Derecho para corregir las discrepancias descriptivas que los pasos anteriores pongan de manifiesto, especialmente modificaciones de la cabida inscrita, y para coordinar las descripciones de sus inmuebles en la escritura, en el registro y en el Catastro, haciéndoles saber los requisitos y límites legales al respecto, así como las consecuencias de que los errores continúen, especialmente en relación con el alcance de sus obligaciones contractuales y con relación al contenido de sus futuros derechos, por razón de su titularidad sobre los bienes.

— Indagar sobre la necesidad de adecuar la descripción escriturara de los inmuebles a la realidad física extradocumental, especialmente, en la medida en que esa realidad exterior al documento

influya en los pactos realizados. Aconsejándoles también que incorporen a la descripción de las fincas las accesiones producidas en ellas y que ese examen haya puesto de manifiesto, especialmente obras nuevas no declaradas.

Pero, en la realización de ese objetivo, el notario procurará que esa realidad física exterior que los interesados pretenden incorporar a la nueva escritura sea una realidad con un valor jurídico que pueda y deba ser protegido y esté al menos aparentemente justificado. El notario no tiene autoridad para dirimir conflictos territoriales –ni otros– ni le corresponde negar a los otorgantes la verdad o justicia de sus afirmaciones, pero tampoco sería adecuado a la responsabilidad social y profesional del notario, como autoridad que es, que se cree la apariencia de que la escritura resuelve y zanja con la autoridad del Derecho cualquier situación de hecho que no reúna condiciones jurídicas básicas o da carta de naturaleza a pretensiones que pueden ir en contra del sistema inmobiliario o da solución pública a disputas territoriales entre particulares, yendo mucho más allá de las competencias del notario y de los medios a su alcance. En este punto y en mi opinión, es perfectamente aplicable también al trabajo de los notarios toda esa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado acerca de la constancia registral de los excesos de cabida, una doctrina que está dictada en relación con la actuación del registrador pero que está basada en principios y objetivos que indudablemente convienen igual a la escritura pública; no es únicamente un problema de cómo se registra el exceso, sino de cómo lo cuenta el título.

Precauciones que, en gran medida, no podrán pasar del asesoramiento y la advertencia, puesto que no tiene libertad el notario para denegar la autorización del documento más que en los casos y por los procedimientos previstos en las leyes, pero incluso esa advertencia, plasmada por escrito en la escritura pública, cumple perfectamente su función de salvaguardar la coherencia del sistema.

— En general, colaborar con los interesados, tanto cuanto le sea posible en función de sus competencias, en la tarea de lograr la mayor coordinación posible de la escritura con el registro de la propiedad y con el Catastro.

Y como quiera que toda esa actividad está amparada –u ordenada– por las leyes, tanto sustantivas (el Código Civil, la legislación urbanística, la que ordena la construcción y la de propiedad horizon-

tal, por ejemplo), como adjetivas (la legislación notarial o la hipotecaria) y por las leyes fiscales, etcétera, el notario está facultado –yo diría que legalmente obligado– para actuar del modo indicado. De modo que la normativa específicamente reguladora de la constancia documental de la referencia catastral (ya sea la legislación catastral o la hipotecaria) deberá acomodarse a esa función primordial y no al revés; será la normativa dictada para estos fines de coordinación con el Catastro la que deba estar y pasar por esa otra normativa sustantiva y prioritaria y no estorbar los indicados propósitos.

c) LA CONSTANCIA DE LA REFERENCIA CATASTRAL EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

Por lo tanto, me propongo tener en cuenta las consideraciones y objetivos anteriores a la hora de examinar los concretos mandatos de esa legislación catastral, registral y específicamente notarial, en cuanto a la constancia en las escrituras de la referencia catastral de los inmuebles. Y, al mismo tiempo y por las razones ya tantas veces expuestas de que conviene a todos la mejora de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y que tal mejora pasa por la coordinación en las descripciones que de los bienes contienen las escrituras públicas, las inscripciones registrales y el Catastro, no olvidaré tampoco en ese examen la finalidad coordinadora señalada.

Además y naturalmente, valen todos los análisis hechos en las páginas anteriores sobre los distintos conceptos legales y sobre los procedimientos operativos comunes a las diferentes formas de coordinación procedente del Catastro que también he expuesto. En relación con los distintos asuntos ya vistos, utilizaré en adelante las conclusiones a que he llegado, en la pertinente discusión, sin repetir, pues nada añadiría, los argumentos ya dichos, hayan sido más o menos concluyentes.

Por lo demás, será útil hacer la exposición en forma paralela a la que he seguido en el estudio de los mismos o similares procesos relacionados con el registro de la propiedad, puesto que ello nos dará una mejor idea de las diferentes posiciones que a cada funcionario autorizante asigna la ley. Veremos así:

— La constancia de la referencia catastral en las escrituras (y recordemos que también en algunas actas). Para lo cual será nece-

sario examinar las particularidades en el ámbito notarial de la potestad de atribuir la referencia catastral al inmueble, esto es:

• Las diferentes personas obligadas a aportarla y también las que suelen hacerlo, estén obligadas por una ley o no, y prestando especial atención a las distintas consecuencias de que la referencia catastral provenga de unos u otros y a la posibilidad de que la asignación de la referencia catastral a la finca y por tanto su identificación se conviertan en parte del contrato.

• La forma y condiciones en que el notario puede cumplir realmente su obligación legal de obtener por sí mismo la referencia catastral, y la forma errónea en que tal cosa ha llegado a hacerse, por consecuencia de las relaciones internas entre el Notariado y el Catastro.

• Los medios de acreditación, distintos según el sujeto aportante, y, en particular, la eficacia de la acreditación previa, hecha ante otro funcionario, especialmente cuando la referencia catastral está inscrita y produce efectos contra tercero.

• La especial relevancia que proporciona a todo el proceso de asignación de la referencia catastral la presencia de todos los interesados, con competencia para hacer convenios sobre ello.

• Las especialidades notariales del proceso de constatación de la referencia catastral aportada a la escritura, que la ley regula de forma diferente respecto de otros documentos públicos.

• Los efectos especiales, si los tiene, de la constancia en las escrituras de la referencia catastral de los inmuebles, en particular, la ausencia de efectos inmatriculadores y los condicionantes contractuales del contenido catastral.

— En sentido contrario, los efectos de la falta de constancia en la escritura de la referencia catastral; algo que nos obligará a considerar:

• El caso de que sea imposible aportar la referencia catastral porque la finca carezca de ella.

• Si el notario tiene o no competencia para establecer la correspondencia de la referencia catastral, y la consiguiente posibilidad de que niegue la constancia pretendida.

—Las advertencias que puede y debe formular el notario.

Hitos todos de un proceso que presupone y se apoya en el hecho, tantas veces reiterado, de que todo pasa por la correcta identificación de la finca y por la colaboración al efecto de todas las partes. Sólo que, en este caso, el notario, a diferencia del registrador, sí que va a tener la ocasión de participar de manera efectiva en dicho proceso e incluso de tener un marcado protagonismo; al mismo tiempo que ve limitada por la ley su capacidad de intervenir e influir en el resultado final.

i) Los distintos sujetos capacitados para aportar la referencia catastral a la escritura

En este gran apartado que comienza por identificar a los distintos sujetos llamados a aportar la referencia catastral a la escritura, de nuevo, nos enfrentamos a la misma cuestión tantas veces tratada en este estudio: la correcta identificación de la finca y de su referencia catastral. Y además y como ya dije en la parte destinada a las cuestiones generales o previas, al hablar de examinar el problema de las personas obligadas a aportar la referencia catastral y los medios de que disponen para acreditarla, recalan aquí casi todos los demás problemas que hemos ido examinando. Sólo que es probablemente ahora cuando tiene una mayor incidencia la posibilidad, que la ley regula como un inexcusable deber, de que sea el propio notario quien averigüe y por tanto quien *aporte* la referencia catastral del inmueble que es objeto del documento que autoriza.

Una *aportación* que debe hacer el notario, pero que debe sujetarse a la ley y, por sorprendente que pueda resultar decirlo, veremos que la normativa notarial interna dificulta esta tarea. En realidad y para ser más claro, la manipula, la tergiversa y la convierte en incorrecta.

Pero además, la identificación por parte del propio notario no puede ser realizada sino una vez que, con su ayuda y asesoramiento, los interesados, o sea, los otorgantes, han identificado correctamente la finca, tanto respecto de la escritura previa como en relación a la finca catastral. Después y sobre la base de esa identificación positiva de la finca, lo cierto es que el notario dispone de medios suficientes para conocer la referencia catastral y que, atendiendo el mandato legal, debe obtenerla por sí, eximiendo por tanto a los

otorgantes de la obligación legal de aportarla y, por ende, de las sanciones asociadas al caso de incumplimiento.

El hecho de que la obligación del notario sea tributaria de la previa identificación de la finca que hagan los interesados obliga a determinar quiénes deben ser considerados como tales. Y, a este respecto, al tratar de la cuestión general o previa de las personas obligadas, o sea, de los sujetos de la obligación legal de aportar la referencia catastral, ya dije que –con la salvedad, que ahora no interesa, de la solidaridad en las sanciones económicas– me parece inadecuado el propósito legal de poner a todos los otorgantes en un mismo plano. En congruencia con el planteamiento y la valoración que he hecho del proceso ante el notario y además de las razones ya dichas de que no todas esas personas tendrán el mismo conocimiento de la finca, tanto la escrituraria como la catastral, debo añadir ahora que tampoco todas sufrirán en igual medida las consecuencias de un posible error de identificación. Hemos de ver pues que únicamente las partes contratantes –y no todos los otorgantes pertenecen a esa categoría– deberían tener competencia para señalar al notario la referencia catastral o para proporcionarle los datos que permitirán al notario identificarla por sí.

Por último, es importante recordar aquí la diferente posición y los diferentes derechos que deben reconocerse al propietario de la finca, respecto de aquellos otros otorgantes de una escritura que, no siendo propietarios, están obligados, por mandato de la ley, a hacer constar en el documento la referencia catastral de un inmueble que no es suyo.

Por lo demás, el proceso, como todos, regula medios y momentos adecuados para cumplir con las obligaciones antes dichas; y las iremos viendo.

1. Referencia catastral aportada por el propio notario

En el otorgamiento de escrituras públicas es donde cobra toda su virtualidad la previsión legal de que sea el propio funcionario el que aporte la referencia catastral, conforme a lo dispuesto en los artículos 41.2 y 47.1 de la Ley del Catastro. Según el primero, "*cuando los notarios obtengan directamente las certificaciones catastrales a que se refiere el párrafo a del apartado 1, los otorgantes del documento público o solicitantes de la inscripción registral quedarán excluidos*

de la obligación a que se refiere el artículo anterior", y según el segundo, "*los notarios deberán solicitar a los otorgantes o requirentes de los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 38 que aporten la documentación acreditativa de la referencia catastral conforme a lo previsto en el artículo 41, salvo que la pueda obtener por procedimientos telemáticos*".

A diferencia de lo que expuse para el caso de los registradores de la propiedad, en el de los notarios, entiendo que sí deben ser ellos los que aporten a la escritura la referencia catastral, esto es, la concreta combinación de veinte dígitos y letras asignada por el Catastro a la finca objeto del documento. Si fuera cierto que la correcta asignación de la referencia catastral únicamente dependiera de tener acceso a los medios técnicos para averiguarla, también lo podría hacer el registrador, pero como no lo es, y como lo averiguado aisladamente por el registrador ya no puede ser sometido al consentimiento de los otorgantes, como podrá y necesariamente tendrá que hacer el notario, se impone una diferente conclusión acerca de qué funcionario puede y cuál no aportar la referencia catastral al documento público.

Y tal conclusión no puede ser otra sino que el notario, que sí puede hacerlo, debe aportar por sí la referencia catastral. Y la forma concreta en que debe hacerlo resulta de una simple inversión del mandato del artículo 47.1. Podríamos parafrasear dicho artículo diciendo que *los notarios deberán obtener por procedimientos telemáticos la referencia catastral a que se refiere el artículo 38, solicitando a los otorgantes o requirentes de los instrumentos públicos que les aporten los datos y elementos de conocimiento necesarios para ello.*

Volvemos así a la cuestión de que, si la asignación de una referencia catastral a una finca fuera un proceso siempre exento de errores, la forma concreta en que se hiciera carecería de importancia, pero que, como la práctica demuestra que no es así y al menos hasta que tal objetivo se logre, es fundamental que los interesados se involucren en tal proceso; para colaborar en que se haga una asignación correcta, pero también para compartir la responsabilidad por sus errores.

> Un proceso semejante, en teoría, al de asignar a las fincas una referencia catastral es el de añadir a su descripción su correspondiente

signatura registral. Dicha signatura es un dato (un conjunto agrupado de varios, mejor) identificador de la finca dentro de los libros del registro de la propiedad; un dato que no está dotado ni mucho menos de las precauciones y garantías que caracterizan la referencia catastral; que no es inmutable (puede ser variado, aunque la finca permanezca igual, por un simple traslado interno entre libros del registro o por la reorganización administrativa –demarcación registral– de esas oficinas); no está codificado, siendo el resultado de expresiones literales y numeraciones no controladas; etcétera. Y, sin embargo, funciona con una notable precisión y utilidad práctica. Razones por las cuales tradicionalmente se deja a la exclusiva competencia del notario su inclusión en la escritura, sin que de ello se hayan derivado nunca dificultades. Y cualquier error en esa asignación, tampoco imposible, se corrige de forma fácil, inmediata y segura y normalmente sin consecuencias perceptibles (de hecho, no es infrecuente que el registrador corrija los eventuales errores en la atribución de dicha signatura por la simple mención de la correcta en los márgenes del documento, sin más trámite). Pero todo eso es así y puede hacerse porque ambas instituciones, la escritura y la inscripción, trabajan con la misma realidad, con una misma concepción de la finca, en su descripción y en su titularidad. El Catastro ha preferido utilizar su propia realidad, y la consecuencia es que la correlación es un trabajo arduo y complicado, plagado de errores.

El notario por más que deba y quiera hacerlo no tiene por sí solo, como no la tiene ningún funcionario, la posibilidad de resolver siempre el problema de la correcta atribución a cada finca de su referencia catastral propia, en tanto los particulares interesados no la hayan identificado.

Ante la mala fe de los declarantes y máxime ante la mala fe conjunta o combinada de las dos partes en el contrato, generalmente poco podrá hacer el notario; pero ya he dicho que no creo que la práctica acredite que esa situación sea frecuente ni por tanto decisiva en el fenómeno de la descoordinación entre el Catastro y las fincas civiles.

Los supuestos de mala fe e incluso los directamente delictivos, por estafa, no son imposibles, ni siquiera inusuales. Pero, en mi opinión, no son ellos los que han provocado la quiebra que toda esta legislación coordinadora está pretendiendo corregir.

En mi opinión, influyen más otras causas ya citadas en este estudio, como las dificultades técnicas –que la ley no se ha preocupado demasiado de evitar– o, más grave aún, la voluntad de las partes de trasladar a las escrituras –y al Catastro– realidades socio-jurídicas

en las que se han producido *saltos* o *atajos* en la documentación pública [y en la fiscalidad correspondiente]; incluso en la confusión entre el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) [las tradicionales y populares *contribuciones*] y la catastración de las fincas, de manera que la frecuente situación de que la finca *no pague contribución* hace pensar a los propietarios que su finca no está en el Catastro. Como influye la falta de interés, motivada por el desacierto y la ausencia de compromiso de la ley a la hora de implicar en la obtención de sus fines a los particulares (que no perciben una utilidad propia) e incluso a los funcionarios, lo que termina propiciando actuaciones rutinarias, ante la sensación de que el proceso carece de utilidad práctica o sólo la tiene para el Estado. Todo lo cual, a veces, lleva a los particulares a ser poco cuidadosos en la identificación catastral de la finca y a los funcionarios a limitarse a transcribir sin más cualquier referencia catastral que resulte plausible (y casi ni eso).

Y resulta que en la tarea de evitar estas otras causas –no así respecto de las primeras, las fraudulentas o malintencionadas– la intervención primero del notario y después del registrador de la propiedad es o puede ser decisiva.

Pero a condición de que sea bien caracterizada esa intervención. Porque, como estamos viendo y hemos de analizar aún, es el caso que la Ley del Catastro no regula adecuadamente la colaboración del notario en la detección y corrección de errores; y la legislación notarial llega a conclusiones absurdas al respecto.

Lo cierto es que ni la intervención de los registradores –excesivamente defensiva, más preocupada de impedir el acceso al registro de una referencia catastral errónea o dudosa que de colaborar en localizar la correcta– ni la de los notarios –a los que no reconoce la ley una capacidad de control, sino de mera aceptación pasiva de las actuaciones de terceros– están bien resueltas en la ley; siendo así que sería la adecuada participación coordinada de estos dos funcionarios la que podría reconducir los graves errores de planteamiento de la ley.

El notario, confrontando las declaraciones de todas las partes, indagando sobre las discrepancias aparentes, aportando certificaciones catastrales descriptivas y gráficas, que puede obtener por sí mismo –sobre la base de las previas indicaciones de los interesados, ciertamente–, asesorando y advirtiendo sobre las diferencias entre la rectificación de errores en la cabida de las fincas y la ocultación bajo la capa de esos errores de otros negocios jurídicos traslativos,

advirtiendo de las consecuencias de la desvalorización intencionada del registro de la propiedad, con la grave pérdida de protección que sigue a las dobles inmatriculaciones, etcétera, puede hacer una gran labor.

Además, implicando a las dos partes en los negocios traslativos, quedaría manifiesta e indudable la responsabilidad del causante del error, en su caso.

Máxime –y ese es un asunto de enorme gravedad para los notarios– cuando muchos otorgantes de la escritura creen que el notario está en condiciones de conocer y depurar o evitar cualquier posible error en los datos del documento que autoriza; lo que les lleva a pensar también que, si a pesar de todo algún error queda en el documento ya otorgado, el notario es responsable de él; incluso más responsable que la parte que reconocen que ha sido la causante del daño, por cuanto entienden que el notario tuvo medios para impedirlo y debió hacerlo. Es cierto que esa responsabilidad no existe en términos legales, pero existe en la consideración social, y por tanto daña la imagen pública del Notariado, que tanto nos interesa conservar a todos los notarios, siendo como somos una profesión socialmente fundamentada en la confianza.

a) El deber de colaboración del notario con el Catastro

Pero si es relativamente claro, en la ley, el deber del notario de aportar la referencia catastral, no lo es tanto la regulación reglamentaria que lo implementa. Considerada aisladamente como tal, la obligación del notario de aportar la referencia catastral sería parecida a la de los demás convocados por la ley; independientemente de las naturales diferencias en plazos e incluso en medios, el notario debería hacer algo muy parecido a lo que compete a los interesados. Pero no es así. El desarrollo normativo, a muy distintos niveles –hasta llegar al que de ninguna manera cabe calificar de verdadera norma jurídica, pero que no resulta para el notario menos vinculante–, ha mezclado demasiadas cosas y ha conducido a una situación confusa y verdaderamente inadecuada.

Empezaré por una digresión que me parece absolutamente inevitable:

Aunque, como veremos más adelante, la ley prevea que la formación y el mantenimiento del Catastro se haga mediante lo que llama

procedimientos de incorporación y aunque, por lo que se refiere a las noticias que el Catastro recibe de terceros, de otras fuentes que su propia organización interna, tales procedimientos consistan en *declaraciones* (de particulares) o *comunicaciones* (de autoridades), y aunque esté previsto que tales noticias le lleguen de una u otra fuente pero no de las dos a la vez, lo cierto es que la Ley del Catastro, haciendo aplicación y uso de la técnica habitual de las leyes fiscales e incluso fundamentándose en la más general de todas ellas (la general tributaria), reclama para sí el derecho a recibir la más plena colaboración de todos. Absolutamente de todos y de todos a la vez.

Bajo el epígrafe de "*TÍTULO IV. DE LA COLABORACIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN*", el artículo 36 de la Ley del Catastro, denominado "*Deber de colaboración*", establece en su punto primero que "*toda persona natural o jurídica, pública o privada, está sujeta al deber de colaboración establecido en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en relación con los datos, informes o antecedentes que revistan trascendencia para la formación y mantenimiento del Catastro Inmobiliario*"; y como quiera que desea ser bien entendida así lo repite también particularmente para los distintos sujetos de la obligación de declarar y comunicar: en el artículo 10, diciendo que "*los titulares catastrales tienen el deber de colaborar con el Catastro Inmobiliario, suministrándole cuantos datos, informes o antecedentes resulten precisos para su gestión, bien sea con carácter general, bien a requerimiento de los órganos competentes de aquél conforme a lo reglamentariamente establecido*"; y, en el mismo artículo 36, añadiendo que "*las Administraciones y demás entidades públicas, los fedatarios públicos y quienes, en general, ejerzan funciones públicas estarán obligados a suministrar al Catastro Inmobiliario, en los términos previstos en el artículo 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuantos datos o antecedentes relevantes para su formación y mantenimiento sean recabados por éste, bien mediante disposición de carácter general, bien a través de requerimientos concretos*".

Como desarrollo de ese deber de ciertos funcionarios públicos, el apartado 3 de ese mismo artículo 36 concreta que "*los notarios y registradores de la propiedad remitirán a la Gerencia o Subgerencia del Catastro en cuyo ámbito radique el inmueble, en la forma que reglamentariamente se determine y dentro de los 20 primeros días de cada mes, información relativa a los documentos por ellos au-*

torizados o que hayan generado una inscripción registral en el mes anterior, en los que consten hechos, actos o negocios susceptibles de inscripción en el Catastro Inmobiliario. En dicha información se consignará de forma separada la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación de aportar la referencia catastral establecida en el artículo 40".

Y dado que esta obligación de notarios y registradores ya nació con la Ley 13/1996, tantas veces citada en este estudio, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 23 de junio de 1999 aprobó el formato de suministro de información a la Dirección General del Catastro de las alteraciones catastrales relativas a los documentos autorizados o inscritos por notarios y registradores de la propiedad, en cumplimiento del artículo 55 de esa Ley 13/1996; y, para recoger, tanto "*la experiencia de varios años en el servicio de intercambio de ficheros con notarios y registradores de la propiedad por medios telemáticos*" como las propias novedades introducidas por la vigente Ley del Catastro, una resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro modifica el anexo a la Orden de 23 de junio de 1999, o sea, que establece la forma concreta en que los notarios y registradores de la propiedad hemos de dar cumplimiento a esa exigencia del artículo 36 de la ley.

b) El índice único

Por lo que a los notarios particularmente respecta, el cumplimiento de la ley, de esa Orden de 1999 y de la citada resolución "*conjunta*" se realiza a través del llamado *índice único*, creado en la reforma de 2007 del Reglamento Notarial, en su artículo 286, en donde se dice que "*a los efectos de la debida colaboración con las Administraciones Públicas, se crea el índice único informatizado notarial. Es titular y responsable del mismo el Consejo General del Notariado*"; y que "*se habilita al Consejo General del Notariado a que trate el índice único informatizado a los efectos de la remisión de la información de que se trate a las Administraciones Públicas que conforme a la ley tengan derecho a ello, como consecuencia del deber de colaboración del notario en su condición de funcionario"*.

Cuando unas normas legales dicen estar dando cumplimiento a otras, podríamos pensar y deberíamos tener derecho a pensar que, al final, la última no dirá algo distinto de la primera y que los no-

tarios (como otros funcionarios) seguiremos estando obligados a cumplir con el deber de aportar la información que precisamente nos exige la Ley del Catastro y no otra información. Pero, en este caso, no es así.

En efecto, el anexo de la citada resolución conjunta, a propósito de la "*identificación del bien inmueble*", no por cualquier otra circunstancia, sino, como dice, "*según la presencia o ausencia de la referencia catastral*", aclara que lo hace en "*cumplimiento del artículo 40 TRLC* [texto refundido de la Ley del Catastro]" y, a continuación, distingue cinco casos.

Pero, ya de entrada, este planteamiento contiene varios errores: en realidad, el artículo 40 de la ley, por sí solo, no contempla "*cinco casos*", pero es que además tampoco estaremos planteando bien la cuestión si la "*presencia o ausencia*" de la referencia catastral se hace depender sólo de los interesados, que es a donde nos lleva o lo que sugiere la remisión al artículo 40, puesto que, como hemos visto, su obligación es en realidad subsidiaria de la que tienen los funcionarios, ex artículo 41, de obtenerla por sí (y ya hemos analizado cuándo puede y cuándo no hacer tal cosa el funcionario sin ayuda de los interesados). Y es que no es en absoluto la misma cosa constatar (en el sentido ordinario de esta palabra, no en el particular que le da la Ley del Catastro) si la referencia catastral ha terminado o no por constar en el documento, como pretende conseguir el artículo 38 y siguientes de la ley, que detenerse morbosamente en averiguar si los particulares han cumplido o no con sus obligaciones. Y, si es que se tratara únicamente de averiguar y poner en evidencia esto último, debería esperarse de las normas legales que lo hicieran con toda seriedad, puesto que se pone en cuestión la responsabilidad de los ciudadanos y las eventuales sanciones que pueden recaer sobre ellos, una responsabilidad que de ningún modo se puede anudar a hechos objetivos –constancia o no de la referencia catastral– sin examinar la culpabilidad, requisito necesario de toda responsabilidad, la imputabilidad, que según la ley no es directa de los particulares sino sólo subsidiaria, y la concurrencia de los demás requisitos que son ajenos a los particulares pero que, según la propia ley, son presupuesto de la constancia de la referencia catastral, de manera que es perfectamente posible que el ciudadano cumpla todas sus obligaciones y que sin embargo la referencia catastral no pueda hacerse constar en el documento, sencillamente porque la ley lo quiere así.

Lo cierto es que sería mucho más exacto referir las cinco situaciones aludidas por el anexo, no al artículo 40 sino al conjunto de los artículos 40 a 49, con las únicas salvedades del artículo 46 (por razón del funcionario) y de los artículos 43 y 44; pero, desde luego, con una destacada importancia de los artículos 45 y 49, como vamos a ver inmediatamente. Esto es, a todo el régimen legal de constancia de la referencia catastral.

En realidad, la Orden de 23 de junio de 1999 (que es la norma a la que pertenece y a la que completa el anexo de la resolución que estamos viendo), ya en su propio cuerpo, muy anterior a la resolución conjunta, lo explicaba bastante mejor, puesto que lo que en definitiva ordenaba (y el anexo no debería alterar ese mandato, sino sólo acomodarlo a la legislación vigente) es "*aportar información sobre si se ha presentado o no la referencia catastral exigida en la normativa vigente* (artículos 50 y 55 de la ley 13/1996), *así como al tipo de referencia catastral que se aporta, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 51 y 53 de la ley 13/1996, indicando si se incorpora o no a la escritura o inscripción*". Pero el equivalente actual a esos artículos citados, que ya no están vigentes, no es sólo el artículo 40 sino todos lo que acabo de señalar de la Ley del Catastro.

Dicho esto, veamos pues ya el régimen que resulta del repetido anexo a la Orden de 23 de junio de 1999. Tanto en su redacción original como en la vigente, los supuestos a declarar son: "*1. RC* [Referencia catastral] *de la finca incorporada; 2. RC de la finca incorporada y dudosa; 3. Incorporada de la finca de origen; 4. RC presentada no incorporada y 5. No se ha presentado RC"*.

Aunque el estilo es innecesariamente telegráfico, está claro que lo susceptible de incorporar es la referencia catastral y no la finca (de modo que la expresión "*de la finca*" debe ir en todos los supuestos o en ninguno y que el supuesto 3 no debería haber omitido la abreviatura "*RC*") y que, como incluso gráficamente revela el anexo, los tres primeros supuestos suponen que se ha incorporado una referencia catastral al documento –la escritura o la inscripción, en nuestro caso– y que no se ha incorporado ninguna en los otros dos; esto es, que el carácter dudoso de la referencia catastral (caso 2) no impide, al menos necesariamente, su incorporación. De hecho, el anexo agrupa los tres primeros supuestos bajo el epígrafe "*Bien inmueble con referencia catastral*" y los dos últimos con el de "*Bien inmueble sin referencia catastral*".

En mi opinión y como ya expresé, hubiera sido preferible incluir el caso 3 entre aquellos que dejan al inmueble sin referencia catastral, pues me parece que citar la referencia catastral de la finca de origen tendrá los efectos que deba tener, especialmente de tipo liberatorio de responsabilidad, pero que no debe considerarse en ningún caso que tal referencia es la de la finca; aunque entiendo que no deja de ser una sutileza.

Pero lo cierto es que los notarios no cumplimentamos las obligaciones que nos impone la Orden de 23 de junio de 1999 –y por lo tanto su anexo– con entera libertad para elegir el vehículo de información, sino que, muy al contrario, no tenemos otra manera de hacerlo que a través del que al respecto nos permite el llamado *índice único* notarial. En dicho documento, encontramos para la referencia catastral de la escritura, no las opciones del anexo a la orden ministerial, sino estas otras: "*1. No consta* (en cuyo caso debe expresarse las razones de falta de constancia); *2. Referencia de la finca de origen; 3. Identificada por el notario y 4. Referencia dudosa*".

Se supone que, en esta materia, el contenido concreto de ese índice notarial es el resultado del pertinente convenio oficialmente establecido entre la Dirección General del Catastro y el Consejo General del Notariado, para desarrollar el deber de colaboración de todos los notarios, conforme al artículo 36 de la Ley del Catastro y 62 y siguientes de su reglamento; aunque también cabe que sea el resultado, en permanente fluidez, de conversaciones o transacciones sólo verbales, hechas al *más alto nivel*.

No voy a recordar aquí cuanto ya he dicho sobre la aplicación de los artículos 40 y siguientes de la ley; y, como tendré ocasión de desarrollar un poco más detenidamente, al principio del tercer y último gran apartado de mi estudio, tampoco quiero convertirlo en un alegato sobre un asunto doméstico y privado, como es la relación de colaboración entre dos oficinas públicas (una notaría y una oficina del Catastro) o, peor aún, entre dos funcionarios del Estado, ni sobre a quién le corresponde realizar qué tarea o cómo. Pero es que las alternativas del *índice único* son una grave tergiversación de la ley y de sus fundamentos. O así me lo parece a mí.

En la ley de 1996 (y en la actual, vía art. 49), una referencia catastral dudosa es aquella en la que, a juicio del "*notario o el registrador de la propiedad*", y "*no obstante haber identidad en los*

términos expresados en el artículo 45, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble"; y que el "*notario*" (no el registrador), "*en caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su **duda** sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble*".

Es decir, que atendiendo a su carácter de dudosa o no dudosa y utilizando (¿cómo hacerlo de otro modo?) el concepto legal de referencia catastral dudosa, el supuesto uno del anexo, "*RC de la finca incorporada*" tiene que ver con el caso de aquella referencia catastral que ha superado el trámite del artículo 45 de la ley y no ha despertado las dudas del notario; y el supuesto 2 de ese mismo anexo, "*RC de la finca incorporada y dudosa*" tiene que ver con el caso de la referencia catastral que, aun a pesar de haber superado el trámite de correspondencia del artículo 45, sí ha despertado la duda del notario, pero, a pesar de ello, ha sido incorporada a la escritura, tras la alegación de urgencia por parte de los interesados y porque así se lo permite hacer el artículo 49. ¿Qué tiene eso que ver con el hecho de que el notario haya identificado la referencia catastral por sí mismo –suponiendo que pueda hacer tal cosa– o con que haya aceptado como válida y asumido como propia la identificación que le hagan los interesados?

Oponer la referencia catastral dudosa (art. 49) a la "*identificada por el notario*" es una manipulación, sencilla y llanamente; y, como digo, una tergiversación de la ley de gran trascendencia.

c) Referencia catastral identificada por el notario

Lo que nos lleva a un error aún más grave del planteamiento que subyace en la estrategia que sigue ese índice único notarial y que, lógicamente, debemos analizar: el de la "*referencia catastral identificada por el notario*", cuando con ello se quiere aludir, como parece, a que se trata indudablemente de la referencia catastral correspondiente al inmueble objeto del contrato, porque al notario personalmente le consta o porque se le ha acreditado debidamente y él asume el compromiso de que es correcta. (Con lo que llegamos al verdadero contenido de este apartado).

La ley no contiene esa posibilidad y el notario no puede honestamente asumir esa responsabilidad. No hay ningún artículo de la ley

que dé al notario la competencia para decidir bajo fe pública notarial que una determinada referencia catastral es, definitivamente, la correspondiente a una finca dada. Si lo hubiera, sería inadmisible someter la pertinencia de la atribución de la referencia catastral a la finca a la calificación registral o de cualquier otro funcionario posterior, pues la fe pública notarial, como cualquier otra fe pública, está bajo la salvaguarda de los tribunales; si lo hubiera, el propio trámite del artículo 49 sería innecesario; si lo hubiera, la mayoría de los mecanismos coordinadores devendrían innecesarios. Pero no hay tal norma: la Ley del Catastro no dice eso; ninguna ley dice eso.

El notario no tiene la autoridad legal ni los conocimientos técnicos para hacer tal cosa. Y ningún funcionario debe tenerla. La finca tiene que ser identificada por los otorgantes y, en el caso de negocios multilaterales, la identificación debe ser parte del negocio y aceptada por todas las partes. El notario no puede hacer una plena identificación en contra del criterio del otorgante o del de las partes y no debe hacer una identificación del objeto del documento sino auxiliándose de las informaciones que le den esas partes.

La referencia catastral dudosa no es aquella que incumple los requisitos de identidad de la finca que establece el artículo 45 de la ley. Ese es precisamente el caso del número "*4. RC presentada no incorporada*" (o, si se prefiere y según las circunstancias del caso, el del "*5. No se ha presentado RC"*, porque la referencia catastral aportada sea incongruente con el inmueble objeto del documento y por tanto sencillamente y llanamente se entienda incumplido el deber de aportar). Si el notario, como cualquier otro funcionario interviniente en el documento que origina la comunicación o declaración o puesta en conocimiento del Catastro, considera que no se cumplen los requisitos de identidad o correspondencia que establece el artículo 45, deberá declararlo así y podrá incorporar o no la referencia catastral que considera errónea a la escritura o a la inscripción (ya he discutido ampliamente ese aspecto), pero lo que no puede es abstenerse de resolver; no puede desentenderse y declararse perplejo, dudoso, irresoluto.

Y lo contrario, lo que no debe hacer en ningún caso, como notario, bajo su fe (o incluso bajo su competencia profesional, si se prefiere un terreno más nebuloso, si es que tal cosa puede aplicarse a un funcionario en el ejercicio de su autoridad), es declarar que asume la responsabilidad de dar por cierta y segura la identificación

de la finca y la correspondencia de su referencia catastral, porque no alberga dudas sobre ello. No es su tarea, según la ley, no es su responsabilidad, según la ley, y no es su competencia, según la lógica de las cosas.

Y, además, tal manera de proceder, tal distribución de supuesto como la que hace el llamado *índice único*, provoca que no haya lugar para declarar (de modo que respecto de ellos el notario no podrá cumplir las obligaciones de comunicación que la ley le impone claramente) los casos en que la referencia catastral haya sido aportada directamente por los interesados, lo cual sigue siendo lógicamente una posibilidad de la ley.

A despecho de lo dispuesto en el artículo 41 y en el 48, la aportación de la referencia catastral por los interesados (utilizando como medio acreditativo el recibo de contribución u otro más adecuado), sigue siendo la forma más habitual de que la referencia catastral llegue a las escrituras públicas.

> Como, en este marco, tampoco podrá comunicar por medio del índice notarial los supuestos de constatación, del artículo 49 de la ley, cuando es precisamente la *duda* aludida por ese artículo la única que debería ser objeto de esta advertencia en dichas comunicaciones notariales.

Un poco más adelante diré el motivo por el que creo que ha ocurrido todo esto, pero lo cierto es que tal parece que los instrumentos dados para verificar y, en cierto modo, impulsar el cumplimiento del deber de aportar la referencia catastral a los documentos públicos han terminado por mezclar y confundir las diversas responsabilidades en juego y, atendiendo a la preferencia que se dé a unas o a otras, subsumir en ésa todas las demás, quepan o no.

La Ley 13/1996, origen de todo este esfuerzo, estableció en su artículo 55 que "*los Notarios y Registradores de la Propiedad remitirán… información relativa a los documentos por ellos autorizados o inscritos en el trimestre anterior… de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden, en los que se hará constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación establecida en el artículo 50*". (O sea, según ese originario art. 50, la obligación de hacer constar la referencia catastral en "*las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de transcendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y los contratos de arrendamiento de los mismos, así como en*

los documentos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles"). Además y conforme al artículo 51, respecto de los notarios, éstos debían "*comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar, de forma separada, en la relación a que se refiere el artículo 55 de esta Ley*"; del mismo modo y según el artículo 53, "*el Registrador deberá comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar, de forma separada, en la relación a la que se refiere el artículo 55 de esta Ley"*. Es decir, que existía un doble control, por un lado, se comprobaba si realmente la referencia catastral había accedido o no al documento, por otro, se comunicaba al Catastro la identidad de los infractores, previa advertencia a los mismos de que así se iba a hacer.

La vigente Ley del Catastro, en su artículo 36.3, ha refundido ese doble régimen, distinto para cada funcionario, notario o registrador, y declara que "*los notarios y registradores de la propiedad remitirán a la Gerencia o Subgerencia del Catastro en cuyo ámbito radique el inmueble, en la forma que reglamentariamente se determine y dentro de los 20 primeros días de cada mes, información relativa a los documentos por ellos autorizados o que hayan generado una inscripción registral en el mes anterior, en los que consten hechos, actos o negocios susceptibles de inscripción en el Catastro Inmobiliario. En dicha información se consignará de forma separada la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación de aportar la referencia catastral establecida en el artículo 40*". Sólo que ese artículo 40 no equivale de verdad a los primitivos artículos 51 y 53 de la ley de 1996, puesto que ya no puede ser aplicado con independencia del artículo siguiente, el 41, y, en consecuencia, los obligados citados en el artículo 40 son subsidiarios de los mencionados en el artículo 41. Y ese no es en absoluto un cambio menor.

En la ley del año 1996, los únicos obligados a aportar la referencia catastral a los documentos públicos eran los otorgantes (en ningún caso el funcionario, que es el primer llamado hoy día, como regla general), por lo que, en caso de haber incumplimiento, éste sólo podía ser imputable a dichos otorgantes. Pero sobre todo es que se distinguía netamente entre dos circunstancias diferentes: de un lado, si la referencia catastral se había aportado o no a la escritura o la inscripción; de otro, si había habido o no incumplimiento

del deber de aportar. Porque lo cierto es que esas dos circunstancias nunca han estado necesariamente vinculadas puesto que, en la ley de 1996 como en la actual, siempre han existido supuestos que exoneran de cualquier responsabilidad por no aportar la referencia catastral (por ejemplo, su inexistencia).

La citada Orden de 23 de junio de 1999, que desarrolla el citado artículo 55 de la Ley 13/1996, o sea, una norma que ya no está vigente, inició ya una senda de cambios poco justificados. Empezó por considerar que la "*información relativa a los documentos*" comprendía en todo caso "*la identidad de los titulares o adquirentes de los citados bienes inmuebles o derechos, número de identificación fiscal y su domicilio*" (en el caso de la información a cargo de los notarios) y el "*nombre, apellidos y razón social del transmitente y su número de identificación fiscal*" (en el caso de la proporcionada por los registradores); de modo que el genérico "*otorgantes o requirentes*", sujetos de la original obligación de aportar, quedaba reducido a los titulares o adquirentes o incluso sólo a los adquirentes [y desde luego no es lo mismo constatar o dar la debida relevancia al hecho de que es el transmitente quien está en mejores condiciones de identificar la referencia catastral que apartar de toda consideración a los demás obligados, pues lo cierto es que todos son llamados por la ley y, sobre todo, que el documento que deba contener la referencia catastral puede haber sido otorgado por interesados distintos de los titulares (se supone que catastrales) y de los adquirentes de los bienes]; pero es que, a continuación, parece entender que esa relación de sujetos implica o envuelve la de incumplidores, puesto que deja de solicitar la información explícitamente pedida por los artículos 51 y 53 sobre "*identidad de las personas que hayan incumplido la obligación*" del 55; como si bastara con que la referencia catastral no conste en el documento para que de ello se deduzca necesariamente que el titular o el transmitente (o quien corresponda) ha incumplido su obligación de aportar.

En su versión más actual (aunque teniendo en cuenta que lo que se va modificando de la Orden ministerial de 23 de junio de 1999 es únicamente su citado anexo), la obligación de los funcionarios autorizantes es la de aportar información de todos los otorgantes (y hasta de algunos sujetos que propiamente no lo son, como los cónyuges no comparecientes) y desde luego se reafirma la desvinculación completa entre falta de constancia e incumplimiento de la

obligación de aportar la referencia catastral. O así resulta obligado entenderlo, puesto que se omite cualquier mención sobre sujetos obligados y sujetos exentos así como sobre supuestos imposibles (falta de existencia de la referencia catastral).

Pero lo más importante es que, al pasarla por el tamiz del llamado *índice único*, toda la secuencia de información toma otros derroteros y se dirige a un fin distinto del previsto en la legislación catastral, sea la primera del año 1996 o la actual.

Una variación que, aunque no deje de ser un asunto doméstico y poco o nada relevante desde la perspectiva de los interesados, obliga además al notario a optar entre uno de dos incumplimientos (el segundo de los cuales incluye amenaza de sanciones a su costa): o deja de cumplir la Ley del Catastro y acomoda la redacción de la escritura a lo que sabe que luego se le va a preguntar, en la confección de los índices, o deberá ser él quien provoque la falta de correspondencia entre el documento y su reflejo en el índice. Porque lo cierto es que el notario puede redactar la escritura como le parezca que debe hacerlo y crea que las leyes le obligan, pero, respecto de los índices, en esta y en otras muchas materias en las que se plantea un problema parecido al que ahora estamos viendo, no tiene sino dos opciones: o redacta el índice con arreglo a las instrucciones de la pantalla del ordenador, eligiendo, en su caso, entre las tasadas alternativas que le ofrece la aplicación informática, o deja el índice sin hacer e incumple la obligación de confeccionarlo y remitirlo a sus superiores.

> (Bueno, en realidad, a la empresa mercantil privada con la que sus superiores han *subcontratado ¿? la gestión* de los índices notariales).

Así, el recientemente (2007) reformado artículo 284 del Reglamento Notarial dice que *"asimismo, el notario deberá velar por la más estricta veracidad de dichos índices, así como por su correspondencia con los documentos públicos autorizados e intervenidos, siendo responsables de cualquier discrepancia que exista entre aquellos y estos"*. Frente a lo cual y como meros ejemplos de la obligación que se le impone al notario de manipular el verdadero contenido documental, forzado por la necesidad de respetar estándares catastrales –que ni siquiera están en la ley– baste citar los siguientes: *"a) En la aportación a gananciales debe figurar como*

aportante el titular inicial del bien y como adquirentes los dos cónyuges; b) En las confesiones de privaticidad, cuando el bien figura catastrado a nombre de los dos o sólo del confesante, se procederá de forma análoga a las extinciones de condominio o a las liquidaciones de sociedad conyugal: introduciendo a ambos cónyuges como confesantes (transmitentes al 50 por 100) y al beneficiario como adquirente al 100 por 100 haciéndose constar que nos encontramos en un código 1 cambio de dominio". [instrucciones de cumplimentación del llamado índice único]; así como la imposibilidad de hacer constar como objeto de una escritura un edificio en su conjunto, cuando está integrado por distintos locales o viviendas; dado que el Catastro tiene previsto asignar referencias catastrales individuales a cada uno de esos elementos individuales, nunca hace lo propio con el edificio en sí, de manera que ese *tipo de objeto* no puede ser utilizado en los referidos índices notariales, cuando no hay otro, en escrituras tales como las que formalizan su declaración como obra nueva en construcción, el acta que acredita la finalización de las obras, etc.

Sin comentarios.

De tal manera que la obligación legal de que sea el propio notario el que, para facilitar la obligación de los interesados, averigüe por sí mismo y aporte a la escritura la referencia catastral de los inmuebles escriturados se ha convertido en la obligación del notario de decidir acerca de la pertinencia de la referencia catastral aportada, por él o por quien sea; en la obligación de respaldar con su autoridad la regularidad plena del proceso de asignación y a la fijación de una base firme para toda consecuencia posterior. (Lástima que tenga que utilizar para ello una autoridad de la que, en este terreno, carece.)

Y resulta además que tal intervención de autoridad del notario no se realiza sobre la base de una capacidad calificadora que le atribuya la ley (como la que tiene el registrador, en base al apartado Dos y el Cinco del art. 53 de la Ley 13/1996 y al art. 48 de la Ley del Catastro); al contrario, esta última competencia se *regatea* al notario, silenciándola la ley y dejándola en una impertinente duda. Tampoco se sujeta esa intervención al trámite del artículo 45 –y su eventual correlato del 49–; en realidad, no se sujeta a ningún procedimiento, sino que va mucho más allá. Hasta convertirse en clandestina, pues no se realiza ante los interesados, sino en un mero trámite de comunicación interna, entre funcionarios; y que conduce a resoluciones

tácitas, que no se sustentan en otra documentación que la virtual de una base de datos digital, que no se comunica a los interesados y que, por tanto, éstos no pueden aceptar o recurrir.

¿Y por qué se ha llegado a todo esto?, ¿por qué esta deriva de la ley en cuanto a la información que se solicita de notarios y registradores, sobre todo de los primeros? Pues porque, al fin, todo ha quedado supeditado a ese afán que tanto preocupa a la Ley del Catastro desde casi el principio de su exposición de motivos: porque así se "*posibilitaba la actualización de las titularidades catastrales mediante la cooperación de las notarías y de los registros de la propiedad*", cosas que "*en el texto refundido reciben un completo tratamiento*" (aunque luego resulte que no es verdad y que esa actualización de titularidades no está especialmente desarrollada en la Ley ni en el Reglamento del Catastro, pues lo cierto es que ni siquiera la mencionan, al menos con ese nombre). La actualización de titularidades, en la ley, no es sino la consecuencia del alta y la baja de titulares, el nuevo y el antiguo, aunque sin olvidar que la baja, según los términos de la ley, no se produce como mera consecuencia de la comunicación notarial sino de una declaración independiente, a la que la ley llama *solicitud*.

Pero es un evidente y reconocido deseo del Catastro que tal actualización de titularidades ocurra; y que ocurra de la manera más automatizada posible, es decir, con el menor trabajo posible para el Catastro. Y también con fiabilidad, claro. Y nada mejor para ello que trasladar la responsabilidad de la regularidad del proceso a un tercero que, por lo que sea, no se va a negar: el notario; sin detenerse a considerar si ese funcionario tiene o no, según la ley, competencia para afrontar el encargo, ni cuáles sean las consecuencias jurídicas de tan irregular modo de proceder.

2. Referencia catastral aportada por los interesados

Sin perjuicio de esa necesaria intervención de los interesados que vengo propugnando para todo supuesto de aportación de la referencia catastral a la escritura, puesto que entiendo que el notario no debe hacerla constar nunca sólo por sí, sin consultarla con los interesados y obtener su conformidad, la ley permite indudablemente que sean los particulares los que asignen la referencia catastral directamente.

Cuando corresponda, cuando no lo haga por sí el notario (con justificación o sin ella) y cuando ellos prefieran hacerlo por sí, lo cierto es que la referencia catastral también podrá ser aportada por los propios particulares. Pero, concretamente, ¿quiénes son esos interesados?

El artículo 40 concreta el genérico mandato del artículo 38, diciendo que, "*están obligados a aportar la referencia catastral de los bienes inmuebles… ante el Notario, los requirentes u otorgantes del documento notarial en el que conste el hecho, acto o negocio constituido sobre el inmueble de que se trate*".

> Parece que la legislación catastral se hace eco aquí, por primera vez, de la distinción reglamentaria entre otorgantes de escrituras públicas y requirentes de actas notariales, pero en realidad, y siguiendo la técnica del apartado 2 del artículo 41, hubiera sido mucho más preciso hablar sólo de otorgantes, pues los requirentes de actas también lo son.

En cuanto a las personas obligadas –distintas del notario–, si la ley quiere que lo sean todos los otorgantes o requirentes, sin duda lo serán. Pero, más allá de una solidaridad en las sanciones, lo cierto es que no cabe atribuir igual posibilidad real de aportar la referencia catastral a todos los otorgantes del documento, algunos de los cuales no tendrán por qué conocer la finca, por lo que no podrán saber si la referencia catastral aportada permite identificarla bien.

Debiera ser innecesario reiterar que la referencia catastral que es obligado hacer constar no es cualquiera, independientemente de cómo se acredite, sino la que verdaderamente corresponda a la finca escriturada, y habrá "*correspondencia*", como dice el artículo 45 de la Ley del Catastro, cuando su descripción escrituraria y catastral coincidan. Pero esa circunstancia no la conocerán igual todos los otorgantes, ni todos ellos disponen de los mismos elementos de juicio para juzgarla; algunos, ni siquiera son parte en el negocio, aunque por uno u otro motivo lo otorguen (el arquitecto que certifica determinadas cuestiones relativas a la obra nueva no es parte en su declaración; pero menos aún son partes los testigos o los intérpretes). Pero incluso entre las verdaderas partes es posible hacer distinciones necesarias: el adquirente, si el negocio es traslativo, no podría cumplir con la obligación de aportar la referencia catastral sino después de que el transmitente le entregue su título previo y en la medida en que sea el correcto; el transmitente es el responsable

de aportar el título adecuado y sólo a partir de él puede saberse si hay o no correspondencia entre la descripción escrituraria y la catastral; en caso de parcelas catastrales de similares características situadas en el mismo paraje, ¿cómo podría el adquirente, sin ayuda del transmitente propietario, distinguir un recibo de contribución de otro?; el adquirente o el acreedor hipotecario, por supuesto, no tendrán en su poder los recibos de contribución territorial de la finca; el acreedor hipotecario, por más conveniente que ello sea y dado que su derecho no es de goce, no tiene por qué conocer físicamente la finca sobre la que recaerá su garantía.

Más adelante, veremos la importancia de contar con el consentimiento del propietario de la finca, incluso aunque no intervenga en el documento en cuestión, así como la conveniencia de incluir la identificación de la finca entre los propios pactos del contrato, en su caso.

3. Referencia catastral aportada por el propietario

Como dije, al tratar de este tema en el ámbito de la inmatriculación de la referencia catastral, el derecho que tiene el propietario, de rectificar o cambiar si la considera incorrecta la referencia asignada por el titular de un derecho real, no debería funcionar de igual modo en sentido contrario. Por lo que ahora interesa, creo que el notario debe tener en cuenta y aplicar esa doctrina a su trabajo, doctrina que ya he dejado expuesta por extenso y que, recordada brevemente, dice que la modificación de una referencia catastral ya asignada a un inmueble únicamente debe permitirse que la haga el propietario de la finca o, al menos, si es que la pretende hacer otro, en base a los datos que sea, debe contar con el consentimiento del propietario; de modo que no debe hacerse nunca tal cambio a espaldas del dueño, ni siquiera siguiendo instrucciones del propio Catastro, en aquellos casos en que la ley así lo prevé.

4. Referencia catastral aportada por terceros en nombre de los interesados

Surge en este punto la necesidad de examinar las consecuencias de una pequeña pero constante dificultad que genera cierto tipo de escrituras y ciertas prácticas de los despachos notariales. Hoy día,

es frecuentísimo el caso de que las escrituras públicas sean el resultado de un encargo que hacen al notario unos profesionales que intermedian en la contratación, que son quienes dan noticia de las partes, de los objetos y de los pactos del contrato. Esa intervención se da especialmente en el caso de las escrituras que documentan negocios traslativos del dominio y en los préstamos hipotecarios (dos operaciones que pueden ir juntas e interrelacionadas), siendo frecuente que ese intermediario sea la propia entidad que financia la operación o alguien que trabaja para ella.

Cuando se trata de auténticos profesionales, dado que su trabajo y su responsabilidad profesional suelen incluir la perfecta identificación de la finca, la comprobación de su situación dominical y libertad de cargas y la ausencia de deudas que puedan perjudicar al adquirente, la presencia e intervención de estos intermediarios, no sólo no perjudica en absoluto, sino que facilita la contratación y particularmente todos los procesos que estamos viendo aquí. En realidad, ellos disponen de más medios y más ocasiones que el propio notario para indagar de las partes toda la información que estoy diciendo que es necesaria para asignar correctamente la referencia catastral, y, lo que es más importante, para comprobar tal información sobre el terreno, porque tienen o pueden tener una proximidad a la realidad física cuya ausencia constituye el gran *handicap* de todos los funcionarios intervinientes, incluido el notario.

De hecho, la tasación de inmuebles, como requisito para la concesión del préstamo hipotecario, ha hecho probablemente más por la coordinación entre las escrituras y la realidad (y, por medio de las escrituras, de la coordinación de las inscripciones y el Catastro con esa misma realidad) que cualquier intento legal al respecto.

Pero lo cierto es que, en contrapartida, aleja a los interesados propiamente dichos del despacho notarial, al que acuden por primera vez en el momento señalado para la firma de la escritura, que a veces ni siquiera tiene lugar en la notaría y por lo tanto en lugares donde el notario carece de esos medios técnicos que antes he citado y que son los que le permiten consultar el Catastro. En consecuencia, cualquier omisión o insuficiencia se hacen más difíciles de corregir. Poco bueno puede hacerse en ese momento de la firma, cuando los interesados ya no consideran conveniente cambiar nada, cuando estiman que, por el bien del negocio, el otorgamiento no admite demoras (la socorrida *urgencia*) y en el que prevalece el

convencimiento general –del que la ley, en el mejor de los casos, es culpable por omisión y, en el peor, por acción– de que la constancia de la referencia catastral no es sino un trámite engorroso más, que únicamente beneficia al codicioso y controlador Estado y que nada se pierde por padecer algún pequeño error. Máxime cuando hay toda una concepción política en pleno auge que considera que la intervención de los funcionarios en el tráfico económico es tanto mejor cuanto más limitada y más pasiva y que la eficiencia del mercado exige relegar la intervención, no ya sólo del funcionario, sino incluso la del profesional independiente.

ii) El procedimiento de acreditación de la referencia catastral que se aporta a la escritura: medios y plazos

a) Medios del notario

En el caso de que la referencia catastral sea aportada a la escritura por el notario, no dice el artículo 47 de la ley en qué tipo de documento o medio acreditativo o probatorio deberá constar, pero sí dice el procedimiento por el que le habrá llegado: cualquiera, pero telemático; es la única precisión que hace la ley.

Lo cierto es que, hoy día, procedimientos telemáticos al alcance del notario hay muchos, de modo que podría recibir una referencia catastral por la específica vía del artículo 41.a de la Ley del Catastro (o sea, la "*certificación catastral electrónica*", que no es cualquiera sino precisamente la "*obtenida por los procedimientos telemáticos que se aprueben por resolución de la Dirección General del Catastro*"); pero también por la comunicación telemática que le envíe el registro de la propiedad (esa comunicación telemática registral es más antigua que la regulada por la Ley del Catastro e incluso que la prevista en su antecedente, la 13/1996); así como por medio de una escritura pública –que le remita telemáticamente otro notario–; también puede provenir de una información telemática sobre deudas a las haciendas locales, procedentes, directa o indirectamente, del correspondiente ayuntamiento.

Es decir, que el cauce telemático es compatible con todos los tipos de documentos señalados en el artículo 41 y con algunos más, con lo que se convierte en una imprecisión de la ley, que seguramente estaba pensando en un documento concreto.

Y también –y probablemente es el medio más útil de todos– el notario dispone de los medios de identificación de fincas y por tanto de su referencia catastral que proporciona la página web (un medio telemático, pues) de la Dirección General del Catastro, que permiten llegar a tal referencia por muy diferentes vías: por la identidad del titular catastral, por la dirección postal, por la tradicional combinación de polígono y parcela catastrales y también por su localización en diferentes cartografías igualmente accesibles en distintas páginas web de acceso anónimo y gratuito. (Y que multiplican y facilitan el hecho de que el propietario, el comprador, el colindante, etc., puedan identificar fácilmente las fincas, por medio de planos y fotografías aéreas de gran resolución).

> La Dirección General del Catastro proporciona el servicio WMS, libre y gratuito ("*con la única limitación de no realizar descargas masivas de porciones de Cartografía*", dice en su página web), un estándar de publicación de cartografía en Internet, con las especificaciones recogidas en el Open Geoespatial Consortium; servicio al que es posible acceder por medio de navegadores, tanto genéricos como específicos, al alcance de casi cualquiera. Pero es que, directamente desde la propia página web del Catastro, una vez localizado el inmueble, a través de cualquiera de los múltiples procedimientos que el Catastro ofrece para ello, existen accesos directos a la planimetría de la zona, que incluyen, como digo, la fotografía aérea.

b) Medios de los particulares

Por su parte, para acreditar la referencia catastral, los particulares deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley del Catastro y realizar la acreditación con alguno de los documentos allí mencionados y que ya conocemos.

Sin embargo y como también hemos visto reiteradamente, no todos esos medios pueden tener igual valor práctico, de modo que, en ocasiones y a pesar de que los particulares le aporten una referencia catastral acreditada en forma legal, creo que el notario –para poder cumplir con sus propias obligaciones en el juicio de correspondencia– necesitará conseguir también por su propia cuenta una descripción catastral de la finca, utilizando esos medios telemáticos citados, de modo que pueda comparar descripciones y formar su criterio al respecto.

Y es que, como hemos visto que ocurría en el caso del acceso de la referencia catastral al registro de la propiedad, también el notario necesitará comparar dos descripciones para poder llegar al juicio de correspondencia que exige el artículo 45 de la ley. De modo que, cuando le aporten un título público previo, judicial, notarial, administrativo o registral, en que conste asignada una referencia catastral, pero que no contenga una descripción catastral de la finca que sea posible comparar con la escrituraria, ese documento no le será suficiente. Valdrá, nominalmente, para el trámite de la *acreditación*, pero no para el de la *correspondencia*. Y el mismo problema puede presentar el recibo de contribución de la finca puesto que, como ya he dicho, puede contener una descripción completamente insuficiente de la finca catastral.

A este respecto es importante tener en cuenta que la regulación de la intervención del notario no tiene una norma equivalente a la del apartado Dos del artículo 53 de la Ley 13/1996, que indirectamente está exigiendo que el documento del que resulte la referencia catastral describa la finca "*en términos que permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca*". Ninguna ley lo impone, pero la función del notario lo exige, so pena de no poder dar cumplimiento a la tarea que la ley parece querer que desarrolle.

Otra manera de abordar este problema, al menos en el caso de que la referencia catastral la acrediten los interesados por medio de un documento público, tiene que ver con la consideración de si en realidad los interesados tienen que someterse en todo caso a un juicio de correspondencia de la finca o no, puesto que también podría pensarse que, en realidad, la referencia catastral así alegada y acreditada ya está vinculada a la finca y que esa vinculación queda bajo fe pública, ya sea judicial, administrativa, notarial (del notario que intervino antes que él) o registral, de modo que el notario no tiene que reiterar por sí mismo el proceso de constancia, ni emitir su propio juicio al respecto.

Este extremo me parece uno de los de más difícil solución de los problemas que plantea la aplicación de toda la normativa que estoy estudiando aquí. Negar que los procesos de asignación de la referencia catastral, debidamente realizados por funcionario público competente, tengan plena eficacia posterior es arriesgado y carecería de fundamente teórico. Pero, por otro lado, el contenido declarativo de la escritura, todo él, debería estar a la plena disposición de los otor-

gantes, y no sólo por la responsabilidad asociada a su autoría –que, en este caso, es claro que no le podría ser imputada, en caso de que la asignación no la hagan ellos–, sino por las consecuencias jurídicas asociadas a tal asignación de la referencia catastral.

Se trata, en mi opinión, de que el notario acuda en cada caso al medio más adecuado para acreditar la referencia catastral propia de la finca objeto de la escritura, ya sea por un único documento o una suma de varios y ya sea por un procedimiento a su alcance y que puede realizar por sí solo o por la vía de recibir la referencia catastral de los interesados; y que someta el resultado final al consentimiento de las partes.

Debe tenerse en cuenta además que el problema de que la referencia catastral quede acreditada por medio de un documento que no describa la finca no sólo afecta al trabajo del notario. Puesto que el juicio de correspondencia de la finca escrituraria –y luego registral– con la catastral es un proceso que ni puede ni debe hacerse al margen de la intervención de los interesados, especialmente del propietario, el actual y el que va a serlo, tampoco a ellos se les puede hurtar los elementos de comparación, pues, en su ausencia, tampoco ellos podrán confirmar con fundamento la identidad de la finca (pues no puede esperarse que simplemente se aprendan la referencia catastral en tanto que secuencia de números y letras). En el caso particular de los títulos traslativos del dominio, yo creo que esa identificación de la finca entra de lleno en el contenido del contrato, y por lo tanto la intervención obligada de los interesados se hace más necesaria; pero ese modo de actuar no es privativo de ese tipo de escrituras. En mi opinión, los otorgantes tienen siempre derecho a pronunciarse al respecto, incluso cuando el documento es unilateral.

De modo que la averiguación de la referencia catastral por el notario debe ser y conviene que sea la regla general, pero en el marco de un proceso como el siguiente: una vez que los particulares han identificado la finca civil (lo más importante de todo), aportarán al notario, si disponen de él, un documento en el que conste *prima facie* la referencia catastral (incluso –como es práctica reiterada y que de esta manera podría considerarse admisible– mediante una simple fotocopia del recibo de contribución u otro documento público); cuando esa referencia catastral conste en un documento que no describa la finca suficientemente o cuando sencillamente no la describa, auxiliarán al notario en la búsqueda que éste haga, a través

de los procedimientos telemáticos por los que puede consultar el Catastro, de manera que logre identificar la finca catastral adecuada. En estos dos últimos casos, el notario hará constar la referencia catastral que conste en el documento que obtenga del Catastro; "*incorporando a la matriz el documento para su traslado en las copias que dejará unido a la matriz*" (art. 47 de la Ley del Catastro).

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha de 15 de julio de 2009 (ya citada en este estudio), ha manifestado su negativa a admitir que la referencia catastral se acredite mediante simples fotocopias; dice que "*en cuanto al primero de los problemas, es decir, si cabe acreditar la referencia catastral aportando fotocopias de las certificaciones catastrales, como ha dicho este Centro Directivo, es principio básico de nuestro derecho hipotecario que sólo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro*"; el problema es que, como ya he tenido ocasión de comentar, prácticamente toda la doctrina de esta resolución me parece descuidada.

Aunque lo diga la Dirección General de los Registros y del Notariado, no es fácil encajar el "*último recibo justificante del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles*" entre la documentación "*auténtica y pública*", y además la Ley del Catastro, en su artículo 41, lo admite expresamente como medio de acreditación de la referencia catastral ante cualquier funcionario. Y es que la reserva de titulación pública a la que alude la resolución citada, esto es, la mencionada en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, no afecta más que a los "*títulos expresados en el artículo anterior*", es decir, a los denominados títulos inscribibles, o sea, los que directamente fundamentan el derecho que ha de ser inscrito, y de ninguna manera a todos los que pueden ser objeto de constancia en el registro ni a todos los que aportan al registrador contenidos que deban o puedan ser parte del asiento. No estando pues ante tal tipo de *título*, la Dirección General de los Registros y del Notariado debería haberse limitado a *interpretar* que ese artículo 41, por un lado pretende que el documento *acredite* (según dice el título del precepto, que no su contenido) y que es dudoso entender que una fotocopia *acredita*, y de otro lado que, al no distinguir, parece estar pensando sólo en el recibo original; argumentos poco seguros por lo demás, teniendo en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 267, sobre la "*forma de presentación de los documentos públicos*", dice que "*podrán presentarse por copia simple y, si se*

impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios", y el artículo siguiente sienta parecida norma para los documentos privados. Además, no podemos dejar de tener en cuenta que el propio Catastro, en sus impresos oficiales, por medio de los cuales los particulares deben declarar los distintos hechos susceptibles de ello conforme al artículo 16 de la ley, en sus modelos 901N, 902N, 903N y 904N, para el caso de que no conste la referencia catastral del inmueble afectado por la declaración en el documento que acredite la alteración, permite que se le aporte "*fotocopia del último recibo justificante del pago del impuesto sobre bienes inmuebles*". Como ya he propuesto en diversos lugares de este estudio, el asunto no tiene por qué ser demasiado conflictivo en el caso de la acreditación de la referencia catastral ante el notario (ni ante el registrador), pues, si tenemos en cuenta todos los inconvenientes propios de los recibos de contribución, incluso los originales, y la conveniencia de que el notario amplíe su información, porque la va a necesitar para formar y emitir su juicio de correspondencia, y si agregamos la obligación directa que tiene el notario de averiguar la referencia catastral por medios telemáticos, de todo ello resulta sin duda la conveniencia, digo, de que el notario añada al repetido recibo de contribución el documento que él mismo obtenga del Catastro, con lo que el problema se habrá disuelto. En conclusión, creo que el notario únicamente en dos supuestos podría prescindir de realizar sus propias indagaciones: cuando los particulares le aporten un documento acreditativo de la referencia catastral que contenga una descripción suficiente del inmueble, para compararla con la del documento, y cuando los interesados, debidamente informados por el notario, decidan consentir, remitiéndose a ella, la referencia catastral ya hecha constar por otro funcionario público.

Plazos de aportación de la referencia catastral ante el notario

Conforme al artículo 42 de la Ley del Catastro, los sujetos obligados deben aportar la referencia catastral al notario "*con anterioridad a la autorización del documento*".

Sin embargo, dado que el propio notario es uno de los obligados, mejor dicho, no simplemente uno más sino el primer llamado a aportar la referencia catastral, el obligado preferente, así como que,

en muchos de los casos, hay diferentes sujetos llamados a aportar información al respecto, no todos los cuales se dirigen al notario en el mismo momento, y dado el hecho de que el notario, desde que se inicia la confección de la escritura, está en permanente contacto informal con los otorgantes y sus agentes, no hay un único momento en el que acreditar la referencia catastral.

Si a ello le sumamos que acreditación y juicio de correspondencia están indisolublemente ligados y que este último proceso requiere del conocimiento y hasta del consentimiento de los otorgantes, tenemos que ese momento, en definitiva, puede tener lugar en cualquier instante anterior al otorgamiento, durante el otorgamiento y también después del mismo (del mismo modo que también puede ocurrir que nunca sea el momento oportuno).

Así, no será infrecuente que la noticia sobre la referencia catastral la aporten los otorgantes –o sus agentes– durante la fase de preparación de la escritura y de recopilación de los datos que serán necesarios para el otorgamiento, de modo que el notario podría ya desde ese momento formar su propio juicio de correspondencia o identidad de la finca referenciada; pero, incluso en tal caso, los otorgantes habrán debido conocer y aprobar tal asignación, de modo que, sobre todo cuando se trate de negocios bilaterales, puede que el notario no pueda despachar con esos otorgantes hasta el propio otorgamiento, pues no siempre acostumbran a reunirse en la notaría antes, por lo que no será sino hasta esa reunión que pueda realmente requerir su aprobación.

Pero también puede darse el caso de que la referencia catastral haya quedado perfectamente identificada, pero aún reste por materializarse la obtención del dato concreto, la particular secuencia alfanumérica en que la referencia catastral consiste; tal ocurre si las partes identifican perfectamente la finca y se sabe que ésta coincide con una o varias parcelas catastrales, de modo que averiguar la referencia catastral –una o varias– es sólo cuestión de consultar el Catastro.

La propia ley, en su artículo 49, en definitiva contempla un supuesto de este tipo, pues toda constatación de la referencia catastral parte de la base de una perfecta identificación de la finca pero también de la duda sobre su referencia catastral correcta.

Pero igual podría ocurrir en cualquier otra circunstancia, simplemente porque así lo prevean y establezcan los interesados, que

pueden apoderarse recíprocamente entre sí o incluso encomendar al notario la obtención de la referencia catastral, con arreglo a determinados criterios que dan por ciertos; y, en todos estos casos, como en el de constatación de la referencia catastral, el notario podrá añadir el dato a la escritura después de otorgada. En mi opinión, nada se opone en la ley a esa secuencia.

Cuestión distinta y no siempre bien entendida es la de si la referencia catastral, tras ser aportada y acreditada, según hemos visto, queda reflejada en el propio cuerpo de la escritura, en lo que se conoce por escritura matriz, o en una diligencia complementaria separada. En tanto en cuanto la ley no exija la unidad de acto (un requisito muy poco frecuente), cualquier otorgamiento puede ser unitario o múltiple, sin que esa multiplicidad de documentos, entendidos como cuerpos físicos, como conjunto de folios escritos, con un principio y un final, y las firmas autorizándolos, implique variación alguna de su esencia; las diligencias complementarias o de rectificación, aunque se otorguen después de concluido el documento principal, no son en rigor posteriores al otorgamiento sino una fase más del mismo; a prácticamente todos los efectos legales, una diligencia complementaria es una parte más de la matriz y su otorgamiento es propiamente el otorgamiento de la escritura. Lo único relevante a estos efectos es que estemos ante un acto consentido por todos o por sólo una parte de los otorgantes. Si la diligencia complementaria la otorga una sola de las partes de un negocio multilateral, contendrá el otorgamiento de esa parte –y de las que en ese acto represente, si está facultado para ello–, pero no el de todas; pero lo mismo puede decirse de la matriz, que únicamente estará otorgada por quienes hayan comparecido, presentes o representados, en el momento de su lectura y firma; el otorgamiento de la escritura es la suma de todos ellos.

iii) Las características particulares que el momento del otorgamiento de la escritura aporta al proceso de identificación de la finca escrituraria y catastral. La aprobación de los interesados

A pesar de que pudiera pensarse que la Ley del Catastro autoriza lo contrario, creo que el notario nunca debe limitarse a transcribir sin más, en la escritura que autoriza, una referencia catastral que resulte

de un documento que no le permita establecer el juicio de correspondencia que prevé el artículo 45 de la Ley del Catastro (un documento público administrativo, una información registral u otra escritura pública), sino que debe hacer alguna de las dos cosas siguientes (y, si es posible, las dos): o bien solicitar la conformidad de los otorgantes, haciendo que ratifiquen la corrección o pertinencia de la referencia catastral que consta en ese documento aportado por ellos; o bien obtener por sí, por medios telemáticos, un documento catastral que contenga los citados elementos de comparación, de manera que pueda formar su propio juicio de identidad. Juicio propio que, a su vez y según la regla general que propongo, someterá al juicio de conformidad de los interesados. Esto es, que lo que creo que no puede hacer el notario, insisto, es reflejar una referencia catastral que no sea expresamente aceptada como correcta por los interesados y, si fuera posible, también por él, como funcionario autorizante.

Pero no estamos sólo ante la mera formalidad de incluir o no en la escritura un determinado dato descriptivo (aún menos, ante el mero cumplimiento de una obligación ritual, de las innumerables que contienen las leyes). Además, y ello es lo verdaderamente importante, en los más que posibles casos en que la descripción escrituraria de la finca sea inconclusa y no permita situarla con total precisión y sin posibilidad de error en un plano, la correspondencia catastral es también el medio para la correcta identificación de la propia finca civil. Y esa identificación del objeto físico del contrato requiere de los adecuados conocimientos y deducciones, única forma de descartar opciones y llegar a un adecuado nivel de certeza. Un nivel de certeza que, en la medida en que tampoco será completamente seguro, estará llamado a ser incluido en un acuerdo, que sólo competerá a las partes hacer. Las partes pueden acordar que, a efectos de sus relaciones, *ésa* –y no otra– es la finca sobre la que contratan, y que estarán a las consecuencias de su posible error.

Nada de esto último compete al funcionario autorizante, sea notario o registrador.

En conclusión y como vengo sosteniendo más que reiteradamente a lo largo de este estudio, la coordinación con el Catastro e incluso la simple asignación de la referencia catastral correcta a la finca objeto de la escritura es competencia de los interesados, con la ayuda y colaboración de los funcionarios intervinientes, especialmente la del notario, con el que tendrán completa posibilidad de

consultar, precisamente en el momento crucial en que deben cerrar sus tratos. Ninguna actuación aislada de cualquier funcionario, por sí sola, puede ser suficiente. Estará sujeta a toda clase de errores, errores cuyas consecuencias, además, las sufrirán sobre todo los particulares.

El funcionario debe cumplir las leyes y asegurarse de que, en la medida en que de él dependa, se cumplan, pero, en este caso, la única forma de cumplir adecuadamente con el mandato legal es informar al interesado, explicarle el sentido y utilidad de su actuación y colaborar con él; podrá colaborar, como le dice la ley, obteniendo telemáticamente del Catastro el documento del que resulte la referencia catastral o de cualquier otra manera, pero la decisión es del interesado o de los interesados, si son varios. Y, si además el negocio es traslativo, la participación no sólo de una parte sino de las dos puede ser esencial para completar el contenido propio del contrato, puesto que las obligaciones estarán referidas a un objeto que, como es natural, conviene a todos muchísimo que sea cierto y esté identificado con toda precisión, por lo tanto, deben ser todas las partes las que estén de acuerdo en considerar que la finca sobre la que contratan es precisamente aquella que identifica el título previo del transmitente y que se corresponde además físicamente con la que identifica la referencia catastral.

Y lo cierto es que el notario tiene el privilegio de asistir y participar en ese momento crucial en que se acuerdan las voluntades. El notario tiene ante sí presentes a todas las partes interesadas, no sólo a la adquirente, que es la única que solicita la inscripción registral, por ejemplo.

iv) La constancia de la referencia catastral en la escritura

Determinada la referencia catastral correspondiente a la finca objeto de la escritura (o, en su caso, de la finca de origen de ésta), comprobada la correspondencia entre la finca escriturada y la catastral (con el margen de tolerancia del art. 45 de la Ley del Catastro o la plena coincidencia que exige el apartado Siete del art. 53 de la Ley 13/1996, cuando lo que se pretende es inmatricular la finca en el registro de la propiedad), resuelta cualquier duda pertinente, por el trámite de la constatación, llega el momento en que "*los notarios transcribirán en el documento que autoricen dicha referencia*

catastral, incorporando a la matriz el documento aportado para su traslado en las copias".

Aunque hable la ley de "*documento aportado*" –con lo que demuestra bien a las claras que la opción de encomendar la obtención de la referencia catastral al notario es posterior a su primitiva redacción y no se ha preocupado demasiado por las concordancias–, en realidad se refiere al documento en que conste la referencia catastral, con independencia de que haya sido "*aportado*" por los otorgantes o recabado directamente por el notario de las oficinas catastrales y otros lugares pertinentes.

Y lo que pide es que tal documento sea *incorporado* a la escritura matriz, o sea, a lo que vengo llamando escritura sin más. Y de modo que no basta pues con que el notario se limite a transcribir el dato sino que debe incorporar el documento, lo cual es un proceder contrario a las reglas generales de la actuación notarial y una aparente negación de efectos a la fe pública ínsita en todo testimonio notarial, puesto que debería bastar con la afirmación del notario de que ha tenido a la vista el oportuno documento y que trascribe de él. No obstante, indirectamente y por las razones que ya he expuesto de que los sucesivos funcionarios deben seguir valorando, en sus respectivas instancias, la coincidencia de la referencia catastral y finca, empezando por el registrador que ha de inscribir esa misma escritura y siguiendo por cualquier otro notario que haya de utilizarla como un título previo para nuevos contratos, es muy oportuna esa norma, puesto que sólo así podrán esos otros funcionarios realizar la comparación entre la descripción escrituraria o registral y la catastral.

En rigor, tal exigencia se extiende a todos los diferentes documentos acreditativos de la referencia catastral, conforme al artículo 41 de la Ley del Catastro, esto es, el recibo de contribución, las certificaciones e informaciones provenientes de oficinas públicas y las escrituras públicas; a los que, como ya he explicado, es obligado añadir expedientes administrativos y sentencias y otras resoluciones judiciales. Pero, desde luego, no es adecuado ni esperable que, a los solos efectos de dar cumplimiento al artículo 47 de la ley, se incorpore la totalidad de una escritura previa a la posterior, ni tampoco un expediente administrativo o una sentencia. Tal cosa sería desproporcionada y absurda. Dado que la razón que justifica la obligación de incorporar es la de conocer la descripción de la finca, para poder formar y emitir el juicio de correspondencia que exige el artículo 45

de la ley, en el caso de escrituras previas, expedientes administrativos y resoluciones judiciales, tal cosa se cumple adecuadamente con que la descripción de la finca que figure en la escritura que hace constar la referencia catastral sea la misma que obra en tales documentos previos, y el notario ya refiere a esa coincidencia descriptiva en la parte expositiva de las escrituras, al mencionar el título previo del que la toma (con las salvedades y actualizaciones que realice; "*se consignarán con los datos nuevos los que aparezcan en el título*", dice el art. 171 del Reglamento Notarial). Por lo tanto, lo adecuado es entender que el mandato del artículo 47 debe aplicarse a los documentos específicamente destinados a acreditar la referencia catastral, recibo de contribución y certificaciones e informaciones administrativas señaladas en el artículo 41. Nada obstaría a que también se incorporara la información registral, también referida en el artículo 41, pero en mi opinión incluso en este caso en que se trata de un documento breve que puede ser fácilmente incorporado, la razón de su unión a la matriz de la escritura debe estar más bien en la naturaleza y función sustantiva propias de ese documento, de informar sobre la situación de titularidad y gravámenes registrales de la finca, que en el mandato del artículo 41.

El destino propio de esa información registral no está establecido en la ley; no lo fijó la primera regulación que hizo de ella el Reglamento Notarial, en su artículo 175 e, incomprensiblemente, ha olvidado de nuevo hacerlo en su redacción actual, la dada en la reforma del año 2007. Relegada la información obtenida por "*telefax*" a un medio alternativo y pretendidamente excepcional (sólo para el caso de "*supuestos de imposibilidad técnica*") al de consulta telemática directa del notario al contenido del registro, el reglamento no ha dicho qué debe el notario hacer con la información recibida del registro, afirmando por el contrario que "*el notario testimoniará e incorporará a la matriz el contenido del acceso telemático*". La dificultad práctica la causa el hecho de que el acceso telemático directo de los notarios no es desde luego una realidad, en ningún registro, casi tres años después de esa norma reglamentaria. Cualquiera que sea la razón de ese retraso y celos corporativos al margen, no me parece que haya razón alguna para que el notario deje de hacer lo mismo, testimoniar e incorporar a la matriz, también con la información que le remita el registrador. Así se hace en la práctica y así lo ha contemplado la Dirección General de los Registros y del Notariado, al tratar del mundano asunto de los honorarios que el notario tiene derecho a percibir por ese trámite.

La referencia *transcrita*, a diferencia de lo que ocurre en el caso que ya vimos de la constancia en el registro, no se incorpora a la descripción de la finca ni será un dato invariable o al menos con vocación de permanencia. Como vamos a ver inmediatamente, no hay nada parecido a una *inmatriculación notarial*.

1. Referencia catastral de la finca de origen

Del mismo modo que en el caso de la constancia registral de la referencia catastral, procede examinar ahora el problemático supuesto del punto 2 del artículo 40 de la ley.

Los casos a considerar siguen siendo los mismos ya examinados, al tratar de la obligación general de aportar la referencia catastral y al tratar de la constancia registral de la misma, esto es: la constancia de la referencia catastral de la finca de origen en la escritura en que se formaliza la modificación hipotecaria de dicha finca y las posteriores, relativas ya únicamente a las fincas nuevas resultantes de tal modificación.

Respecto de la escritura que formaliza la modificación hipotecaria

Cuando se trata del registro de la propiedad, ya dije que en mi opinión es posible y puede resultar obligado asignar la referencia catastral a la finca de origen, si no la tenía ya o si debe ser corregida; y que es inoportuno asignar, en el registro, la referencia de la finca de origen a la nueva finca resultante de la modificación hipotecaria, incluso aunque se haga la oportuna aclaración o advertencia al respecto. Los efectos inmatriculadores que la legislación otorga a la constancia registral de la referencia catastral así como la exigencia (que es consecuencia de la anterior) de que esa referencia sea exclusiva y nunca esté repetida en dos o más fincas del registro no hacen adecuado, como digo, que la referencia catastral de la finca de origen se haga constar en la inscripción de la nueva finca.

Pero lo cierto es que ninguno de ambos inconvenientes juega en igual modo cuando se trata de escrituras públicas. De un lado y por su estructura formal, las escrituras son más aptas para reflejar esa referencia catastral de la finca de origen de modo que quede clara la función que cumple. A diferencia de las inscripciones, especiales y específicas para cada finca registral, las escrituras no se organizan

por fincas, sino que contienen un relato continuo y al mismo tiempo plenamente diversificado; la parte expositiva de la escritura puede contener tantos cuantos apartados diferentes considere útiles el notario, relativos cada uno de ellos a las más diversas cuestiones, separadas para cada una de las fincas o colectivas para todas las que tenga por objeto el documento; así como puede referirse sin confusión a determinados datos de las fincas de origen, aunque no sean realmente parte del negocio, e incluso a las fincas aún no existentes pero que se estime que previsiblemente puedan crearse después (por ejemplo, en un proceso de equidistribución urbanística, ya acordado administrativamente, pero pendiente de inscripción); esa parte expositiva puede contener toda clase de antecedentes, explicaciones o aclaraciones y, así, el notario puede hacer constar la referencia catastral de la finca de origen precisamente junto a y sólo relativamente a la descripción de la finca de origen, sin prejuzgar la correspondiente a las de resultado.

Es cierto que, tanto para las escrituras como para las inscripciones, siempre puede hacer constar el funcionario, registrador o notario, que la mención de la referencia catastral atañe sólo a la finca de origen y que si se añade es a los únicos efectos previstos en el apartado 2 del artículo 40 de la Ley del Catastro; pero me parece muy importante tener en cuenta el tratamiento posterior de esa información, por el riesgo de que quede aparentemente atribuida a la única finca, bajo la aparente *legitimación* de que dicho funcionario ha tenido la referencia catastral por pertinente. Y, en ese tratamiento posterior de la información y precisamente porque su importancia está en el efecto que pueda producir en las actuaciones de terceros, resulta esencial atender al uso que generalmente se da a la misma, la información. Y es que el problema radica en que la forma habitual de conocer el contenido del registro de la propiedad no consiste en leer el asiento de inscripción ni en obtener del registrador una certificación de su contenido, sino en las llamadas notas simples informativas, en las que el traslado del contenido de los asientos es necesariamente esquemático y escueto [“*la nota simple tiene valor puramente informativo y consiste en un extracto sucinto del contenido de los asientos relativos a la finca”*. (Art. 222 de la Ley Hipotecaria)]; y no es sólo un problema de malas prácticas de los particulares, sino que las notas simples informativas son el cauce ordinario previsto para la averiguación que el notario ha de hacer

del contenido del registro, con carácter previo al otorgamiento de ciertas escrituras.

> El vigente artículo 175 del Reglamento Notarial prevé un sistema de información que no está basado en la solicitud al registro de notas simples informativas sino en un acceso telemático propio, pero, a los efectos que ahora estamos examinando, tal sistema no es mejor, puesto que sus objetivos son aún más limitados que los de la actual nota simple; así, dice dicho precepto que "*el notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o constitución de derecho real sobre ellos, deberá comprobar la titularidad y el estado de cargas de aquellos*". Nada más.

Y lo cierto es que nuestra legislación no prevé los extractos, como sistema para que los particulares u otros funcionarios puedan conocer el contenido de las escrituras. Ese problema se da como vimos y del modo más inoportuno, en los índices notariales, pero ese documento público no está destinado a la circulación y se supone que no tiene otros destinatarios que los órganos colegiales o de gobierno del Notariado así como determinadas instancias de la Administración del Estado, en funciones de control y policiales.

> Y, en esos casos, si el sistema –que ha sido diseñado por ellos– les provoca algún problema, justo es que lo sufran.

Por todo lo cual y como digo, respecto de la constancia de la referencia catastral de la finca de origen, creo que puede y debe actuarse de modo diferente en las escrituras que en las inscripciones.

De otro lado y como vamos a ver un poco más adelante, no existe efecto inmatriculador en la constancia en la escritura de la referencia catastral de los inmuebles, ni control alguno de que la referencia catastral hecha constar esté o no previamente asignada a alguna otra finca, que son en mi opinión las dos principales razones por las que debe evitarse la mención registral de la finca de origen.

En consecuencia y en el caso de las escrituras, repito, no creo que haya inconveniente ni tampoco fundamento legal para dejar de *transcribir* la referencia catastral también en el caso de la finca de origen, puesto que, expresamente, el artículo 40.2 la considera *suficiente*. Máxime cuando el propio artículo 47 (en una previsión que no extiende a las inscripciones registrales) establece una secuencia concreta para tal supuesto. En efecto, el artículo 47, en su aparta-

do 2, dice que "*en los supuestos a que se refiere el artículo 40.2, el notario remitirá copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se lo presentase el interesado, al Catastro, para que por éste se expida nueva referencia catastral. El Catastro notificará la nueva referencia catastral, además de al titular de la finca afectada, al notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca"*, y añade seguidamente que "*en estos casos el notario, a instancia de los interesados, transcribirá la nota o diligencia de la matriz en la copia ya expedida que se le presente"*.

Por lo demás y como ya he hecho en otras ocasiones en que la legislación catastral contiene previsiones parecidas, he de hacer constar mi opinión completamente contraria a que la escritura contenga dato alguno que no haya sido consentido –y por tanto previamente conocido– por los otorgantes, al menos, si no media su consentimiento anticipado pero expreso, por lo que me parece aconsejable que el notario, al otorgar la escritura y antes de dar cumplimiento al mandato del artículo 47.2, solicite de los otorgantes su autorización –y la refleje en el documento– para dejar "*constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca*", en su momento y para cuando la reciba del Catastro, de la nueva referencia catastral que dicho Catastro le notifique.

Respecto de las posteriores escrituras que tienen por objeto la finca resultante de la modificación

Distinto es el caso cuando deba otorgarse una posterior escritura, que ya tenga por objeto directo y exclusivo la nueva finca y aún no disponga de referencia catastral propia.

¿Debe en tal caso seguir haciéndose mención de la referencia catastral de la finca de origen, conforme al artículo 40? En mi opinión, sería mucho más claro que el notario se limitase a hacer constar, simplemente, que concurre tal circunstancia y salvar la responsabilidad de los otorgantes directamente en base a lo dispuesto en el artículo 70, apartado b, que recordemos que dice que "*los obligados quedan exonerados de responsabilidad cuando dicha referencia no exista o no pueda ser conocida por los medios a los que se refiere el artículo 41.1 de esta Ley o directamente a través de la oficina virtual del Catastro*", siendo así que el propio notario podrá atestiguar que

efectivamente concurre el caso, puesto que es él mismo quien –en base al art. 47.1– habrá podido y debido comprobar que la finca no tiene asignada referencia en el Catastro.

Y lo que en todo caso es seguro es que el notario no deberá seguir poniendo en marcha, vez tras vez, el mecanismo de solicitud al Catastro de la referencia catastral a que se refiere el apartado 2 de dicho artículo 47. Tanto si ha sido él mismo quien ha autorizado la escritura por la que se crea la nueva finca –y le consta por haber hecho él mismo la solicitud–, como si esto ha ocurrido en un título previo que se le aporta –y debe presumir que el notario autorizante cumplió con el mandato del art. 40.2–, el notario que autorice la subsiguiente escritura que tenga por objeto la finca aún no incorporada al Catastro debería limitarse a dejar constancia de la ausencia de referencia catastral o, si lo considera oportuno, volver a añadir, con la aclaración correspondiente, la referencia catastral de la finca de origen, pero desde luego no reiterar el proceso del apartado 2 del artículo 47.

2. Referencia catastral provisional

El, en ocasiones, largo periodo de tiempo en el que la finca resultante de la modificación hipotecaria carece de referencia catastral propia puede reducirse mediante el expediente de asignarle una referencia catastral provisional.

> Aunque, como ya dije y en mi opinión, esa referencia catastral provisional no será adecuada para sustentar la inmatriculación registral de una finca y sí, para la inmatriculación de la propia referencia catastral.

El artículo 18 del Reglamento del Catastro dice que "*podrá asignarse una referencia catastral provisional, a petición del notario que autorice la escritura pública correspondiente, a los inmuebles pendientes de su consolidación material o jurídica, en supuestos tales como una obra nueva en construcción o una división en propiedad horizontal en idénticas circunstancias*".

Por su parte, la ya varias veces citada circular 07.04/06, de 9 de junio, de la Dirección General de Catastro, ha sentado los criterios de asignación y modificación de la referencia catastral de los bienes inmuebles, criterios que, en la mayoría de las ocasiones, están muy automatizados [*"se asignará de forma automática a través de la OVC"* (oficina virtual del Catastro)] y no requieren de una excesiva

toma de decisiones, lo que sin duda hace predecible el sistema y, en definitiva, permite al Catastro compartirlo con otras instancias públicas, sin peligro de demasiadas disfunciones.

La circular desarrolla (dice que se limita a desarrollar, pero en realidad los altera bastante) los distintos supuestos del citado artículo 18 del reglamento y se basa en dos principios básicos, que enumera así:

— El principio de conservación de la referencia catastral, por el que no podrá modificarse una ya establecida sin causa regulada que lo justifique; con la aclaración de que la variación en la clase de los bienes inmuebles no determinará por sí misma el cambio de la referencia catastral.

— La prohibición de reutilizar referencias catastrales que hubiesen correspondido con anterioridad a otros bienes inmuebles.

Y, en consideración a ello y a la citada posibilidad de asignación de referencias catastrales provisionales, regula los supuestos de agrupación, agregación, división y segregación, transformación de suelo rústico en urbano o viceversa, declaración de nuevas construcciones así como la asignación de referencia catastral en las inscripciones de bienes inmuebles en régimen de propiedad horizontal. Como es adecuado en Derecho, termina diciendo que "en aquellos casos no recogidos expresamente en esta Circular se empleará la analogía para establecer las reglas a seguir a efectos de asignación de referencias catastrales".

Contiene no obstante la circular una importante limitación con respecto al texto reglamentario que dice desarrollar. En efecto, al regular la posibilidad de asignar referencias catastrales provisionales, dice que se hará "a los inmuebles pendientes de su consolidación material o jurídica, en los supuestos de obra nueva en construcción o división en propiedad horizontal". Es decir, que sustituye el inciso "*en supuestos tales como*" por el de "en los supuestos de". Dice también la circular que la solicitud del notario "provocará el correspondiente apunte en la base de datos catastral, evitándose de esta forma la utilización por parte de la Gerencia de las referencias catastrales asignadas".

La referencia catastral provisional "nace con vocación de definitiva", como dice la circular, y determina –con igual carácter provisio-

nal, hay que entender, aunque la circular no lo diga–, que *desaparezca* la referencia catastral de la finca de origen, en ciertos casos (los de agrupación, división material o en régimen de propiedad horizontal y reparcelación urbanística). Una actuación que no dejará de provocar un desajuste en la asignación ya hecha sobre la finca que tenía dicha referencia, que desaparece; puesto que tales fincas no se *evaporan*, especialmente en el caso de la propiedad horizontal, y, mucho menos aún, en el caso de que atribuya la referencia catastral a "trasteros y plazas de aparcamiento en pro indiviso adscritos al uso y disfrute exclusivo y permanente de un titular", en los términos previstos en el artículo 6 de la Ley del Catastro y 21 de su reglamento; es decir, fincas que, jurídicamente, no existen como tales y que, no sólo van a disponer de su propia referencia catastral, sino que van a hacer que la pierda la única finca que realmente sigue existiendo, que es aquella sobre la que recae el derecho de uso y disfrute exclusivo (lo de "*permanente*", que añade el reglamento, no deja de ser una exageración, pues el mismo acuerdo de los propietarios que establece la exclusividad en el uso servirá también para modificarlo o suprimirlo). Lo cierto es que la propia Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 23, prevé la extinción del régimen, de modo que la finca preexistente a la división horizontal del edificio o incluso el solar sobre el que se levanta podrán reaparecer con toda su virtualidad en la vida jurídica, pero no podrán recuperar su referencia catastral, ¿o sí?; no parece que la legislación catastral haya previsto este supuesto, que tampoco es tan inusual.

Por otro lado, el correlato del artículo 47.2 de la ley permitirá –en principio– que las nuevas fincas civiles lleguen a ser también catastrales y que terminen por estar dotadas de sus correspondientes referencias, que accederán a la escritura. Dice ese artículo 47 que "*en los supuestos a que se refiere el artículo 40.2, el notario remitirá copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se lo presentase el interesado, al Catastro, para que por éste se expida nueva referencia catastral. El Catastro notificará la nueva referencia catastral, además de al titular de la finca afectada, al notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca"*.

En un sistema como el nuestro de inscripción voluntaria, puede parecer coherente que el Catastro notifique únicamente al notario, puesto que los propietarios pueden haber optado por no inscribir su

adquisición. (Dejando a un lado ahora la cuestión de los consentimientos que estimo necesarios para modificar el contenido de un documento público, que ya he expresado reiteradamente). En mi opinión, no hay tal correlación; la constancia de la referencia catastral en los documentos públicos no es voluntaria, sino obligada; si la escritura ha identificado la finca registral (y generalmente lo habrá hecho), no veo que haya razones para que el Catastro no comunique la nueva referencia al registro; desde luego, podrá ser que el registrador no tenga forma de hacerla constar, si la nueva finca formada de la inscrita no ha tenido acceso al registro, pero en un sistema que busque la coordinación entre instituciones tal cosa no debería impedir que sí se haga constar la referencia catastral en los casos, sin duda mucho más frecuentes, de que la finca segregada o agrupada o dividida haya terminado por inscribirse.

Por lo demás, los interesados, debidamente asesorados por el notario al respecto (en el sentido que vengo defendiendo aquí de que la coordinación con el Catastro es ventajosa para ellos, también en sus intereses privados), sin duda podrán solicitar y obtener de éste (el notario) que sea él quien traslade al registro esa constancia en la escritura que habrá hecho en virtud del artículo 47.2, de modo que el registrador pueda hacerlo constar también, por petición de los interesados.

Podría ser, aunque es difícil saberlo, que la omisión en el artículo 47.2 de toda referencia al registro se deba a la previsión del artículo 48.4, que recordemos que dice que "*si la referencia catastral inscrita sufriera alguna modificación que no se derive de una modificación de las características físicas de la finca, bastará para su constancia la certificación expedida al efecto por el Catastro*".

Sin duda, un supuesto posible y probable de que haya una modificación de las características señaladas en este artículo, esto es, modificaciones de carácter técnico y no derivadas de un cambio en las características físicas de la finca, es el de que la referencia catastral de la finca de origen haya sido sustituida por las que emanan de ella, por procesos de modificación hipotecaria de la finca. Quizá el propósito del legislador haya sido el de comunicar el cambio a ambos funcionarios, pero de modo separado y adecuado a cada uno de ellos, y así, comunicar al notario –o sea, a la escritura– por la vía del artículo 47 y al registrador –o sea, a la inscripción–, por la del artículo 48. Pero incluso en tal caso, la complicación es innece-

saria y la interpretación insegura. Además, el ámbito de actuación de ambos supuestos de hecho no son equivalentes, pues el artículo 48.4 permite incluir un supuesto, el de que la referencia catastral otorgada provisionalmente sufra alguna variación en el trámite de elevarla a definitiva, que puede no darse en el caso del artículo 47.2.

d) EFECTOS DE LA CONSTANCIA EN LA ESCRITURA DE LA REFERENCIA CATASTRAL

i) Ausencia de eficacia inmatriculadora

La constancia de la referencia catastral en las escrituras públicas no puede ser calificada de inmatriculación, ni siquiera por analogía con la inmatriculación registral, pues no hay equivalencia ninguna de los resultados de ésta.

Tampoco puede hablarse de que, so capa de la aparente inmatriculación de la referencia catastral, se esté en realidad provocando el disimulado acceso a la escritura de la descripción catastral de las fincas, sujeto al filtro de la legislación inmatriculadora registral, (que fue la explicación que propuse para el régimen de los apartados Dos y Cinco del art. 53 de la Ley 13/1996), pues no existen ni han existido nunca tales recelos respecto de la alteración de la descripción escrituraria de las fincas.

La constancia de la referencia catastral en el registro de la propiedad supone la adscripción de tal referencia a una determinada finca, bajo control de que será una única finca la que la tenga, esto es, que no haya duplicidades, y con la asignación de determinados efectos, que ya hemos visto. El proceso tiene lugar una sola vez y despliega todos sus efectos en adelante. (Aunque ya vimos lo dudoso de tales efectos.)

Por el contrario, la constancia en las escrituras de tal referencia catastral se hace (o se pretende que se haga) no una vez sino muchas; en realidad, tantas como ocasiones el bien inmueble o la finca registral sea objeto de una escritura [con la única excepción –que no altera el argumento– de la que recoge la *cancelación de derechos reales de garantía* (art. 39 de la ley)]. De modo que, ni la legislación catastral ni la propiamente notarial, atribuyen a la constancia de la referencia catastral en la escritura nada parecido a lo que el artícu-

lo 53 de la Ley 13/1996 denomina efectos contra tercero de la referencia catastral escriturada, por más que el verdadero alcance de ese concepto sea muy dudoso.

Habrá nueva asignación en cada otorgamiento, por cada notario que intervenga, sin ningún proceso o intento de coordinación entre esas posibles y sucesivas escrituras. No hay mecanismos que aseguren –quizá ni siquiera se pretende– que la referencia catastral asignada en la escritura en una determinada ocasión se repita igual en cualquier escritura posterior, ni siquiera en las posteriores escrituras que autorice el mismo notario que hizo una asignación anterior. Y, por supuesto, la referencia catastral asignada en una escritura a un inmueble o una finca registral no queda protegida bajo principio de legitimación alguno ni produce otra consecuencia equivalente; a pesar de que en este caso sí que hay una afirmación legal de que se producen efectos contra tercero, tampoco hay ningún trámite destinado a impedir algo tan fundamental como que no se haga constar en una escritura para una determinada finca una referencia catastral que el registro ha asignado a otra diferente.

Ya he repetido mi opinión de que no parece que este último problema preocupe especialmente a la legislación catastral, que parece suponerlo imposible, considerando –parece– que una referencia catastral no puede asignarse equivocadamente, a poca diligencia que se ponga en el proceso. Pero tal cosa, como he intentado justificar, no es ni mucho menos así. (Aunque, por supuesto, puede seguir sin preocupar, a pesar de esa evidencia).

La afortunada particularidad que concurre en esta fase del proceso, o sea, el de asignación de la referencia catastral a la escritura, es la de que el notario tiene la posibilidad –de la que no disponen todos los funcionarios llamados a intervenir en este proceso y que debe intentar hacer valer– de conceder la palabra al propietario. Puesto que me parece evidente el derecho del propietario de manifestar en cualquier momento su disconformidad con la asignación a su finca de una referencia catastral que crea equivocada, incluso si el error lo ha cometido él mismo, y precisamente aprovechando esa aparente neutralidad del artículo 41 acerca de los medios de acreditación a utilizar, así como que ese derecho no está coartado tampoco por el efecto que parece más grave de la eficacia frente a tercero –signifique exactamente lo que signifique–, en el caso de la inmatriculación de la referencia catastral, ya que esa eficacia no impide, previos los

trámites legales, la rectificación de cualquier parte del contenido del registro de la propiedad, por todo ello y por la superior conveniencia de coordinar el Catastro con la escritura pública y con el registro de la propiedad, por encima de cualquier convencionalismo, creo que el notario debe consultar siempre la referencia catastral que vaya a reflejar en la escritura con los otorgantes de la misma y especialmente, si es el caso, con el propietario de la finca, aunque ya conste asignada en un momento anterior, y que, de entre las distintas figuras de interesados que pueden estar actuando en ese documento, debe respetar la preeminencia del dueño sobre la de otros posibles titulares.

Y todos estos efectos –o su ausencia–, exactamente igual que en el caso de la constancia en el registro, se producirán con completa independencia de que la referencia catastral hecha constar en la escritura sea verdaderamente la que corresponda a la finca documentada, esto es, que la finca catastrada y la escriturada coincidan, puesto que también en el caso de las escrituras sigue siendo posible, por supuesto, que el juicio de identidad de la finca sea erróneo, porque el notario considere acreditada la identidad cuando no sea así en la realidad o porque crea que no hay identidad cuando en realidad sí que la hay.

Ninguna previsión y ninguna precaución a este respecto. Todo lo contrario, en realidad; la reiteración del proceso no hace sino aumentar la probabilidad de que, en algún momento, se cometa el error y, sin duda, con el tiempo, se cometerá.

Y en todos los posibles casos de error –vuelvo a repetir lo que ya dije– no se producirá ninguna reacción destinada a averiguar las causas de la discrepancia y menos aún a subsanarla.

ii) El reflejo automático de la realidad catastral (2)

Un efecto, quizá indirecto y desde luego muy dudoso, de la constancia de la referencia catastral en la escritura es que, establecida la

(2) **La redacción del artículo 171 que he dado como vigente, en cuantas referencias he hecho a dicha norma, en las páginas que preceden a esta nota, es la introducida por la citada reforma del Reglamento Notarial de 19 de enero de 2007; sin embargo, esa nueva redacción ha sido declarada nula, por la también mencionada sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de fecha 20 de mayo de 2008. En consecuencia, quedan sin verdadera base todas mis considera-**

conexión entre la finca escriturada y el Catastro, el contenido de éste se vuelque automáticamente sobre el documento público notarial.

---

ciones anteriores al respecto, referidas a un texto legal que podemos considerar inexistente.

La forma de publicar este trabajo, por parte de la *Revista Jurídica del Notariado*, en tres volúmenes separados, me permitirían corregir en gran parte la equivocación, pues es en esta tercera entrega en la que hago el estudio más detallado del repetido artículo 171; no obstante, y dado que éste no es propiamente un estudio sobre el Reglamento Notarial, ni una glosa, aun parcial, del mismo, dado que, como ya he dicho y continuaré exponiendo, mi juicio sobre el contenido del nuevo –y hoy inexistente– artículo 171 es completamente contrario a su pertinencia, y dado –sobre todo esto último– que la única razón por la que me detengo verdaderamente en analizarlo es por la redacción que le quiso dar el Gobierno en su reforma del 2007, y no por la anterior del Decreto de 2 de junio de 1944, a los efectos de las tesis que mantengo en todo este estudio, entiendo que basta con reconocer y señalar el error –solicitando las disculpas del lector–, pero manteniendo lo dicho, sin otro añadido sino que, afortunadamente, nuestro sistema inmobiliario no tendrá que sufrir las consecuencias de tal intento de reformarlo. Y debo añadir que me mueve además a mantener en el texto mis críticas a la redacción que se le quiso dar al artículo 171 una consideración un tanto extrajurídica, o al menos extranormativa. Con ocasión de la reciente anulación, también por el Tribunal Supremo, de algunos preceptos del Reglamento Hipotecario, se ha podido observar cómo, en la práctica y en algunos casos, si bien no se defiende, como es lógico y obligado, la eficacia de la norma anulada, como tal, los registradores de la propiedad y la misma Dirección General de los Registros y del Notariado siguen ajustando sus calificaciones y resoluciones al contenido material que tuvo durante un tiempo la misma, utilizando los argumentos doctrinales que pretendidamente motivaron la reforma como criterios interpretativos, a la hora de aplicar la legislación anterior, cuya vigencia se recobra. Mi total oposición a las razones por las que se modificó el artículo 171 del Reglamento Notarial –a la vista además de que la sentencia anulatoria atiende más a argumentos y problemas técnico-jurídicos que no voy a entrar a considerar aquí, pero que, desde luego, no coinciden con la crítica que yo le formulo a este precepto– me llevan a mantener la explicación de por qué no debería aplicarse, ni de una ni de otra manera.

Por todo lo cual, en las demás menciones a este artículo 171, en otros apartados de esta tercera entrega, me he limitado a poner, mediante nota al pie, un recordatorio de su anulación por el Tribunal Supremo, con remisión a esta nota.

De modo análogo a la dimensión que ya hemos visto de coordinación del Catastro hacia el registro de la propiedad, especialmente en cuanto a la rectificación de la cabida inscrita, también en el ámbito notarial, el de las escrituras, está prevista la acomodación de la descripción de las fincas al Catastro.

El artículo 171 del vigente Reglamento Notarial, en su primer párrafo, establece que: "*en la descripción de los inmuebles, los notarios rectificarán los datos equivocados de acuerdo con lo que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica que refleje su realidad material"*.

> Es decir, que acepta plenamente (y acríticamente) el principio de la exactitud de los datos catastrales; que es todo lo contrario de cómo ha reaccionado el registro de la propiedad, así como de la recomendación que, como hemos visto, hace a los registradores la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, afirmando en su resolución de 17 de febrero de 2009 que "*la deseable coordinación entre los datos de Catastro y Registro no implica el ingreso en éste, de forma indiscriminada, de los datos de aquél*".

Este texto reglamentario viene a sustituir una redacción anterior que decía que, "*en la descripción de los inmuebles, los Notarios procurarán rectificar los datos que estuvieren equivocados o que hubieren sufrido variación por el transcurso del tiempo, aceptando las afirmaciones de los otorgantes o lo que resulte de los documentos facilitados por los mismos"*.

Un giro copernicano.

En ambas versiones, la rectificación la hace el notario, en un caso procurando algo, en otro, obedeciendo un estricto mandato. En sí misma, esta precisión no es muy significativa, puesto que el Reglamento Notarial encomienda al notario la redacción de la escritura en todo caso; del contenido de la escritura, en general, y de la descripción de los inmuebles, en particular; así el artículo anterior de ese mismo reglamento, el 170, dice que "*en los documentos sujetos a registro, el notario hará la descripción de los bienes que constituyan su objeto*". Pero sobre la base de que el notario ordena y sistematiza los datos que le proporcionan los interesados, nada más.

El artículo siguiente, el 172 (no afectado por la reciente reforma del 2007), es muy claro a este respecto y establece que "*cuando en*

los actos o contratos sujetos a registro, los interesados no presenten los documentos de los que hayan de tomarse las circunstancias necesarias para su inscripción, el Notario los requerirá para que verbalmente las manifiesten"; circunstancias entre las que sin duda se encuentran "*la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles … su medida superficial, nombre y número*", como exige el artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

Y no es sólo que esta última norma considere a los otorgantes como los más adecuados o los suministradores preferentes de los datos fácticos que ha de reflejar la escritura, sino que son sólo ellos los obligados. No hay aquí nada parecido a la oscilante atribución de la responsabilidad de aportación que la Ley del Catastro ha ido imputando primero a los particulares, luego a los funcionarios y por fin un poco a todos. Así, el artículo 172 continúa diciendo que "*si así no lo hicieren* [proporcionar la descripción de la finca], *lo autorizará* [el notario, el documento solicitado] *salvando su responsabilidad con la correspondiente advertencia, excepto el caso de que la inscripción y, por lo tanto, las circunstancias para obtenerla, sea forzosa, según la naturaleza del contrato, para que éste tenga validez, en el cual caso se negará a autorizarla"*.

> Una situación llamativa y extraña ésta en la que el notario requiere algo de los otorgantes; el Reglamento Notarial no la prevé en ningún otro momento de una escritura o acta y además parece de muy difícil conciliación con la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008.

Pero lo importante es que, en la redacción anterior de esos dos artículos 171 y 172 [y dejando a salvo esa posibilidad excepcional de que el notario considerara imprescindible algún dato para la inscripción y entendiera que tal cual constaba en el título anterior es insuficiente –una circunstancia de por sí más que discutible, puesto que el registrador en ningún caso puede oponer la mera insuficiencia en la descripción de una finca ya inmatriculada como obstáculo para inscribir un título referido a ella (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 2000)–], salvo eso, digo, el notario no podía hacer constar sino los datos que los interesados le aportaban; de modo que la iniciativa permanecía en todo momento en manos de los otorgantes. El notario les asesoraría debidamente, por supuesto, y les enteraría de la conveniencia de

actualizar la descripción, pero, en el anterior régimen reglamentario, sólo a ellos competía decidir.

Por el contrario, en la norma hoy vigente, el notario no sólo no necesita impulso de parte sino que está obligado a rectificar de *motu proprio* los datos descriptivos, en la medida en que difieran de la "*certificación catastral descriptiva y gráfica*".

> ¿Qué "*certificación catastral descriptiva y gráfica*"? ¿Cómo llega esa certificación al expediente? Lo veremos.

Resulta pues de este artículo 171 una doble consecuencia –ambas muy sorprendentes–: a) por un lado, se realiza una extrañísima inversión de papeles en cuanto a la autoría del documento público notarial o escritura pública. La regla general –única, en mi opinión– es que el contenido propio o sustantivo de la escritura es sólo el reflejo de la voluntad de los otorgantes, de los particulares, y que el continente, el relato secuencial que enmarca esas manifestaciones de parte y, en su caso, deja constancia de determinados incidentes previstos por las leyes, es competencia del funcionario o autoridad actuante, el notario, que materialmente redacta el documento, pero en el que no tiene más competencia sobre su contenido sustantivo que, eventualmente, dejar constancia de si, conforme a la calificación jurídica o control de legalidad que como autoridad actuante hace de las pretensiones de las partes, éstas se adecúan o no a Derecho. Una inversión que ya adelanto que me parece, en el mejor de los casos, una equivocación y, en el peor, una ilegalidad, incomprensible y completamente ajena a la tradición notarial;

b) por otro lado y salvo los matices que sea posible hacer, y ahora los veremos, la escritura pública queda además sujeta a una doble restricción:

— De un lado, su texto debe repetir los datos descriptivos de los inmuebles que consten en el título anterior si coinciden con los del Catastro, aunque el notario y sobre todo los otorgantes crean que están equivocados, pues el primero no los podrá cambiar sino en la medida en que lo haga para acomodarlos al Catastro y los segundos parecen apartados de este cometido por el Reglamento Notarial.

— De otro lado, en tal proceso de actualización y corrección de datos equivocados, el notario (activamente) y sobre todo los otor-

gantes (de modo pasivo) deben aceptar los que consten en el Catastro, aunque, de nuevo, ni el uno ni los otros estén de acuerdo con ellos, porque piensen que no se corresponden con la realidad.

No cabe imaginar una propuesta más complaciente con el Catastro. Ni más absurda. Nada, en el estatuto general de la propiedad ni en el régimen legal del tráfico inmobiliario permite sostener un criterio como ese.

En rigor, ni siquiera encaja del todo bien en la legislación catastral.

Ni con la notarial. Ni siquiera con el mismo Reglamento Notarial, pues éste, como acabamos de ver, también dice, en su artículo 173, que no puede ser considerado como más ni como menos obligatorio que el 171 (3), que "*el Notario cuidará de que el documento inscribible se consignen* (sic) *todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la respectiva disposición aplicable a cada caso, cuidando además que tal circunstancia no se exprese con inexactitud que dé lugar a error o perjuicio para tercero*". (Precepto que, como todos los demás pertinentes al caso, está reforzado por el art. 22 de la Ley Hipotecaria, al establecer que "*el Notario que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuere posible, e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta*"). Y está claro que las exigencias del artículo 53 (apartados Ocho y Diez) de la Ley 13/1996 y las del artículo 298 del Reglamento Hipotecario no han de permitir sin más el acceso al registro de las rectificaciones de la cabida inscrita que reproduzcan los datos del Catastro.

Por su parte, el artículo 45 de la Ley del Catastro, a los efectos de dar por bien identificada la finca, no exige coincidencia total sino que la limita a ciertos aspectos de su descripción: situación, denominación y superficie, sin hacer mención, por ejemplo, de un dato tan útil para describir la finca como es la mención de sus propietarios colindantes; dentro del dato de la superficie, desecha por

(3) La redacción dada al artículo 171 del Reglamento Notarial, en la reforma de 19 de enero de 2007, ha sido declarada nula, por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2008. Véase nota al pie de la página 268.

irrelevantes diferencias no superiores al diez por ciento, un margen de indefinición que no es aceptable a efectos contractuales y que, en cuanto a la inscripción, sería rechazado por el registro. Por otro lado, ese mismo artículo 45 prevé precisamente que las discrepancias en la situación de la finca estén causadas por cambios de los que el Catastro no tenga constancia, siempre que se acrediten; acreditación que, en contra de lo que ordena el artículo 171 del RN, no tendrá más remedio que apoyarse en datos ajenos al Catastro.

Todo lo cual se suma al sencillo hecho de que los otorgantes no tienen una verdadera obligación de comparar su finca civil o escrituraria con la versión que de ella tiene el Catastro, puesto que el artículo 44 de la Ley del Catastro, como no podía ser de otro modo, dispone que "*la falta de aportación de la referencia catastral:… no impedirá que los notarios autoricen el documento ni afectará a su eficacia o a la del hecho, acto o negocio que contenga*".

Pero es que, aunque así fuera y la exacta coincidencia con todas las escrituras interesara al Catastro, tampoco cabría acoger sin más esa pretensión. La escritura no es una concesión al Catastro, ni una declaración administrativa, ni su contenido puede quedar al arbitrio del notario. La escritura es el propio contrato o acto formalizado. La forma es un elemento más del acto o negocio, necesario (pues si el acto o negocio carecieran por entero de forma serían irreconocibles para el Derecho), aunque muy flexible, desde el momento en que, con arreglo al artículo 1278 del Código Civil, "*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez"*.

Y claro está que el notario y cualquier otro funcionario público que, por razón de su cargo y en el ámbito de sus competencias, intervenga en los actos de los particulares deberá velar porque dichos actos se acomoden al ordenamiento jurídico, y claro está que, si es el elemento objetivo del contrato el que debe acomodarse a una prescripción legal, el notario la procurará o al menos advertirá a los otorgantes de las consecuencias jurídicas de sus actos. En último extremo, si el otorgamiento pretendido por los comparecientes violenta alguna norma jurídica de obligado cumplimiento, podrá denegar su ministerio (según el arcaísmo al uso para los notarios), pero nada de eso le puede autorizar en ningún caso a sustituir, ni en cuanto al objeto ni en cuanto a ningún otro elemento del negocio,

la voluntad de los otorgantes, porque entonces tendríamos, quizá, un objeto perfecto, pero un consentimiento al menos parcialmente ausente, lo que, por aplicación del artículo 1261 del citado Código, conduciría a la ausencia del contrato y a la más completa ineficacia de la escritura, por tanto.

El contenido de la escritura pública es otorgado por quienes la firman, a quienes tal contenido en ningún sentido les puede ser impuesto; lo impuesto no puede considerarse consentido sino todo lo más tolerado o acatado; y no es la obediencia sino el libre juego de la voluntad el que sustenta los contratos. Además, ¿cómo se les podría realmente imponer un contenido no querido por ellos?, ¿qué se supone que deberán hacer los otorgantes si discrepan de la forma en que el notario ha configurado el objeto de sus actos o contratos?, ¿firmar la escritura y luego impugnarla por contraria a su voluntad?; y, si no la firman, ¿dónde hará constar el notario la flamante descripción por él decidida?, ¿en una escritura otorgada sólo por él, en la que dejará constancia de que quienes acudieron a él como otorgantes han preferido no firmar la escritura y desentenderse de su contenido?

Como se comprenderá, nada de esto tiene sentido y probablemente resulte absurdo detenerse en considerarlo, pero lo cierto es que la dicción del artículo 171 del Reglamento Notarial no es nada dudosa y dice lo que dice.

Más aún, incluso si limitamos la aplicación razonable del artículo 171 a la actualización de datos equivocados de los inmuebles cuando, independientemente de por quién y cómo se detecten, los otorgantes lo pidan y lo consientan, incluso en esta otra forma de actuar, sin duda mucho más adecuada a la verdadera práctica notarial, tampoco la segunda de las restricciones citadas es aceptable, puesto que impediría el acceso a la escritura de datos que no tengan un reflejo catastral previo.

Esta normativa del artículo 171 es cuando menos novedosa, porque lo cierto es que no se sustenta en alguna ley que prescriba tan terminante cortapisa.

Y no es que sea en sí misma una previsión imposible o absurda. En diversas normas, se restringe el derecho de los otorgantes de formalizar en escritura pública determinados actos o negocios hasta tanto no se acredite el previo cumplimiento de ciertas condiciones legales e incluso meros trámites administrativos; y muchas de esas

restricciones tienen que ver precisamente con el objeto del acto o contrato, como por ejemplo la declaración de obra nueva y la declaración de finalización de obras declaradas en construcción, etcétera. Y podría haberse dado el caso de que la legislación catastral, con acierto o sin él, hubiera impuesto una coordinación rigurosa, de manera que impidiera formalizar escrituras sin que, previamente, se actualizara en el Catastro la descripción de los inmuebles que van a ser objeto de esa escritura; de modo semejante a como se precisa de una previa licencia de segregación para formalizar ese acto de riguroso dominio en una escritura.

En realidad, esa manera de actuar hubiera demostrado un decidido afán de coordinación entre el Catastro, escrituras y registro, que lo hubiera hecho posible, a corto plazo y además de forma completa. En el fondo, no es otra cosa lo que resulta del apartado Siete del artículo 53 de la Ley 13/1996, aunque sea limitado al supuesto de la inmatriculación de fincas.

Pero ni la Ley del Catastro ni otra han impuesto esa restricción en la elaboración de las escrituras. Y la subsanación de ese supuesto *olvido* de las leyes, que no lo han establecido así, no le corresponde hacerla al Reglamento Notarial.

Se dirá que algo semejante ha hecho el Reglamento Hipotecario, en su artículo 298, cuando, como hemos visto, ha añadido un requisito de tracto en las titularidades catastrales que no está en la ley; y es verdad. Pero, sin perjuicio de las graves consecuencias de toda vulneración del principio de jerarquía normativa, la comparación no se resiste en el ámbito del derecho sustantivo: el mandato del Reglamento Hipotecario puede llegar a privar a los propietarios de la inmatriculación de sus fincas; pero esta norma que estamos viendo ahora atenta contra cuestiones aún más trascendentes; lo hace contra los principios generales de la contratación, contra la misma esencia de ese derecho de propiedad, al que la escritura se limita a dar forma y eficacia, y el registro, a dar publicidad y protección.

Quizá y por tradición, el autor del Reglamento Notarial, el Gobierno, está acostumbrado a considerarlo una especie de ley notarial sucedánea; también lo hace así, por hábito, el colectivo profesional a que se dirige; y en esa clave ha sido juzgado por el Tribunal Supremo, para anularlo parcialmente. Pero sigue sin ser un problema de jerarquía normativa; es una cuestión de organización jurídica general: en nuestro Derecho, con el amparo de una ley o sin él, los

notarios no hacen los contratos; y las escrituras, que es lo que sí hacen, están destinadas a recogerlos, nada más; no, a modificarlos a espaldas de los interesados.

En mi opinión pues, la norma del artículo 171 del Reglamento Notarial es sencillamente inaplicable. No se trata de interpretarla de un modo o de otro, no es cuestión de debatir sobre el significado preciso de las palabras que usa, es que otras normas deben prevalecer sobre ella. "*El notario es el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos*", dice el artículo 1 de la Ley del Notariado; nada más le corresponde; el contrato es previo y ajeno a él, y él da fe de su existencia. El notario no es parte en el contrato, no decide sobre su contenido; sólo lo redacta, redacta "*sobre el contrato o acto sometido a su autorización*", dice el artículo 17 de esa misma ley; el contrato le es dado, para que lo revista de una determinada formalidad; la escritura debe ser redactada "*conforme a la voluntad común de los otorgantes*", dice el artículo 147 del Reglamento Notarial, "*la parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes*" dice el 176 de ese mismo reglamento; el notario no tiene una voluntad que expresar; "*los otorgantes*" lo son porque, conforme decía la anterior redacción del artículo 193 del Reglamento Notarial, "*deberán prestar su consentimiento al contenido de la escritura*". Ellos, no el notario.

Hoy día, la versión vigente de ese precepto es confusa, porque ordena al notario dar fe de que "*los comparecientes*" (queriendo decir los otorgantes, pues no todo compareciente está llamado a prestar consentimiento al negocio) "*han hecho constar haber prestado a éste su libre consentimiento*", y no es esa la cuestión; no se trata de que los comparecientes "*hagan constar haber prestado*" un consentimiento, sino de que lo presten –el notario es el que lo hará constar, no hace falta que lo hagan ellos–. Pero es igual porque esta crucial cuestión ha sido hoy día asumida por la propia Ley del Notariado, que en su artículo 17 bis encomienda al notario que dé fe de que "*el consentimiento ha sido libremente prestado*".

En la práctica, la verdad es que no me imagino que los otorgantes tengan una verdadera dificultad en evitar que el notario autorizante del documento que da forma a sus actos o contratos modifique a su criterio (o al criterio del Catastro, que eso no cambia la naturaleza de la cuestión) la descripción del objeto de esos actos jurídicos, pues les bastará con marcharse de la notaría.

> Ello, a pesar de que el notario autorizante de la escritura que es objeto del recurso resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en fecha 3 de octubre de 2007, afirma nada menos que el Reglamento Notarial "*obliga al Notario rectificar la descripción de los inmuebles para su constancia registral*", y añade "*con carácter inequívocamente forzoso*". Es de suponer y de esperar que, en todos los casos en que el notario haya aplicado esta doctrina, también haya podido convencer previamente a los otorgantes de que también ellos la tengan por indudable.

Pero esa es únicamente una parte del problema, la negativa. Además de que los otorgantes se eviten tener que prestar su consentimiento a un contenido que no esté totalmente decidido por ellos, es preciso que también puedan, en positivo, llevar al documento notarial la descripción que consideren verdadera de ese objeto contractual.

Sin embargo, ese acceso al documento público sí que puede estar y debe estar sujeto a algunas restricciones; al menos, en cierto sentido.

Hemos visto por extenso que la combinación de la legislación registral y catastral, pero sobre todo la primera, condiciona la constancia registral de lo que unas veces llama "*rectificación de la cabida de una finca*" y otras "*modificación de superficie o la rectificación de* [ciertos] *linderos*" al cumplimiento de ciertos requisitos y muy especialmente (aunque con no pocos matices y excepciones) a que esa nueva descripción esté previamente catastrada. Pero, sobre todo, está condicionada la satisfacción del deseo de los otorgantes a que no alteren la realidad de la finca previamente existente, indebidamente y al margen o contra las previsiones legales al respecto. No hay ninguna razón para no aplicar esa misma doctrina, sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, también a las escrituras públicas. Éstas son también, aunque de otra manera que las inscripciones registrales, títulos legitimadores, especialmente protegidos por el Derecho; el propietario o las partes, en su caso, no pueden manipular a su antojo esa protección, que está dictada en beneficio también del tráfico, no únicamente de sus particulares intereses.

Por lo tanto, el notario puede y debe velar porque la nueva realidad referida por las partes o por el dueño esté justificada y sea acorde al sistema inmobiliario en su conjunto.

Sin embargo, las consecuencias no pueden ser las mismas que en el caso del registro, pues los principios organizativos en juego son diferentes, así, por ejemplo, nada tiene que ver aquí el que la finca esté o no inmatriculada, pues también sobre las que no han accedido al registro se puede contratar, sin que exista algo parecido a un proceso de primer acceso de una finca a las escrituras públicas. Lo más importante desde el punto de vista de las escrituras es que se respete el estatuto de la propiedad y los principios generales de la contratación.

Lo que no impide que, al margen los distintos principios organizativos, sí que se comparta o deba compartirse con el registro de la propiedad la preocupación porque la escritura refleje una realidad jurídicamente aceptable. Si ese requisito básico no se cumple, tampoco es aceptable que la transmisión dominical o el acto de riguroso dominio, en sus respectivos casos, queden reflejados en la escritura pública bajo el falso amparo de una previa titularidad también pública pero realmente referida a una realidad física diferente. Si, tal y como veíamos al estudiar este tema, se diera el caso de que el vendedor ha adquirido por medio de la escritura que aporta como título previo sólo una parte de lo que vende, porque la otra parte la haya adquirido en forma privada y quizá de persona distinta, no es conforme a Derecho que la propiedad de toda la extensión que se transfiere parezca provenir de un título adquisitivo que realmente no lo es, dejando oculto su verdadero origen, con todas las consecuencias de orden sustantivo que de ello se derivarían (piénsese, por ejemplo, en la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 1960 del Código Civil).

Sin embargo, aún compartiendo ciertos objetivos y responsabilidades, tampoco cabe duda de que la función jurídica de la escritura es muy distinta de la que corresponde a la inscripción. Y permite demostrarlo ese mismo ejemplo que acabo de considerar de que el vendedor haya adquirido por medio de la escritura que aporta como título previo sólo una parte de lo que vende, un caso que resulta a estos efectos verdaderamente ilustrativo. El registro de la propiedad no puede desplegar sus efectos sino sobre la finca inmatriculada; sobre la finca ya inscrita, respecto de la cual las sucesivas inscripciones van reflejando la transmisión del dominio o la constitución o vicisitudes que va experimentando ese derecho de propiedad. Si hay una parte de la finca que no está inscrita, por la razón que sea, al registrador no le cabe sino denegar la constancia registral del acto

o negocio jurídico que recae sobre ella. Puede ocurrir que la finca objeto del título que se inscribe, por su semejanza con la realmente inscrita, consiga hacerse pasar por ella, de manera que el negocio acceda indebidamente al registro; pero, aún así, lo inscrito será únicamente la parte de ese negocio que recaiga sobre la finca inscrita; la protección del registro no se extenderá sino a una parte del objeto del negocio (o incluso a ninguna parte, si la confusión es sobre la finca toda, que es tomada íntegramente por otra).

Pero el negocio civil, el contrato, especialmente, no siempre puede ser dividido o escindido en distintas porciones de bien que constituye su objeto. Si el dueño lo es verdaderamente de toda la extensión ofrecida, conforme al artículo 1469 del Código Civil "*la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato*"; si todo es suyo, debe entregarlo todo. Si el propietario expresó equivocadamente (o mintió a sabiendas) el momento o la causa o la forma de su adquisición, o cambió la identidad de su causante, tales hechos tendrán las consecuencias que deban tener, según las leyes (especialmente, las leyes fiscales), pero, en todo caso, debe entregar cuanto vendió, pudiendo. Y esa entrega, pudiendo también, debe hacerla en escritura pública, siempre que el comprador lo pida, conforme a los artículos 1279, 1280 y 1462, del Código Civil (cuando el contrato esté sujeto a esta norma).

El vendedor está obligado a entregar lo vendido y por tanto a incluir ese objeto y no otro en la escritura; esté bien o mal catastrado; se corresponda o no su descripción con los títulos previos, con el registro o con el Catastro.

Y por supuesto que no tiene obligación de mentir en la escritura, sino todo lo contrario; desde luego que está obligado a hacer constar la verdadera realidad jurídica –y no sólo la física– del bien; haciendo mención de los distintos propietarios o negocios separados por los que, en su caso, haya devenido dueño del bien en su estado actual. Pero, incluso si esos títulos no son bastantes para lograr la protección del registro, incluso si son títulos débiles, jurídicamente insuficientes para proporcionar una protección completa al adquirente, lo que no puede hacer en ningún caso es escamotear al comprador parte de lo vendido. Puede, por supuesto, vender una porción menor que la total que posee, pero, si vende una finca con una superficie real de X, debe hacer constar esa superficie mayor,

aunque no esté reflejada en el registro o en el Catastro figure con una superficie menor de x.

Cierto que esa no correspondencia tendrá sus propias consecuencias, como por ejemplo el que no se pueda inscribir la escritura (o que se deniegue parcialmente la inscripción) o por ejemplo que la transmisión de titularidad en el Catastro no sea automática, pero nada de eso cambia la obligación del vendedor y el derecho del comprador a que se cumpla el contrato. Pero todas estas cuestiones están al margen del Catastro, que no está ni remotamente legitimado para atribuir o quitar la propiedad a los dueños de las fincas, estén o no bien catastradas. Del mismo modo que vimos con relación al registro, el Catastro es un medio de prueba de la realidad física; incluso un medio privilegiado, tanto por su rigor científico como por su carácter público, con la presunción de veracidad que conlleva, pero tampoco es más. Ni, respecto al registro ni, a las escrituras públicas.

Por todo lo cual, en los supuestos problemáticos como el que acabamos de ver, y en todos los demás, el notario debe indagar de los otorgantes la realidad actual del objeto del contrato; debe intentar obtener la descripción previa escrituraria y las actuales registral y catastral; contrastarlas todas ellas con la realidad, en base a la información que le proporcionen las partes, e intentar rectificar los errores que se aprecien, estén en el título previo o en el Catastro, con la voluntad de adecuar todas las instituciones a la realidad física. Y, si aprecia que existe una inadecuación de la descripción con la registral o la catastral, en primer lugar, debe tratar de averiguar las causas, para comprobar si es legítimo considerarlas un error (y ayudar entonces a corregirlo) o son más bien la expresión de una irregularidad jurídica (y advertir sobre ella y sus consecuencias a las partes, negando su colaboración para ocultarla o disfrazarla). Y debe informar a los otorgantes acerca de todas las consecuencias relevantes al respecto. Debe informarles de los procedimientos para reconstruir tractos de titularidad, en su caso, para rectificar errores en el registro y en el Catastro, y debe informarles de los efectos que la falta de adecuación tendrá respecto de los derechos y obligaciones de las partes, si hay un negocio traslativo de por medio.

Y debe hacer todo ello aunque el Reglamento Notarial no haya conseguido expresarlo con la suficiente claridad, como probablemente hubiera querido hacerlo.

iii) La utilidad documental de la certificación catastral descriptiva y gráfica

Ya hemos encontrado referencia a este concepto, en distintas ocasiones a lo largo de este estudio: con ocasión de la inmatriculación de fincas registrales y del irregular supuesto de la inmatriculación de excesos de cabida, así como al tratar de la "*rectificación de la cabida*" o la "*modificación de superficie o la rectificación de* [ciertos] *linderos*" de las fincas. También hemos podido ver cómo, sorprendentemente, la regulación del último de los supuestos citados parece tener igual confianza en el "*certificado o informe expedido por técnico competente*" que en estas especiales y muy potenciadas certificaciones catastrales descriptivas y gráficas.

Y ahora, de nuevo, las menciona el citado artículo 171 (4) del Reglamento Notarial, como exigencia para rectificar los "*datos equivocados*" de la "*descripción de los inmuebles*"; siendo este último aspecto el que corresponde examinar aquí.

Partimos de que el artículo anterior, el 170, dice que "*tratándose de bienes inmuebles, la descripción incluirá la referencia catastral que les corresponda, así como la certificación catastral descriptiva y gráfica, en los términos establecidos en la normativa catastral*".

De modo que es esa legislación catastral la que nos permitirá averiguar cuándo y cómo deberá el notario utilizar ese documento en la escritura (incluso al efecto de poder averiguar bajo qué circunstancias podría el notario, por sí mismo, intentar una rectificación de datos descriptivos del inmueble que le encomienda el Reglamento Notarial, puesto que, en tanto no llegue a examinar el contenido de una certificación así ni siquiera podría plantearse si debe actuar o no en el sentido que le ordena ese art. 171).

Ya vimos que, en efecto, el Reglamento de la Ley del Catastro, como una novedad, regula la incorporación de las certificaciones catastrales a las escrituras públicas, en su disposición adicional séptima, bajo la rúbrica "*Incorporación de certificaciones catastrales en documentos públicos*"; aunque lo cierto es que esa disposición

(4) La redacción dada al artículo 171 del Reglamento Notarial, en la reforma de 19 de enero de 2007, ha sido declarada nula, por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2008. Véase nota al pie de la página 268.

no ordena sino que simplemente permite acudir a la certificación, y dice que "*en las escrituras públicas relativas a la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles o a la constitución, modificación o extinción de un derecho de usufructo sobre los mismos, el notario incorporará, a petición de los otorgantes, las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas correspondientes*". Y, como quiera que no hay más menciones expresas al respecto en la legislación catastral, la remisión que hemos visto que hace el citado artículo 170 del Reglamento Notarial nos conduce a que la certificación catastral descriptiva y gráfica no está previsto que se incorpore con carácter general a todas las escrituras, sino únicamente a las que documenten "*la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles o a la constitución, modificación o extinción de un derecho de usufructo sobre los mismos*" (indudablemente, no todos los tipos de escrituras a las que resulta obligado incorporar la referencia catastral, conforme al art. 38 y siguientes de la Ley del Catastro, que sólo excluyen la *cancelación de derechos reales de garantía*); y que, incluso en tales limitados supuestos, hace falta que además lo pidan los otorgantes.

> De modo que también desde esta perspectiva se refuerza la interpretación que antes hacía respecto de la aplicación del artículo 171 (5) del Reglamento Notarial, pues mal podrá el notario "*rectificarán los datos equivocados*" de la "*descripción de los inmuebles*", de oficio y en todo tipo de escrituras –el art. 171 no distingue ni tendría justificación que la descripción de los inmuebles se hiciera por el notario mejor o con más rigor en unas escrituras que en otras–, si ha de rectificar "*de acuerdo con lo que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica*" y esa particular certificación, conforme al propio Reglamento Notarial, se incluirá en las escrituras "*en los términos establecidos en la normativa catastral*", o sea, "*a petición de los otorgantes*". En ese régimen, es claro que la iniciativa permanece enteramente –como debe ser– en la voluntad de las partes del negocio o del autor del acto documentado.

Desde otra perspectiva y por razón del objetivo perseguido, resultará obligado a los otorgantes incorporar la certificación catastral

(5) La redacción dada al artículo 171 del Reglamento Notarial, en la reforma de 19 de enero de 2007, ha sido declarada nula, por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2008. Véase nota al pie de la página 268.

descriptiva y gráfica a las escrituras que describan fincas que pretendan inmatricular y, en ciertos casos, aquellas fincas cuya superficie o linderos quieran rectificar o variar, conforme vimos que resulta de la Ley 13/1996 y del Reglamento Hipotecario.

A los supuestos en que la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica resulta obligada, interesa añadir y considerar ahora todos los demás en los que está permitida o es posible. A este respecto y de nuevo, hemos de distinguir según que se atienda a la escritura únicamente en cuanto título inscribible o considerando además de modo más amplio sus efectos genéricos y propios, como forma contractual en sí misma considerada.

El ya citado artículo 9 de la Ley Hipotecaria, tras indicar los parámetros esenciales que delimitan o describen las fincas registrales (y esas reglas, por aplicación de los arts. 170 y 173 del Reglamento Notarial, valen también pues para las escriturarias), establece que "*podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente"*.

A diferencia de los casos vistos hasta ahora, se trata de una norma general, válida para todo tipo de fincas y toda clase de escrituras, pero el problema es que parece estar haciendo referencia sólo a un cierto tipo muy específico de plano. Y la misma conclusión parece que se desprende del artículo 51 del Reglamento Hipotecario (principal norma de desarrollo del art. 9 de la ley), al decir que "*la descripción de las fincas rústicas y urbanas será preferentemente perimetral, sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados de plano oficial*".

El propósito del legislador hipotecario, que ya hemos visto por extenso en otro lugar de este estudio, fue el de ligar esa descripción gráfica de la finca a todo un sistema de bases gráficas específicamente registrales; y ya vimos cómo ese intento quedó neutralizado por una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 31 enero 2001.

La misma ocasión en la que, por cierto, resultó derogada una concreta norma sólo relativa a un tipo particular de trasmisiones, las de cuotas indivisas de "*finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos o trasteros*", respecto de las cuales una versión hoy día ya derogada del artículo 68 del Reglamento Hipotecario estableció

que sus "*linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes deberá hacerse con referencia a un plano, cuya copia testimoniada se archivará en el Registro*".

La situación actual de todo ese complejo sistema que he calificado de un catastro propio del registro de la propiedad es algo confusa, pues, si bien no está vigente el párrafo antes trascrito del artículo 51 del Reglamento Hipotecario que más nos podría interesar en relación con la materia que ahora analizo (lo que sin duda hubiera dado entrada a la certificación catastral como elemento descriptor de los inmuebles inscritos, a efectos de su identificación), por el contrario sí que conserva su vigencia el artículo 398.b del Reglamento Hipotecario, según el cual "*los Registros de la Propiedad utilizarán como base gráfica para la identificación de las fincas la Cartografía Catastral oficial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria en soporte papel o digitalizado*".

Y como quiera que es, ha sido y sigue siendo habitual en las escrituras de todas clases y cualquier objeto inmobiliario que los otorgantes aporten planos y los usen con esa finalidad descriptora de las fincas sobre que contratan, la cuestión es si tales planos pueden o no tener acceso al registro de un modo general y válido para todo tipo de escrituras. Una posibilidad que el Reglamento Notarial, sorprendentemente, no contempla sino con relación a un cierto tipo de actas, las de exhibición, y así el artículo 207 dice que "*en las actas de exhibición de cosas, el Notario describirá o relacionará las circunstancias que las identifiquen, diferenciando lo que resulte de su percepción de lo que manifiesten peritos y otras personas presentes en el acto, y podrá completar la descripción mediante planos, diseños, certificaciones, fotografías o fotocopias que incorporará a la matriz*".

Todo lo cual no ha impedido a los otorgantes mantener la práctica de utilizar planos en sus contratos ni a los notarios protocolizarlos, cuando así se lo piden las partes, pues, por más que carezcamos de una disposición habilitadora en la legislación notarial, a falta de una prohibición expresa, no hay razón para denegar algo que parece tan adecuado a la libertad contractual y al respeto a la autonomía de la voluntad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, ratificando de paso la plena legalidad de esta costumbre a que estoy haciendo

referencia, en su resolución de fecha 23 de noviembre de 1999, decía: "*complementándose la identificación por remisión a un plano que efectivamente contiene una plena delimitación de tal anexo, plano que, además forma parte del título constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal: que se incorpora a la escritura calificada, y al que las partes prestan su conformidad, no se puede alegar ya el defecto impugnado, por cuanto el contenido de este plano pasa a formar parte de las declaraciones negociales documentadas y ha de ser tenido en cuenta por el Registrador en su calificación (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria)".*

Y también otra resolución suya de 27 de mayo de 2003 (más general, pues no se refiere ya a un bien que es anexo de otro principal, algo que podría entenderse sujeto a un régimen análogo al citado de los garajes y trasteros), sobre la base de que "*se concede el derecho de opción sobre determinados metros cuadrados 'delimitados en el plano que se adjunta'*", establece que "*es cierto que la descripción de las fincas o partes de ellas objeto del derecho que se concede pueden describirse con referencia a un plano, como el que se protocoliza. Pero, para ello, es preciso que, entre la escritura y el plano, se consiga una claridad de la que, en el presente caso, carecen*".

Aceptada pues la pertinencia de describir las fincas, en cualquier escritura, con ayuda o remisión a un plano, nos encontramos con que la certificación catastral descriptiva y gráfica –en parte– es un plano, y que puede servir para cumplir esa función descriptiva.

> Se ha dicho y probablemente con razón que basta con esa utilidad de dotar a la finca documentada de un plano y una medición técnica, a un coste prácticamente nulo, para que los notarios debamos aconsejar a los propietarios y titulares de derechos reales que realicen esa vinculación de una certificación catastral descriptiva y gráfica a todas sus fincas, con ocasión del otorgamiento de actos jurídicos relativos a ellas.

Como vimos al dar la definición general de este documento, la certificación catastral descriptiva y gráfica responde bien a su nombre y contiene ambos tipos de información; contiene por un lado una parte de la descripción de la finca obrante en el Catastro (titularidad, de la propia finca y de los predios colindantes; lugar de situación; superficie, distinguiendo la de sus diferentes aprovechamientos, antigüedad de las construcciones declaradas, valoración, etc.);

y por otro su configuración física, o sea, su forma y su situación relativa dentro de la planimetría catastral. De hecho, lo lamentable es que esté demasiado incompleta, en cuanto a las necesidades de las escrituras se refiere; desafortunadamente –porque no parece que esté justificado y probablemente es una carencia corregible–, la planimetría catastral disponible en formato de certificación no incluye los planos de las fincas que constituyen los diferentes elementos individuales de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal –la forma de propiedad hoy día más popular y extendida–, y proporcionan sólo el plano general del inmueble en su conjunto.

Y si ya puede considerarse que es enormemente útil por su mera calidad de simple plano (como lo sería cualquier otro, hecho con el adecuado rigor), además, las certificaciones catastrales son mucho más que un plano cualquiera. Son también ese "*plano oficial*" de que habla la Ley Hipotecaria; son sin duda una forma eficaz –en cierto modo, la que más– de coordinación con el Catastro de los documentos públicos notariales y registrales; y su incorporación a la escritura, por más que esto sea innecesario, resulta avalada por aplicación del Reglamento Notarial, en los referidos artículos 170 y 171.

Ciertamente y aunque en este estudio, por razón de los temas examinados, me haya detenido especialmente a considerar aquellos casos que pudiéramos llamar anómalos, en los que la descripción catastral de la finca no coincide con la de la escritura o la del registro, en la inmensa mayoría de las ocasiones –y dejando a un lado el problema particular, que a estos efectos prácticamente no lo es, de que la correspondencia no sea de una a una, sino de una a varias– las fincas catastrales se corresponden con las escriturarias y registrales; y es verdad que añadir a la descripción de la finca un plano, que exprese su situación (en una cartografía validada internacionalmente), su forma y sus dimensiones es una buenísima manera de mejorar tal descripción.

Pero no todas las funciones útiles que puede cumplir la remisión contractual a un plano resultan sin más de la unión de la certificación catastral descriptiva y gráfica a la escritura. Sin otro añadido, no pasa de ser un medio de acreditación de la referencia catastral, según establece el artículo 41.a de la Ley del Catastro. Si las partes no se lo dan, esa especial certificación no tendrá el valor contractual que la Dirección General de los Registros y del Notariado permite atribuir a los planos.

Conforme a la práctica que me parece aconsejable de que, en los negocios traslativos, sean las dos partes, adquirente y transmitente, las que convengan en precisar la referencia catastral y la concordancia de la descripción escrituraria con la catastral, mediante el oportuno pacto, sí que puede esa certificación descriptiva y gráfica alcanzar el valor negocial de que habla la Dirección General de los Registros y del Notariado. En mi opinión, como en casi todos los casos de documentos unidos a la matriz en que se contiene alguna parte del contrato y al que las partes se remiten, lo conveniente es que los otorgantes realcen ese valor convencional de la certificación unida expresando su conformidad con la descripción que se contiene en ella y, aunque sea una simple formalidad, firmándola, como suelen hacer con los planos privados que dejan unidos.

iv) Conformidad de los otorgantes al contenido del Catastro

Además –y como acabo de apuntar y me parece lo más importante de todo– el pacto permitirá también deshacer cualquier equívoco sobre el alcance que las partes le dan a la información catastral, pues no toda tiene por qué tener para ellos el mismo valor e igual consideración. Si el punto de partida y el contenido mínimo de su acuerdo tiene que incluir la conformidad de que la parcela catastral a que corresponde la certificación es, en todo o en parte, la finca objeto de su negocio civil y si esa identificación, conforme a las previsiones del artículo 45 de la Ley del Catastro, puede presuponer una cierta conformidad con la situación física, la forma y la medida de la finca y sus accesiones, tampoco debemos olvidar que el Catastro contiene además mucha más información que ésa, sobre las parcelas catastrales; otra información con la que los particulares, en puridad, no tienen por qué estar o dejar de estar de acuerdo. Independientemente de la forma en que esa información haya llegado al Catastro, independientemente de su fiabilidad, la incorporación al Catastro no depende por entero de la voluntad de los interesados (como sí ocurre con la que obra en el registro de la propiedad), de modo que los otorgantes de la escritura pueden discrepar de ella o no, y pueden incorporarla o no al contenido de las obligaciones que resultan del contrato que libremente celebran.

En la medida en que sean o se conviertan en titulares catastrales, pueden estar interesados en todos esos contenidos que, de una manera o de otra, pueden terminar por afectarles, pero al menos en cuanto a su condición de otorgantes de la escritura y, en su caso además, de contratantes, no tienen por qué pronunciarse sobre cuestiones como la identidad de los colindantes catastrales, por ejemplo. Si ya es muy problemático el establecimiento de un cierto tracto en la titularidad catastral propiamente dicha, sobre la propia finca objeto de la certificación, y si, como he dicho, puede considerarse profundamente equivocada y abusiva la exigencia del Reglamento Hipotecario de condicionar ciertas inscripciones a la regularidad de dicho tracto, aún estaría más injustificado (y carecería de todo soporte normativo) supeditar cualquier efecto jurídico favorable a los otorgantes a que también se cumpla el tracto de titularidades en cuanto a los colindantes de la finca. De ninguna manera puede considerarse obligado el propietario a reconocer como sus colindantes a las personas que ostentan esa condición en el Catastro, y puede ser muy oportuno que, en la escritura, los contratantes lo declaren así.

Una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 27 de enero de 2004 podría entenderse que abona o respalda la exigencia de coincidencia entre la información sobre los colindantes de la certificación catastral y la que conste en el registro o en la escritura. Sin expresarlo en primera persona, asume sin embargo la argumentación del registrador, que ha dicho que la "*certificación catastral que se acompaña no permite (al faltar los linderos) la perfecta identificación de la finca*". El texto no es lo bastante claro, puesto que por "*faltar los linderos*" puede entenderse muchas cosas. Tanto podría ser que no conste la forma de la finca como que lo que no consta es el carácter de fijo o no fijo de los linderos, como también que no figura el nombre de los propietarios colindantes. Si lo que el registrador echa de menos es alguno de los dos primeros casos y dado que la legislación (en la forma en que la interpreta la Dirección General de los Registros y del Notariado) parece darle plena autonomía para entrar y salir de la duda sobre la identidad de la finca, nada impide que necesite conocer esa configuración poligonal del perímetro de la finca o el tipo de lindero (por ejemplo un accidente geográfico) para poder hacer la correspondiente comparación, puesto que, además, esos linderos, incluso

establecidos de esa forma perimetral (art. 51 del Reglamento Hipotecario), son parte de la descripción y son por tanto, en tal sentido, objeto de calificación registral. Pero, si lo que el registrador quiere conocer son los nombres de los colindantes para compararlos con los inscritos y extraer de ahí su convicción de identidad, esa manera de proceder debe ser rechazada pues no tiene sustento legal.

> Me remito en este punto a la ya comentada Instrucción de 26 de marzo de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En este sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 2009 hace una adecuada (excesiva en algunos puntos, según mi opinión) aplicación del uso de los linderos –y otras características físicas– de la finca inscrita, como forma de llegar a la convicción de si estamos o no ante la misma finca. Dice así que "*actualmente figura inscrita una zona verde destinada a jardín, es decir, con escaso valor desde el punto de vista urbanístico, y situada en una zona con linderos fijos y totalmente urbana (está situada en una calle y linda con dicha calle, con un jardín y con una zona peatonal). Ahora se describe «una finca rústica en suelo urbanizable», no pareciendo lógico que una finca que era urbana se convierta en rústica*", y continúa diciendo que "*comparando la descripción que figura en el Registro con la que ahora se hace resulta una suma de incongruencias: lo que en el Registro es un jardín es ahora un barranco; en el lindero derecha según el Registro, antes era el mismo jardín y ahora es una parcela, y el lindero frente según el Registro era antes una calle y ahora es otra parcela*". Del mismo modo, otra resolución suya, la de fecha 10 de septiembre de 2003, dice claramente que "*las descripciones de las fincas, cuando mencionan linderos por los nombres de los titulares de las colindantes, no hacen fe de que éstos sean efectivamente sus dueños*".

Pues bien, sobre este particular extremo de la identidad de los colindantes o sobre cualquier otra información resultante del Catastro, los otorgantes pueden adoptar la postura contractual que tengan por conveniente, para aceptar el contenido del Catastro o para desvincularlo de sus obligaciones.

No obstante y en mi opinión, dado que no es, por el momento, la práctica habitual, no debe entenderse otra cosa que la que los contratantes declaren expresamente, sin deducir nada de sus silencios;

esto es, sin deducir de la mera inclusión de la certificación catastral descriptiva y gráfica en la escritura otra cosa sino que se acogen a la posibilidad que para ello les otorga la legislación catastral y la notarial; y sin deducir de su remisión a ella como plano de la finca más que ese preciso alcance. De manera que sólo cuando expresamente lo pacten así y en la medida concreta en que lo hagan debe considerarse que las partes dan un valor contractual a la descripción física de la finca en el Catastro.

e) LA CONSTATACIÓN DE LA REFERENCIA CATASTRAL APORTADA A LA ESCRITURA PÚBLICA

Ya hemos visto, repartido por casi todo este estudio, los elementos claves de este problema, tanto en la consideración general del supuesto que, con más o menos fortuna, la ley denomina "*constatación*", incluido el procedimiento básico a seguir, como en la respuesta que me parece que es la adecuada de los funcionarios actuantes. Sin ánimo de añadir nada nuevo sino de recapitular las particularidades que la constatación tiene respecto de la escritura pública, veamos a continuación su régimen legal.

Como sabemos, la regulación legal está en el artículo 49, que –particularizada al notario– dice que "*cuando el notario considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado, no obstante haber identidad en los términos expresados en el artículo 45, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del hecho, acto o negocio jurídico documentado, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido por cualquier medio que permita su constancia, en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de recepción de la solicitud"*.

Dejando a un lado lo que el Catastro debe hacer e incluso si realmente lo hace o no, lo que la ley ordena hacer al notario, además de desencadenar el proceso, conforme a este apartado 1 del artículo 49, está recogido en el apartado 3, según el cual "*no obstante lo dispuesto en el apartado 1, el notario, en caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble. Autorizado el documento, el*

notario se abstendrá de hacer constar la referencia comunicada por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes".

Este apartado 3 no *obsta* en realidad nada al apartado 1, puesto que nada de lo que él ordena se opone a la actuación prevista en ese apartado 1, según la cual la única obligación del notario es la de realizar una comunicación; y tal comunicación debe hacerla en todo caso, también en el del apartado 3. En realidad, lo que parece preocupar al legislador es una excepción que hace respecto, no al contenido normativo del apartado 1, sino a un sobreentendido que quizá dejó sin expresar en él. Ya he dicho en otros lugares que la principal diferencia de régimen entre lo que debe hacer cada funcionario actuante, en caso de que considere necesario el procedimiento de constatación, radica precisamente en la posibilidad de otorgar o no el documento público a su cargo; esto es, si debe continuar o no con el expediente, escritura o asiento en el que debe intervenir como funcionario público y si debe o no hacer constar la referencia catastral que plantea las dudas referidas en el apartado 1. Y ya he dicho que la respuesta debe sacarse de la comparación entre los distintos apartados del artículo 49 y las diversas normas que da a cada funcionario, pues en realidad no hay una regulación expresa.

Por lo tanto, lo cierto es que el notario, además y no en sustitución de la comunicación al Catastro, lo que debe hacer es autorizar la escritura, en todo caso, y hacer constar en ella la referencia catastral alegada, en algunos.

Lo primero, el deber de continuar con su actuación pública respecto del documento en cuestión, es común a los tres tipos de funcionarios actuantes. Lo segundo, la constancia de la referencia catastral dudosa es probablemente la especialidad del notario. A diferencia de lo que entiendo que deben hacer los demás funcionarios, el notario sí que puede hacer constar en la escritura esa referencia catastral. Este es el contenido expreso del apartado 3, que no resulta en absoluto dudoso: "*podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral*".

Y, sin embargo, ¿por qué la forma potestativa del "*podrá*", en lugar de la afirmativa del *autorizará*? Pues insisto en que la explicación que encuentro está en que el legislador está diciendo que el notario, a diferencia de los demás funcionarios, sí que *podrá* autorizar y transcribir; que, no obstante la regla general en contrario –no del

apartado 1, sino precisamente de los restantes apartados, 2 y 4–, el notario *podrá* hacer lo que los demás no.

Nada de esto tiene sin embargo consistencia. Si es tal cosa la que ha querido decir el legislador, lo ha hecho notablemente mal. No es aceptable que confunda los apartados 2 y 3 con el 1, y no hay ninguna excepción a la fase de *autorizar* (equivalente a continuar el expediente administrativo y a extender el asiento registral), pues también los funcionarios en general y el registrador en particular deben hacer lo propio. Lo que debería haber dicho es que el notario autorizará el documento y, *en caso de urgencia alegada por los otorgantes, lo hará constar así, transcribiendo en el documento la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble*.

Digo que debería decirlo así para dar coherencia a la norma que entiendo que se ha propuesto dictar. Otra cosa es si tal normativa, incluso con esa otra futurible redacción, es la adecuada.

La llamada *urgencia* en el otorgamiento, en líneas generales, es un cajón de sastre tan poco controlable y tan propenso al exceso como cualquier otro. En la mayoría de los casos, el interés jurídico protegido, que diría IHERING, no pasa de ser la prosaica comodidad de los particulares, y hasta la del propio funcionario (como demostró la reacia actitud inicial de muchos notarios a facilitar la implantación del acceso telemático al registro de la propiedad, para obtener información actualizada de la titularidad y cargas de la finca). Ante un plazo previsto de cinco días de demora y cuando no se pone en duda la posibilidad de otorgar el contrato, que es la única parte de negocio en la que podría razonablemente entrar en juego la urgencia, me parece inadecuado hacer depender un procedimiento administrativo público a una *sensación* de las partes.

Por lo demás, el resto de la regulación de este apartado 3 del artículo 49 no es mucho mejor. Sigue diciendo que el notario actuará "*transcribiendo la referencia catastral*" y "*reseñando el justificante aportado*", pero lo cierto es que no será así como deba actuar, sino conforme al mandato del artículo 47 de la Ley del Catastro, esto es, *transcribiendo*, "*en el documento que autoricen, dicha referencia catastral, incorporando a la matriz el documento aportado para su traslado en las copias*".

Por lo demás y como ya he tratado de justificar, el inciso final de este mandato al notario, solicitándole que autorice el documento

pero "*expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble*", probablemente, será el cauce para expresar las dudas de los propietarios, que son los que conocen la finca, y difícilmente las del funcionario, que pocas razones tendrá para dudar de la correspondencia de la finca si hay "*identidad*", "*en los términos expresados en el artículo 45*".

Por último, la sensata previsión de que, "*autorizado el documento, el notario se abstendrá de hacer constar la referencia comunicada por el Catastro*", "*sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes*" puede hacerse concordar con el requisito previo de la "*urgencia*" dejando reflejado dicho consentimiento en el propio documento, bien porque así se lo confíen al propio notario, bien porque los distintos otorgantes deleguen dicha competencia unos en otros, simplificando pues los trámites posteriores.

f) SUPUESTOS Y EFECTOS DE LA FALTA DE CONSTANCIA EN LA ESCRITURA DE LA REFERENCIA CATASTRAL

i) Competencia del notario para negar la constancia de la referencia catastral

Según la Ley del Catastro, un trámite común a todos los documentos públicos que han de reflejar la referencia catastral de los inmuebles que constituyen su objeto, predicable por tanto del quehacer de todos los funcionarios intervinientes, es el de correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca. Lo regula el artículo 45, que ya hemos visto, y sobre el que ya me he pronunciado también diciendo que, use o no las mismas palabras, es el mismo trámite o proceso que prevén los apartados Dos y Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996, de manera que, en el fondo, no hay sino un único modo de establecer lo que he llamado juicio de correspondencia o de identidad de la finca: que el funcionario actuante llegue a un juicio positivo de correspondencia suficiente –ausencia de duda razonable– y que para formar su juicio de identidad, que en su caso puede ser una identidad incompleta o relativa, deberá tener en cuenta los elementos objetivos de comparación y los márgenes de tolerancia en la superficie que le sugiere el artículo 45 de la ley. Esto es, lo que he llamado elementos subjetivo y objetivo de la comparación.

Y el caso es que, en esa actuación, el artículo 45 no menciona a ningún funcionario en concreto, de modo que implícitamente se dirige a todos los encargados de velar por la constancia documental de la referencia catastral y no hay motivo por tanto para excluir al notario.

Pero lo que ocurre es que ese proceso o juicio de correspondencia no es un fin en sí mismo, sino que la ley lo utiliza como determinante de actuaciones posteriores y es en esa fase posterior donde la ley establece significativas distinciones respecto de las consecuencias de la presencia o ausencia de identidad de la finca con la parcela catastral.

Así, el artículo 46, bajo la rúbrica "*Constancia de la referencia catastral en documentos administrativos*", dice que "*en la resolución que ponga fin al procedimiento se hará constar la referencia catastral, así como el justificante en su caso aportado, haciendo constar si la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los términos establecidos en el artículo anterior*". Y el artículo 48, que ya hemos visto con detalle y se dedica a la "*constancia registral de la referencia catastral*", dice que "*el registrador recogerá en el asiento la referencia catastral* ***cuando*** *exista correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de la finca en los términos expresados en el artículo 45*".

Por el contrario, el artículo 47, el específicamente dedicado a la "*constancia de la referencia catastral en documentos notariales*", se limita a decir que "*los notarios transcribirán en el documento que autoricen dicha referencia catastral*"; *transcripción* que, aparentemente, no depende del resultado positivo o negativo del proceso establecido por el artículo 45.

De modo que la ley establece tres regulaciones diferentes, según el funcionario al cargo:

— Para los administrativos, enjuiciar la correspondencia, pero hacer constar en todo caso la referencia catastral aportada, aunque con la salvedad de que el funcionario deberá hacer constar su eventual juicio negativo.

— Para los registradores, calificar si hay correspondencia y recoger la referencia catastral sólo cuando entienda que efectivamente la hay.

— Para los notarios, formar juicio de correspondencia (pues como he dicho, el art. 45 no le excluye de ese cometido), pero para actuar

como si no lo hubiera hecho, haciendo constar la referencia catastral aportada en todo caso y guardándose para sí cualquier juicio obstativo que haya podido formar.

O sea, que, siendo el notario el actor que, como antes he dicho, goza de una mejor posición en el esfuerzo de conseguir la coordinación con el Catastro, según la ley, es el que menos debe intervenir en esta esencial fase del proceso de acomodación de las descripciones.

Si así fuera, sería una estupidez que el notario se detuviera en cumplir el trámite del artículo 45. ¿Para qué?, si el resultado de la comparación prevista en el artículo 45 ha de quedar en su fuero interno, sin trascendencia externa alguna, ¿de qué servirá que la haga? Más aún, ¿quién sabrá jamás si la hizo o no?

En mi opinión, nada justifica el silencio de la ley, especialmente cuando todo el régimen legal actualmente vigente arranca, como ya he dicho, del propósito emanado de una comisión interministerial del año 1995 que, en su punto 3.º, decía que "*la constatación de la Referencia Catastral en los documentos notariales exigirá por parte del Notario una labor de calificación (coincidencia con la finca transmitida)*", y que, en su propuesta de texto articulado de la futura Ley 13/1996, decía que "*los Notarios deberán solicitar a los otorgantes o requirentes que aporten la documentación relativa a la Referencia Catastral y transcribirán en el documento que autoricen dicha Referencia Catastral, reseñando el justificante aportado y haciendo constar, además, si a su juicio la Referencia Catastral se corresponde o no con la identidad de la finca*"; aclarando acto seguido que "*se entiende que hay identidad en los siguientes casos…"*, y seguía con los criterios que expresa el vigente artículo 45.

Es decir, el mismo régimen que hoy día rige para los funcionarios administrativos, con la particularidad, siquiera anecdótica, de que la citada comisión interministerial incluía los criterios de comparación en el apartado específico de la actividad notarial, al que se remitía el resto de la regulación de otros funcionarios. Y no es sólo cuestión de acuerdos gubernamentales o borradores de leyes; la propia Ley 13/1996, vigente muchos años, en su artículo 51, siguió la línea indicada e incluyó los criterios de correspondencia o identidad de la finca que habían de usar todos los funcionarios bajo la rúbrica de "*Documentos notariales*".

Cierto es que esta ley del año 1996 nunca expresó para los notariales un mandato tan claro como el dado para el caso de los documentos administrativos, cuando decía que "*si el obligado no aportare la documentación solicitada o si el órgano competente no la tuviere por cierta…*", pero la equivalencia de la consecuencia jurídica de este caso con la del punto tercero del citado (y hoy derogado) artículo 51, no planteaban muchas dudas acerca de la necesidad de que también el notario *tuviera por cierta* la referencia catastral alegada por los particulares. Y aunque, a diferencia de lo dispuesto en los citados borradores, nunca se atribuyó en la ley a los notarios y otros funcionarios administrativos una verdadera función calificadora para el acceso, en el sentido de denegar la constancia en el documento cuando no apreciaran correspondencia (como sí podían y debían hacer los registradores de la propiedad), insisto en que nunca hubo duda respecto a que el notario debía formar, emitir y consignar en el documento un juicio de correspondencia.

Pero, como puede decirse que en todo este largo proceso legislativo de introducción de mecanismos de coordinación entre el Catastro, de un lado, y las escrituras y las inscripciones, de otro, cada cambio en el texto legal ha sido para complicarlo y oscurecerlo, el resultado es que hoy día el artículo 47 de la Ley del Catastro dice lo que dice, esto es, no atribuye expresamente al notario competencia alguna para valorar la pertinencia de la referencia catastral aportada por los interesados y parece presuponer algo jurídicamente tan inaceptable como que deberá limitarse a transcribir al dictado en la escritura cualquier referencia catastral que los interesados deseen asignar.

Con todo, lo cierto es que la ley tampoco prohíbe expresamente al notario hacer lo contrario y, aun a costa de retorcer el significado del artículo 47, en base a la generalidad del artículo 45 y, sobre todo, al mandato básico de todo el Título IV de la ley, que no puede ser entendido de otro modo sino que pretende la constancia de la referencia catastral adecuada de los inmuebles objeto del documento y no cualquier referencia catastral de cualquier inmueble, y a que la frase del artículo 45 "*a efectos de lo dispuesto en este título, se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca*" tampoco puede significar otra cosa sino que los criterios que se mencionan en el resto del artículo 45 son los que, a los efectos del Título V, identifican la referencia catastral como la del inmueble y que

es sólo la referencia catastral que haya superado el trámite del artículo 45 la que el notario debe hacer constar en la escritura; por todo ello, creo que el notario tiene que actuar del mismo modo que la ley prevé para los documentos administrativos, esto es: formar, emitir y consignar en el documento un juicio de correspondencia entre la finca que referencia el código alfanumérico que es la referencia catastral y la finca objeto de la escritura; atendiendo para ello, no sólo a los requisitos del artículo 45, sino a todas cuantas cuestiones importan acerca de dicha correspondencia o identidad de la finca a que ya he hecho referencia frecuente, a todo lo largo de este estudio. Y además en un proceso de interacción continua con los otorgantes, en el que éstos aprovecharán el asesoramiento legal del notario y aquél, los conocimientos fácticos de aquéllos sobre la finca.

Por lo demás y en cuanto a la aplicación práctica del artículo 45 se refiere –y además de todo lo dicho a propósito de la actuación equivalente del registrador, perfectamente aplicable al notario–, conviene añadir dos breves anotaciones: dice el inciso final del precepto que "*si hubiera habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que le constaran al órgano competente, notario o registrador*". Ya dije en otro lugar lo peligroso que es utilizar ese conocimiento, aunque el notario lo tenga, si no le consta además que el dato supuestamente equivocado que obra en el documento acreditativo de la referencia catastral es un dato que refleja la situación anterior al cambio en cuestión, pues podría darse el caso de que dicho documento hubiera sido emitido después de que el Catastro –u órgano emisor– tuviera noticia del cambio hecho por el ayuntamiento. Pero lo que me interesa destacar ahora es que confiar una materia tan fluida como ésta a su notoriedad me parece temerario y caprichoso. Es posible que el notario pueda tener conocimiento particular del cambio de nombre de algunas calles de la población en que vive o trabaja (difícilmente, todas las de su distrito y sólo cuando se trate de una ciudad relativamente pequeña), pero será algo demasiado ocasional como para que pueda ser relevante. E incluso si así fuera, las normas generales sobre la notoriedad ya le permitirían acudir a ella, sin necesidad de que una ley expresamente se lo habilite. Pero la respuesta profesional adecuada no puede ser otra sino que el Notariado, a través del oportuno convenio con la administración pública competente, proporcione a los notarios un acceso, preferentemente telemático, a

los bancos de datos en que constan oficialmente esos cambios en el nomenclátor y numeración de calles.

Recapitulando lo expuesto y teniendo en cuenta el resultado tan insatisfactorio a que conduce todo el sistema legal de identificación de la finca con su referencia catastral (pues no persigue en ningún caso la coordinación con la realidad ni tiene en cuenta las motivaciones de los sujetos que favorecen las discrepancias), así como la indudable oportunidad que tiene el notario para colaborar con los interesados y reconducir todo ese proceso, los pasos que, en uno u otro orden, debe propiciar el notario son los siguientes:

— En caso de que la referencia catastral no conste previamente asignada a la finca en un documento público, cuando el documento que le aporten las partes para acreditarla no sea auténtico o, simplemente, siempre que, debidamente asesorados por el funcionario autorizante, lo solicite cualquiera de los otorgantes, el notario averiguará por sí mismo dicha referencia, accediendo a las bases de datos del Catastro y partiendo de la identificación de la finca catastral que hagan los otorgantes.

— El notario hará constar la referencia catastral que conste de forma indubitada en algún documento público que le aporten las partes o él mismo haya obtenido por sí; si tal documento no procede del propio Catastro, el notario debe comprobar su coherencia interna, por los algoritmos correspondientes y utilizando los dos códigos de control finales.

Si los otorgantes desean modificar una referencia catastral ya asignada con anterioridad y especialmente si consta que la referencia catastral ha sido inmatriculada en el registro de la propiedad, el notario deberá advertirles de que precisan del consentimiento del propietario de la finca o, caso contrario, el notario deberá dejar constancia expresa en la escritura de que el cambio se hace sin el consentimiento del propietario.

— El notario debe dejar constancia en el documento de si, en su opinión, la descripción catastral de la finca (a que remite su referencia catastral) se corresponde o no con la descripción de la escritura, aplicando los criterios del artículo 45 de la ley.

Si el documento aportado al notario para acreditar la referencia catastral no contiene la descripción catastral de la finca, el notario tiene derecho a conseguir por sí tal descripción, consultando direc-

tamente el Catastro, para poder emitir el juicio de identidad previsto en la ley.

Por excepción, podrá omitir tal juicio si los otorgantes se ratifican en la referencia catastral que ya consta asignada y validada por el funcionario autorizante de un documento público anterior.

— Si los otorgantes afirman la identidad de la finca escrituraria con la catastral, pero el notario no la aprecia así, consignará dicha referencia en la escritura, haciendo constar las explicaciones que al respecto den las partes, pero también su juicio en contrario.

— Por supuesto, si en algún momento del proceso el notario tiene dudas sobre si hay o no hay identidad, en los términos expresados por el artículo 45 de la Ley del Catastro, las guardará para sí, seguirá estudiando el asunto, hasta decidirse en uno u otro sentido, y no hará constar sino su resolución final.

— El mismo juicio de correspondencia deben emitir, en todo caso, las partes del contrato documentado, especialmente la parte adquirente si el negocio es traslativo del dominio.

Si el documento aportado al notario para acreditar la referencia catastral no contiene la descripción catastral de la finca, todos los otorgantes tienen derecho a solicitar del notario que les proporcione tal descripción, obteniéndola del Catastro, para poder emitir su juicio de identidad. El notario les advertirá expresamente de ese derecho.

A falta de acuerdo de todas las partes del contrato sobre la identidad de la finca y especialmente en caso de discrepancia de la parte transmitente o adquirente de su dominio, el notario no hará constar en el documento la referencia catastral, aunque él mismo (el notario) considere que cumple con los criterios de correspondencia del artículo 45 de la ley.

— Si alguno de los otorgantes considera que la referencia catastral no se corresponde con la finca o tiene dudas de ello, no obstante existir una aparente correspondencia, en los términos previstos en la ley, el notario pondrá en marcha el mecanismo de constatación prevenido en el artículo 49 de la Ley del Catastro, haciendo a las partes las oportunas advertencias al respecto.

En tal caso, los otorgantes podrán prestar su consentimiento anticipado a que el notario haga constar en el documento la referencia catastral que internamente le comunique el Catastro, sin necesidad de tener que reunirse de nuevo. Del mismo modo que podrá constar

en la escritura el apoderamiento que se dan las partes para que sea una sola de ellas, por sí y en representación de la otra, la que preste el consentimiento exigido por el apartado 3 del artículo 49.

— También podrán los otorgantes, si les parece oportuno, prestar esos consentimientos anticipados en el caso de que tengan la finca por perfectamente identificada, tanto la escrituraria como la catastral, y no reste sino el mero trámite de averiguar el concreto dato de su referencia catastral, algo que pueden delegar unas en otras o encomendar al notario autorizante.

No olvidemos que es el notario el que debe asesorar a las partes sobre las consecuencias que para cada una de ellas tiene la correcta coordinación de la escritura con el Catastro, en todos los órdenes, tanto respecto a la descripción física de los inmuebles catastrados como a las circunstancias jurídicas que allí constan, incluida la titularidad; sobre la importancia de que la descripción de la finca sea lo más cercana posible a la realidad, pero también la trascendencia para ellos de la que obra en el Catastro y en su caso en el registro, cuando la escritura contenga una descripción diferente; y sobre la manera de corregir esas discrepancias. Y, como consecuencia de todo ello, debe advertir y asesorar a las partes sobre la oportunidad que la legislación les brinda de hacer una asignación correcta de la referencia catastral correspondiente a la finca sobre la que contratan; la conveniencia, en su caso, de que resuelvan de común acuerdo las incidencias que pueda presentar el proceso de asignación, especialmente cuando es dudosa. Debe explicarles la previsión legal de que la referencia catastral quede inmatriculada en el registro de la propiedad y los efectos que ello tendrá; como entiendo que también debe explicarles en qué consiste su participación, como notario, en todo el proceso y sus límites.

Naturalmente, no son éstas las únicas advertencias que debe hacer, ni siquiera en relación con el Catastro, pues además debe hacer a los otorgantes todas las advertencias que la legislación catastral le encomienda, pero ésas versan sobre otras cuestiones, que interesan incluso más al Catastro que a los particulares y, en todo caso, las estudiaremos en otro lugar, según el esquema que me he propuesto. Aquí he hecho referencia únicamente a las advertencias relativas a la forma y efectos de hacer constar la referencia catastral en la escritura, que, curiosamente, son a las que no se refiere la ley, que ni esa competencia le atribuye al notario el artículo 47.

ii) Referencia catastral no aportada a la escritura

1. Advertencias

La referencia catastral puede considerarse no aportada en dos casos: cuando no se proporciona al notario y cuando la aportada no supera los requisitos de correspondencia indicados. En mi opinión, que ya he dejado explicada, ambos supuestos son equivalentes, de modo que la referencia catastral no deberá hacerse constar en la escritura; pero veamos cada uno por separado, detallando también la advertencia oportuna en cada caso, que no será siempre la misma.

a) Referencia no aportada

Que la referencia catastral no sea aportada por los interesados es en realidad el supuesto normal que prevé el artículo 47 de la Ley del Catastro, puesto que el primer llamado a ello es el propio notario. De manera que el caso a considerar aquí es más bien el de que el notario no haya podido obtener la referencia catastral porque los interesados no le hayan proporcionado los datos mínimos que necesitó para realizar la búsqueda de la referencia catastral adecuada o porque tales datos no le condujeron a referencia catastral alguna. Creo que es muy conveniente que el notario deje expresa constancia en la escritura de tales circunstancias, pues si se limitara a decir que los interesados no le han aportado la referencia catastral, no haría sino dejar patente su propio incumplimiento, que es anterior al de los interesados.

Y, seguidamente, podrá y deberá formular a los interesados la correspondiente advertencia; advertencia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la ley, deberá ser "*de forma expresa y escrita*", lo que, a efectos prácticos y muy preferiblemente, se cumple incluyéndola en la propia escritura.

b) Referencia no correspondiente

Caso distinto es el de que la referencia catastral aportada como propia de la finca escriturada no supere el trámite o juicio de correspondencia o identidad de la finca, en los términos previstos en

el artículo 45, así como el de que no supere el de constatación del artículo 49.

En este punto, es necesario distinguir netamente dos posibles supuestos, según que la finca catastrada sea o no básicamente la misma que la escrituraria. Conforme al artículo 45 de la ley, la falta de correspondencia tanto puede producirse porque la referencia catastral aportada sea sencillamente la de una finca distinta a la que es objeto de la escritura como porque existan diferencias que superen los márgenes cuantitativos que ese artículo señala.

Lo primero conducirá a la duda sobre la identidad de la finca, duda que, si está verdaderamente fundamentada, será el resultado de que el interesado, negligente o culposamente, haya aportado a la escritura o proporcionado al notario datos para que obtenga él una referencia catastral que remita a una finca que nada tenga que ver con la que en ese momento se escritura, datos de otra finca de su propiedad o ni siquiera eso. Un supuesto que debe ser tratado exactamente igual al del pleno incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral y que, no sólo debe dar lugar a que el notario formule la correspondiente advertencia, sino a que la referencia catastral aportada no se mencione en la escritura.

Por el contrario, las diferencias cuantitativas que no pongan en duda la identidad de la finca pero superen los márgenes permitidos por el artículo 45 no hacen sino evidenciar una falta de coordinación entre instituciones; una descoordinación que puede ser completamente ajena al interesado y sobre la cual no tenga capacidad de aportar soluciones –o no tenga la obligación legal de hacerlo–. En tal caso, no sólo el interesado habrá cumplido realmente con su obligación –y no merecerá sanción ni advertencia alguna a este respecto– sino que habrá contribuido a que el Catastro detecte las anomalías o errores que debería tener el mayor interés en corregir por sí. Ciertamente, no podrá asignarse la referencia catastral a la finca, porque lo impide el artículo 45, pero no habrá ninguna actitud reprochable de los otorgantes. Procederá pues que el notario formule una advertencia, pero no la del artículo 43, que denuncia el incumplimiento, sino las oportunas advertencias, amparadas en la legislación notarial, que pongan a los propietarios de la finca en guardia ante los perjuicios que les puede ocasionar un Catastro incorrecto (e incluso, eventualmente, en guardia ante sanciones indebidas).

2. *Los efectos de la imposibilidad de hacer constar la referencia catastral. Recursos*

Cualquiera que sea el motivo de ello, la falta de constancia de la referencia catastral *no impedirá que los notarios autoricen el documento ni afectará a su eficacia o a la del hecho, acto o negocio que contenga*, conforme dispone el apartado 2.b del artículo 44 de la ley.

La que ya no está tan clara es la forma de aplicar el apartado 4 de ese mismo artículo, que dice que "*lo dispuesto en el apartado 2 se entiende sin perjuicio de lo especialmente regulado para supuestos concretos en los que se exija la aportación de determinada documentación catastral como requisito para continuar el procedimiento o de lo legalmente establecido para el caso de que la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad*". Como ya indiqué, no me parece que haya razón para esa estrategia (que se repite por doquier en la Ley del Catastro) de singularizar, tratar separadamente y dar protagonismo al registro de la propiedad, en cuestiones que nada tienen de especial y que podrían haberse tratado de modo homogéneo para todos los documentos públicos. Y buen ejemplo de ello es este artículo 44. La norma del apartado 3 del artículo no debería ser sino un caso más de entre los citados en el apartado 2, que trataría así de los efectos de la falta de aportación de la referencia catastral en los tres tipos de documentos públicos (administrativos, notariales y registrales) de que se ocupa este Título V de la ley; lo cual hubiera dado un mejor sentido al apartado 4 (que sería entonces el 3), aclarando que la continuidad proclamada por el apartado 2, en algunos casos –los que cita–, puede tener excepciones, cuando así lo establezca la ley (algo innecesario de decir, por lo demás, pues en cualquier normativa las excepciones son tan habituales como las reglas generales, pero al menos algo coherente).

¿O acaso se ha querido establecer que, si hubiera una regulación especial que exigiera la aportación de la referencia catastral para "*continuar el procedimiento*" o para que "*la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad*", entonces, tampoco debería otorgarse la escritura a falta de tal referencia? ¿Es aplicable a las escrituras el término "*resolución*"?

En mi opinión, nada de eso ocurre y el apartado 4 únicamente se refiere –pero lo hace mal– a los expedientes administrativos (a las resoluciones que los culminan; "*resolución que ponga fin al proce-*

dimiento", dice el art. 46) y –sobre todo– a las inscripciones; esto es, sólo al punto a. del apartado 2 y al apartado 3, pero no al punto b. del apartado 2, las escrituras (remitiendo, en cuanto a la inscripción, a la Ley 13/1996, pero sin decirlo expresamente).

De modo que, según lo dicho, la falta de aportación de la referencia catastral "*no impedirá que los notarios autoricen el documento*" ni afectará a la validez o *eficacia* de la escritura ni –y eso es lo verdaderamente importante– "*a la del hecho, acto o negocio que contenga*".

> En rigor, puede haber circunstancias que afecten a la validez de la escritura sin afectar a la del negocio; no otra cosa es la que prevé el artículo 1223 del Código Civil. En este caso, la ley salva ambos valores.

Más aún, creo que es también aplicable a las escrituras, por analogía, la norma del apartado 5 del artículo 48, según la cual "*las discrepancias en la referencia catastral no afectarán a la validez de la inscripción*"; en este caso, que, si la referencia catastral sí ha sido aportada a la escritura, pero existen "*discrepancias*" (un concepto que la ley no concreta, desgraciadamente, pero que podría incluir el hecho de que se haya aportado a la escritura una referencia catastral improcedente, la de una finca catastral distinta a la escriturada), tales discrepancias no afectarán tampoco a la validez de la escritura.

Recursos contra la negativa del notario a transcribir la referencia catastral en la escritura

Por lo demás y a diferencia de lo dispuesto para el caso de la decisión negativa a la constancia de la referencia catastral que haga el registrador, no está previsto en ninguna ley un recurso específico ante la decisión del notario de no transcribir en la escritura la referencia catastral aportada. Tal cosa es sin duda coherente con el hecho de que, expresamente, la ley no le atribuya una capacidad decisoria, pero, puesto que sí que la ha de tener en la práctica, la falta de un cauce apropiado para recurrir sin duda es un grave inconveniente para los interesados, puesto que la posibilidad de que el notario se equivoque al denegar la constancia de la referencia catastral aportada o indicada por los otorgantes, o sea, de que se equivoque al juzgar que no se da la correspondencia exigida por la ley es al menos la

misma de que se equivoque el registrador en el mismo trance; y si allí puede recurrir ante la Dirección General aquí también debería poder hacerlo. Y lo cierto es que, en mi opinión, podrá. Utilizando el genérico cauce del recurso de queja. De modo que opino que el notario, al denegar la constancia, deberá advertir y asesorar a los otorgantes sobre esa posibilidad y la forma de hacerla efectiva.

V. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA ESCRITURA

a) PLANTEAMIENTO GENERAL

La coordinación del Catastro con las escrituras y con las inscripciones es sin duda un proceso único, cuyos resultados favorables, si verdaderamente los produce, tienen que repercutir en todas las instituciones implicadas, en beneficio de los ciudadanos.

Únicamente pues por el deseo de clarificar la exposición, he acudido al proceso analítico de distinguir distintos sentidos en esa misma dirección (bifurcada a su vez) que conduce del Catastro hacia las escrituras y las inscripciones y de éstas a aquél. Hemos visto hasta ahora los hitos que me ha parecido necesario destacar en el primer sentido, en los procesos y mecanismos que hacen que las escrituras y las inscripciones puedan o deban reflejar el contenido del Catastro, empezando por la referencia catastral de las fincas.

> Destacar unos procesos sobre otros y unos problemas sobre otros, en ese itinerario, no es más que el resultado de una valoración personal, por lo que con seguridad habrán quedado sin resaltar o comentar muchas cuestiones tan o más interesantes que las antes tratadas y las que aún añadiré.

Corresponde ahora examinar el camino de vuelta (o de ida), aquél por el que el Catastro recibe información sobre los negocios documentados, sobre el propio proceso de documentación, escrituración e inscripción y, particularmente, sobre los avatares de la constancia en los documentos públicos de la referencia catastral de las fincas.

Ni por los objetivos de este estudio ni por lo limitado de mis conocimientos voy a abordar este último gran apartado de modo simétrico o especular al que he seguido en relación con la coordinación desde el Catastro. Si en ese primer caso, apoyándome en mi

experiencia profesional, he podido opinar sobre el uso que las escrituras y las inscripciones pueden y deberían hacer de la información catastral, en aspectos formales y en aspectos verdaderamente sustantivos, ahora, no voy a hacer otro tanto acerca de la utilidad que para el Catastro pueda tener la información que reciba de notarios y registradores (y, en ocasiones, de los propios particulares); no voy a pronunciarme sobre qué debería hacer el Catastro con ella o qué me parece erróneo en sus planteamientos al respecto. Algo que sí he hecho al tratar del sentido inverso de la coordinación.

La propia exposición de motivos de la Ley del Catastro ya inicia sus consideraciones diciendo que, si bien "*el origen y principal uso del Catastro en nuestro país es, sin duda alguna, el tributario*", "*sin embargo, junto a esta finalidad tributaria, las dos últimas décadas han sido testigos de una evolución en la que el Catastro Inmobiliario se ha convertido en una gran infraestructura de información territorial disponible para todas las Administraciones públicas, fedatarios, empresas y ciudadanos en general, puesta ante todo al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria, pero capacitada también para facilitar la asignación equitativa de los recursos públicos*".

Pero, cuando a continuación intenta esa misma exposición de motivos apoyar en hechos concretos esas ideas generales, cita como "*prueba su utilización generalizada para la gestión o el control de subvenciones nacionales o comunitarias, o la paulatina incorporación de la información gráfica y de la identificación catastral de las fincas tanto a las actuaciones notariales como al Registro de la Propiedad*"; para finalmente concluir que "*la utilización múltiple de la información catastral no desvirtúa la naturaleza tributaria de la institución, sino que la preserva*".

Dado que nada sé sobre control de subvenciones, *nacionales o comunitarias*, y que el aspecto de completar la identificación física de las fincas en las escrituras e inscripciones es el que hemos visto ya por extenso; y como quiera también que no deseo extenderme sobre el alcance meramente fiscal de la institución, lo cierto es que, en esta parte final del estudio, casi únicamente me voy a ocupar de la actividad que le cabe desarrollar al notario en ese proceso de vuelta de la información al Catastro, con una preocupación especial por todo aquello que los particulares deben –o les interesa– conocer de lo que el notario y el registrador harán. Para, a continuación, re-

cordar que el notario debe informarles adecuadamente sobre todo ello.

No volveré a insistir sobre la confluencia de intereses privados y públicos y su esencial compatibilidad, pero, personalmente, no tengo nada que aportar a la organización de los tributos del Estado. Y, como quiera que no estoy de acuerdo con que el Catastro no quiera recibir información de los ciudadanos (vía los documentos que otorgan) acerca de la correspondencia con la realidad de las descripciones físicas de sus parcelas catastrales ni acepte discutir con ellos (y con los funcionarios implicados en el proceso, registradores y notarios) sobre las causas y los orígenes de los errores en esas descripciones que la práctica documental va poniendo en evidencia, el resultado es que no existe un cauce de verdadera colaboración en esa vía de vuelta, la que va hacia el Catastro, de modo que se ha convertido en un mero trámite burocrático.

Ni siquiera, aunque desde luego puedo y debo conocerlo mejor, me interesaré por la forma en que, internamente, el notario debe cumplir sus obligaciones legales de aportar información y de realizar el llamado proceso de *comunicación* al Catastro. Independientemente de las bondades y de las carencias de esa tarea y de los medios que se imponen para llevarlo a cabo, en la medida en que únicamente afecten al notario en tanto que profesional –o funcionario–, me parecen un problema igualmente interno; indiferente para los ciudadanos y, por tanto, básicamente irrelevante.

En el fondo, no hay mucho más que un reparto doméstico, entre ministerios, de una carga de trabajo administrativo. El Catastro, como todo el Ministerio de Hacienda, hace muchos años que viene teniendo acceso al contenido de las escrituras públicas; el que ahora prefiera recibirlo de forma codificada y tabulada, en lugar de en su formato literal, no significa otra cosa sino que la tarea de trasladar el contenido literario de la escritura a los campos y claves de una base de datos (que es la forma en que el Catastro prefiere tenerla y usarla), en lugar de hacerlo los funcionarios del Ministerio de Hacienda, lo hacen los del Ministerio de Justicia, y ese cambio de sujetos en poco puede afectar al fondo del asunto.

Es más, el proceso de añadir a la descripción de las fincas su referencia catastral, al menos desde la perspectiva del Catastro, no puede decirse que sea un avance que, hasta ahora, le estuviera vedado al Catastro. Si tenemos en cuenta que lo que empezó siendo

una obligación de los ciudadanos (introducida por la ley y por tanto inexistente con anterioridad) ha terminado por quedar encomendado, según el artículo 41 de la Ley del Catastro, a los funcionarios que convierten en público el documento (según la ley, sin necesidad de la colaboración de los ciudadanos) y si los medios de que éstos disponen para realizar adecuadamente ese emparejamiento entre la finca documental y su referencia catastral están, siempre de acuerdo con la ley, en el propio Catastro, es meridiano que igual –en realidad, mucho mejor– podrían acometer esa tarea los funcionarios del Catastro, a partir del contenido del documento. Y quizá en justa correspondencia con esa obviedad, la sorprendente consecuencia de que sea sobre los particulares, otorgantes del documento, sobre quienes recaiga la responsabilidad económica –vía multas– de que los funcionarios no aporten la referencia catastral queda equitativamente compensada por la renuencia del Catastro a imponer sanciones por este motivo.

> Como veremos al tratar de esas sanciones (multas), una forma que tienen los interesados de quedar exonerados de toda responsabilidad derivada de la obligación del artículo 38 de la ley, es solicitar al Catastro que les proporcione la referencia catastral de sus fincas. Los impresos de declaración catastral (modelos 901N a 904N) no contienen indicaciones acerca de esa petición y permanecen fieles a la bucólica idea de que las referencias catastrales penden de los árboles de ese completamente accesible jardín que es la *oficina virtual*; de modo que sería muy instructivo constatar qué se le exigiría a un particular que acuda a una oficina real y no virtual, en demanda de la referencia catastral de su finca; ¿le dirán que basta con aportar la descripción escrituraria o registral y que ellos –los funcionarios del Catastro– harán el resto del trabajo?, ¿le pedirán además que colabore en la localización de la finca sobre los planos catastrales y confirme el hallazgo?, ¿les exigirán que precisa y concretamente sitúen la finca, con arreglo a coordenadas catastrales o UTM, limitándose entonces a convertir la información que da el interesado, sin examinarla ni discutirla, por medio de una simple vinculación mecánica? ¿Saben hacer los funcionarios del Catastro lo que con tanta soltura exige la ley a los particulares y a los notarios?

En definitiva, continuaré ocupándome de analizar todo aquello que a los otorgantes interesa saber, en relación con todo este proceso de coordinación; las sanciones en que pueden incurrir, las consecuencias de que actúen de una u otra forma; así como las eventualidades que pueden surgir tras el otorgamiento de la escritura, pero que son previsibles y por lo tanto el notario puede anticiparles. Tam-

bién, las que estén relacionadas con la inscripción registral, pues, como digo, el notario puede advertirles al respecto y puede hacerlo en un momento en que están reunidas ante él todas las partes, con lo que éstas pueden valorar las repercusiones internas que esas eventualidades pueden tener en sus tratos privados; y, aunque en tal caso sus advertencias serán parcialmente redundantes con las que también les haga el registrador, no parece que deba derivarse ningún daño de la reiteración.

b) LA COORDINACIÓN DEL CATASTRO CON LA REALIDAD

Evidentemente, la preocupación del Catastro no es únicamente la de proporcionar información a otras instituciones sino también la de recabarlas para sí. Definido como una base de datos (la "*base de datos nacional del Catastro*", como dice el reglamento de su ley), es claro que necesita de un "*mantenimiento actualizado*", como también dice su exposición de motivos.

De hecho, si todos los datos de esa base se hubieran introducido después de establecidos los mecanismos de coordinación entre las instituciones y con la realidad que se declaran ahora como objetivo de la legislación, o incluso si todos ellos hubieran sufrido un proceso de depuración y revisión sistemática, también de este modo se hubiera logrado la plena coordinación de la descripción física y jurídica de todas las fincas del territorio nacional. Sin embargo y como es esperable, dada la envergadura de un proceso como ese, el Catastro ha optado por incorporar a esa base de datos nacional todos los ya existentes en el Catastro desde su creación (punto 3 de la disposición transitoria primera: "*La descripción de los bienes inmuebles contenida en el Catastro Inmobiliario a la entrada en vigor de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, se mantendrá hasta que tenga lugar la práctica de otra posterior*") y por establecer mecanismos de permanente incorporación de nuevos datos y de revisión y actualización de los datos ya existentes.

c) LA INCORPORACIÓN DE DATOS AL CATASTRO

El artículo 4 de la ley atribuye a la "*competencia exclusiva del Estado*" la "*formación y el mantenimiento del Catastro Inmobiliario,*

así como la difusión de la información catastral"; y el Título II de la ley está destinado a "*la formación y mantenimiento del catastro inmobiliario*". Pero la ley no define estos conceptos, quizá porque los considere términos comunes y los utilice en su sentido gramatical ordinario.

Sin embargo, ese citado Título II no vuelve a mencionar fuera de su propio enunciado la palabra "*mantenimiento*" y además la ley parece resolver todas las necesidades de la formación y el *mantenimiento* por el cauce de la "*incorporación*", palabra que de nuevo no se define pero que se extiende tanto a los bienes como a sus *modificaciones*, según el artículo 11 de la Ley del Catastro, según el cual: "*la incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que conllevará, en su caso, la asignación de valor catastral, es obligatoria y podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad*".

De modo pues que, con independencia de denominaciones más o menos claras, se contemplan dos tipos de procesos: el acceso de nuevas fincas al Catastro, un hecho conocido tradicionalmente como *amillaramiento*, y la constancia posterior de todas las alteraciones con alcance o interés catastral ocurridas a tales bienes, después de su acceso al Catastro.

Respecto de ese acceso o incorporación de nuevas fincas, de modo similar a como se hace en el registro de la propiedad, también respecto del Catastro se regula la llamada "*primera inscripción*", momento (con "*motivo de*", dice el art. 18 Reglamento del Catastro) en el que se le asignará "*la referencia catastral, código identificador único de cada inmueble*".

La incorporación de una nueva finca al Catastro determina la asignación de una también nueva referencia catastral, que no sólo será distinta a las correspondientes a todas las demás fincas ya inscritas sino que no puede ser tampoco igual a la referencia catastral asignada a otra finca preexistente, aunque ya no esté en la base de datos del Catastro.

Pero la legislación catastral no utiliza propiamente el concepto de inmatriculación ni lo distingue de los procesos posteriores de creación de nuevas fincas catastrales, ya sean las formadas por modificación hipotecaria de las preexistentes, ya sean las nuevas cons-

trucciones realizadas sobre fincas inscritas. En todos estos casos, se genera una primera inscripción.

Pero los supuestos no deberían ser iguales. Al igual que ocurre en el caso del registro de la propiedad con las inmatriculaciones e incluso con mayor razón, dada la potencial exhaustividad de una base de datos que puede ser físicamente contrastada con la realidad de la geografía del país, una primera inscripción de terrenos propiamente dichos ocurrirá con poca frecuencia y, en el fondo, no debería ser sino la subsanación de una carencia que quizá no debería haberse producido; mientras que la creación de nuevas fincas por redistribución de la superficie original o por la realización de construcciones es un proceso humano en continua realización.

El segundo gran medio de *incorporación*, según el artículo 11, es la constancia de "*alteraciones de características*" de las fincas.

El concepto de alteración de la finca catastrada, en la legislación catastral, es un poco tortuoso. El artículo 11 de la Ley del Catastro no lo define pero lo ejemplifica cuando dice, según hemos visto, que "*podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad*". A continuación, el artículo 13, al definir uno de los procedimientos por los que (según el art. 11) han de realizarse las incorporaciones, el de "*declaración*" de los titulares catastrales, habla de "*circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la descripción catastral de los inmuebles*". Por su parte, el artículo 3 conceptúa las "*características*" del bien inmueble como los distintos elementos de su descripción y las clasifica en "*físicas, económicas y jurídicas*", e incluye entre ellas "*la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso o destino, la clase de cultivo o aprovechamiento, la calidad de las construcciones, la representación gráfica, el valor catastral y el titular catastral*" (de manera que las altas y bajas de titulares son también, en el fondo, una *alteración* más de la finca catastral).

Puesto que los citados artículos 11 y sus concordantes enumeran, aunque sea de un modo indirecto, los procedimientos mediante los cuales se ha de producir la buscada incorporación, podemos entender que son alteraciones catastrales todos aquellos acontecimientos que constituyen el objeto de los distintos procedimientos de incorporación mencionados en ese artículo 11 (a los que me voy a referir en el apartado siguiente); pero quizá no sea del todo así si tenemos

en cuenta que el artículo 10.2 añade a la lista aparentemente cerrada de los artículos 15 y 16 que "*los titulares catastrales tienen el deber de colaborar con el Catastro Inmobiliario, suministrándole cuantos datos, informes o antecedentes resulten precisos para su gestión, bien sea con carácter general, bien a requerimiento de los órganos competentes de aquél conforme a lo reglamentariamente establecido*", lo que nos llevaría a una lista completamente abierta de posibles alteraciones.

> En un ejercicio muy poco frecuente de desconfianza en su capacidad de imponer obligaciones, este mandato del segundo punto del artículo 10 está simplemente repetido en el último inciso del punto también segundo del artículo 13 ("*Los titulares… están obligados a colaborar con el Catastro Inmobiliario suministrándole cuanta información resulte precisa para su gestión, bien sea con carácter general, bien a requerimiento de los órganos competentes de aquél conforme a lo reglamentariamente establecido*"); y los dos, el artículo 10 y el 13, no son sino la aplicación a los titulares catastrales de la regla general del 36 de la ley, que dice que "*toda persona natural o jurídica, pública o privada, está sujeta al deber de colaboración en relación con los datos, informes o antecedentes que revistan trascendencia para la formación y mantenimiento del Catastro Inmobiliario*".

Con todo, hay una importante diferencia: las alteraciones expresamente mencionadas en los procedimientos de incorporación deben declararse al Catastro por propia iniciativa de los titulares catastrales y por un procedimiento detallado que fija la ley, sujeto a plazos y formatos y bajo pena de sanciones muy concretas, mientras que, conforme al artículo 91 del Reglamento del Catastro, para que el incumplimiento del deber de colaboración provoque sanciones, es necesario que tanto ese deber como el plazo para *colaborar* "*estén establecidos mediante una disposición de carácter general*" o, en otro caso, que "*el suministro de información ha sido recabado a través de requerimientos concretos*".

i) Procedimientos de incorporación

El repetido artículo 11, después de declarar, como hemos visto, que la incorporación de datos al Catastro es obligatoria, establece cuatro procedimientos hábiles para ello: a) Declaraciones, comunicaciones y solicitudes; b) subsanación de discrepancias; c) inspección catastral y d) valoración.

Las dos últimas, la inspección catastral y la valoración, aunque sin duda involucran a los particulares y les imponen obligaciones, constituyen actividades internas del Catastro. La segunda, la subsanación de discrepancias, está especialmente relacionada con las tareas de inspección catastral y tiene por objeto –por lo que ahora interesa–: "*la comprobación e investigación de los hechos, actos, negocios y demás circunstancias relativas a los bienes inmuebles susceptibles de originar una incorporación o modificación en el Catastro*" (art. 19 de la ley) y "*la regularización de la descripción catastral*" (art. 47 del reglamento) de los bienes incorporados al Catastro; es también una actividad interna del Catastro, puesto que, según el artículo 18 que la regula, "*se iniciará por acuerdo del órgano competente, ya sea por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior*" y lo motivará el que "*la Administración tenga conocimiento de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria y su origen no se deba al incumplimiento de la obligación de declarar o comunicar a que se refieren los artículos 13 y 14*".

Así lo confirma también el que las definiciones que hace la ley de los procedimientos en que tienen participación los particulares (e incluso las autoridades y administraciones ajenas al propio Catastro) no incluyan en ellos los tendentes a la incorporación de nuevas fincas. Un buen procedimiento de concordancia del Catastro con la realidad nunca hubiera apartado a los particulares de esa tarea, pero esa ha sido la decisión del legislador.

Resta pues por examinar y es el único del que me ocuparé aquí el procedimiento que compete a particulares y autoridades, que es a su vez plural y consiste en "*declaraciones, comunicaciones y solicitudes*".

Dados los objetivos de este estudio y su sesgo a favor de aquellas cosas que interesa conocer a los particulares y sobre las que, por lo tanto, el notario debe advertirles, podría circunscribirme a examinar el contenido de las declaraciones y solicitudes, que son las únicas que les competen. Sin embargo, el hecho de que la obligación de hacer declaraciones por los particulares sea, en determinados casos, subsidiaria de la comunicación que haga la autoridad, obliga a interrelacionar ambos procesos. En todo caso y respecto de las comunicaciones, sí que me limitaré a las que corresponde hacer a notarios y registradores de la propiedad, sin incluir las que podrían hacer los ayuntamientos.

Con la advertencia de que, en general, cuanto diga sobre las declaraciones vale para las solicitudes que, como explicaré, no considero sino una forma especial de declaración. No obstante, también haré en su lugar algunos comentarios sobre el procedimiento específico de incorporación por solicitud.

ii) Sujetos obligados a declarar y a comunicar

Conforme a los citados artículos 10, 13 y 15 de la ley, están obligados a realizar declaraciones (o solicitudes) los titulares catastrales y, en caso de cese, aquellos que han dejado de serlo. Y, conforme al artículo 14 (en lo que aquí interesa), están obligados a comunicar "*los notarios y registradores de la propiedad, en cuanto se refiera a documentos por ellos autorizados o inscritos*".

Ambas obligaciones, la de declarar y la de comunicar, no son concurrentes sino subsidiarias la una de la otra. La regla general es la comunicación, y la declaración, la excepción.

La subsidiariedad de la obligación de declarar resulta claramente del fundamental, breve y un tanto escondido mandato del artículo 13: "*Los titulares de los derechos a que se refiere el artículo 9 están sujetos a la obligación de formalizar las declaraciones conducentes a la incorporación en el Catastro Inmobiliario de los inmuebles y de sus alteraciones, así como a facilitar los datos identificativos de quienes ostenten un derecho real de disfrute al que se refiere el apartado 4 del citado artículo, excepto en los supuestos de comunicación previstos en este capítulo*".

Régimen que se completa con algunas otras normas:

— Que, "*cuando fueran varios los obligados a declarar un mismo hecho, acto o negocio, cumplida la obligación por uno, se entenderá cumplida por todos*" (art. 13 de la Ley del Catastro).

— Que, "*en los casos en que no se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo a del artículo 14, los notarios y registradores de la propiedad deberán advertir expresamente a los interesados de que subsiste la obligación de declarar prevista en el apartado 2 del artículo 13*" (art. 43 de la Ley del Catastro).

— Que, "*en los supuestos en que se hubiera acordado la suspensión del procedimiento de comunicación, los ayuntamientos deberán advertir expresamente y por escrito de la subsistencia de la obliga-*

ción de declarar los hechos, actos o negocios para los que, tras la efectividad de la suspensión, se soliciten las correspondientes licencias o autorizaciones" (art. 34 del Reglamento del Catastro).

Esta última posibilidad es consecuencia del un tanto desconcertante derecho que tienen los ayuntamientos de renunciar al procedimiento de comunicación o suspenderlo, posibilidad establecida en el artículo 33 del Reglamento de la Ley del Catastro. Puesto que no voy a tratar aquí más procedimientos de comunicación catastral que los que competen a notarios y registradores de la propiedad, quienes por supuesto no pueden renunciar a su deber de comunicar, me limito a mencionarlo.

Dado pues que las declaraciones son subsidiarias de las comunicaciones, será preciso determinar claramente los supuestos en que proceden las segundas, para que así pueda el notario advertir adecuadamente a los particulares sobre sus obligaciones al respecto. Por otro lado y aunque desde luego una escritura pública puede tener cualquier contenido lícito, es un hecho que algunas de las obras del apartado a) del artículo 16 y casi todos los actos del apartado b) de ese mismo artículo no suelen formalizarse en escritura pública y, naturalmente, la comunicación notarial sólo será oportuna cuando los interesados hayan otorgado en una escritura pública el hecho, acto o negocio de interés catastral.

En determinadas circunstancias, puede obviarse también la obligación de declarar, verificando lo que la ley llama procedimiento de incorporación mediante solicitud. Más adelante me ocuparé de esta modalidad, pero ya adelanto que en rigor no hay propiamente régimen subsidiario y ni siquiera alternativo, puesto que en el fondo la solicitud es una forma de declaración.

Por lo demás, tanto la incorporación de nuevas fincas como la constatación de las alteraciones catastrales sobre ellas son, como he dicho, obligatorias para sus propietarios y titulares y esta es una regla que difiere notablemente de la vigente a propósito de la inmatriculación de fincas y las sucesivas inscripciones de hechos y negocios concretos sobre ellas en el registro de la propiedad, en donde rige el principio de voluntariedad y de rogación. Diferencia que tiene importantes consecuencias prácticas y que el notario debe tener siempre en cuenta, más habituado como está a dirigir su trabajo a la inscripción registral. Esta obligatoriedad supone que son de apor-

tación forzosa al Catastro actos que el titular registral o quien pretende llegar a serlo puede optar por no hacer constar en el registro, por ejemplo, una edificación existente sobre su finca o un exceso de cabida (no sólo porque omita la noticia de su existencia en la escritura sino incluso porque la haga constar a *efectos no registrales*, o sea, sin solicitar la inscripción, así como también renunciando –ante el registro– a su petición hecha en la propia escritura) y también por solicitar que no se incluya en la inscripción aquellos aspectos de la descripción de la finca que no son definitorios del derecho de propiedad, tales como el uso o destino de las fincas o el tipo de cultivo sobre ellas existente.

Afortunadamente, no es necesario plantear también aquí la discusión del artículo 171 (6) del Reglamento Notarial, puesto que éste sólo obliga a hacer constar en la descripción escrituraria los datos que ya están catastrados, mientras que el problema que estamos viendo ahora es justamente el contrario: la noticia que se ha de dar al Catastro de alteraciones nuevas. Sin embargo, sí puede plantearse la cuestión de si, en base a la obligatoriedad del artículo 11 de la Ley del Catastro, el notario debe aconsejar a los otorgantes que incluyan toda esa información en las escrituras (con independencia de si además solicitan o no su constancia registral), como modo de cumplir sus obligaciones informativas al Catastro; aunque debe tenerse en cuenta que, en estos supuestos, que no son de "*adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del inmueble*", por las reglas del artículo 14 como aún hemos de ver con más detalle, la *comunicación* notarial o registral no sustituye ni evita la *declaración* del particular, de modo que esa diligencia puesta en los otorgamientos resultaría relativamente inútil.

Supuestos de concurrencia de obligaciones de comunicar

Conforme al artículo 14 de la ley, la obligación de comunicar no es única sino doble, pues como acabamos de ver alcanza tanto a *notarios* como a *registradores de la propiedad*, "*en cuanto se refiera*

(6) La redacción dada al artículo 171 del Reglamento Notarial, en la reforma de 19 de enero de 2007, ha sido declarada nula, por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2008. Véase nota al pie de la página 268.

a documentos por ellos autorizados o inscritos". Naturalmente, es perfectamente posible que el documento que el registrador inscriba no sea un documento autorizado por un notario, como también lo es que el documento notarial no esté destinado, al menos por el momento, a su inscripción. Pero no cabe duda de que la regla general, en la mayoría de los casos, es que un mismo documento primero sea autorizado por el notario y seguidamente se inscriba en el registro de la propiedad. ¿Qué ocurre pues con estas dos obligaciones, cuando concurren?, pues desde luego no algo análogo a lo previsto en el artículo 40.3 de la ley. De modo que la comunicación que haga el notario no aprovecha al registrador, que no queda eximido de hacer también la suya, ni lo contrario, aunque se trate de unos mismos hechos, actos o negocios. Podría decirse que eso es así porque cada uno de esos dos funcionarios ha de informar –comunicar– respecto de sucesos diferentes ocurridos al documento. Para ser más exacto, que el notario informa sobre lo ocurrido con el documento público que es la escritura y que el registrador informa sobre lo que consta en el documento público que es la inscripción; y es evidente que, por mucho que uno se apoye en el otro y por mucho que la inscripción requiera de un título inscribible, que es el que sustantivamente documenta el hecho, acto o negocio inscribible, nuestro sistema registral no es el de mera transcripción de documentos (sistema francés) sino el de propia inscripción del negocio celebrado y aún más el de inscripción de acto traslativo completo, en su caso, añadiendo al título el modo o tradición.

Pero, siendo esto así, lo cierto es que las comunicaciones al Catastro (como también el muchísimo más amplio deber de colaboración del art. 36 de la ley) no se detienen en deslindar esos puntos no coincidentes entre escritura e inscripción, sino todo lo contrario. La forzada tabulación de datos, en un riguroso esquema general, impide detenerse o expresar matices del negocio, por ejemplo, que la inscripción ha desestimado la constancia de un exceso de cabida solicitado en la escritura, o que ésta contiene pactos que los interesados dejan en el terreno de lo obligacional y no solicitan su constancia registral. Salvo infrecuentes excepciones, el formato común de información, con el que notarios y registradores dan cumplimiento a sus respectivos deberes de colaboración y de comunicación (arts. 14 y 36 de la ley), lo que verdaderamente contiene es el testimonio de si han tenido lugar ciertos hechos relevantes para el Catastro,

en concreto y según el artículo 14 de la ley: a) que se ha producido la "*adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del inmueble*" (algo que ese formato unificado llama "*cambio de dominio simple*"); b) que "*los interesados hayan aportado la referencia catastral en los términos a que se refiere el título V*"; c) que "*se formalice en escritura pública o se solicite su inscripción en el Registro de la Propiedad en el plazo de dos meses desde el hecho, acto o negocio de que se trate*"; nada más. Y ninguna de esas esquemáticas y simplificadas informaciones debería ser diferente cuando proceda del notario o del registrador.

En realidad, ni siquiera procede hacer distingos –como podría parecer a simple vista– por el hecho de que la comunicación del funcionario proceda sólo cuando el documento público se cree dentro del "*plazo de dos meses desde el hecho, acto o negocio de que se trate*". Por la demora administrativa propia de las cosas (especialmente, la necesaria liquidación previa de impuestos), será habitual que la solicitud de inscripción se produzca algún o bastante tiempo más tarde del otorgamiento de la escritura. Pero, además de que la moderna mecánica de presentación telemática de documentos desde la notaría está invirtiendo esa práctica (haciendo que se comuniquen todos los actos públicamente documentados, entren o no en el ámbito del art. 14), es que la interpretación más correcta de ese artículo 14 obliga a entender que ambos requisitos, formalización de la escritura y solicitud de inscripción, son completamente equivalentes y que la conjunción que los separa es disyuntiva y no respectivamente alternativa. O sea, que el registrador debe actuar como si estuviera dentro del "*plazo de dos meses*" cuando en él se ha otorgado la escritura, aunque la presentación de ésta al registro sea posterior.

Pero, si no hay diferencias en el contenido comunicable, lo cierto es que sí puede haberlas en el dato percibido, porque lo que realmente traslada uno y otro funcionario es su juicio propio; lo que dirá es si considera que ha tenido lugar o no ese cambio de dominio simple, algo que debería ser a su vez y valga la redundancia una simpleza, pero que en la práctica no es en absoluto evidente teniendo en cuenta las sutilezas que al respecto ha introducido el Catastro al cohonestar la transmisión con una especie de tracto catastral y que cada funcionario puede tener a su alcance una información diferente a ese respecto. Del mismo modo, el notario y el registrador deben informar al Catastro de si consideran que la acreditación de la re-

ferencia catastral se ha hecho o no en la forma referida por el Título V de la ley, uno de cuyos artículos, el 45, expresamente convierte en totalmente relevante las "*dudas fundadas sobre la identidad de la finca*". De modo que será inevitable que, con mayor o menor frecuencia, pero no poca, el notario juzgue incumplido un requisito que el registrador considera bien acreditado, y lo contrario.

Independientemente del orden por el que tales comunicaciones contradictorias lleguen al Catastro, independientemente del propio hecho de la contradicción y de sus consecuencias operativas en la organización del Catastro y la coherencia de sus bases de datos (pues todo ello es resultado de un régimen diseñado por el propio Catastro, que –como todos– debe atenerse a sus propios actos y sufrir las consecuencias de sus eventuales errores), lo que ahora me interesa destacar son las consecuencias que todo este errático proceso puede tener para los interesados, para los otorgantes de la escritura y los instantes de la inscripción.

¿Qué debe hacer el interesado si el notario le advierte que subsiste su obligación de declarar, porque ha incumplido requisitos necesarios para quedar eximido, y el registrador le dice lo contrario?, ¿debe decidir él qué advertencia es más pertinente?, ¿con arreglo a qué criterios llegará a una conclusión o a la contraria?

En mi opinión, a los interesados les debe aprovechar cualquier decisión favorable a ellos que adopte cualquier funcionario implicado, es decir, que debe servirles como eximente de responsabilidad frente al Catastro seguir las indicaciones de cualquier funcionario legalmente habilitado para intervenir en el sistema. Siendo una cuestión completamente interna entre administraciones públicas resolver discrepancias más o menos legítimas entre notarios, registradores y el propio Catastro, así como que éste exija a aquéllos las responsabilidades que crea oportunas.

iii) Supuestos en que procede la comunicación, sustituyendo a la declaración

Según el artículo 14, la comunicación por los notarios y registradores únicamente es pertinente cuando se cumplen tres requisitos (el primero de los cuales es doble y el último admite distintas formas de cumplirse):

a) Que la escritura pública o el documento sujeto a inscripción provoque "*exclusivamente la adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del inmueble*";

b) Que "*los interesados hayan aportado la referencia catastral en los términos* [de la ley]", y

c) Que "*se formalice en escritura pública o se solicite su inscripción en el Registro de la Propiedad en el plazo de dos meses desde el hecho, acto o negocio de que se trate*".

En cuanto al primer requisito de este artículo 14, el artículo 29 del Reglamento lo aclara o completa diciendo que "*además de la adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del inmueble por una sola persona*", es o debe ser igualmente objeto de comunicación "*la que se produzca por varias* [personas]*, en unidad de acto, con independencia de que el derecho adquirido por cada una de ellas sea una parte de la propiedad plena o de la nuda propiedad, o del usufructo total o parcial sobre el inmueble*". Y la recomendación llegada del Catastro hace una nueva extensión, para considerar que también es objeto de comunicación la adquisición de la totalidad de la propiedad (entendida en los términos del Reglamento) cuando resulta de varios negocios sucesivos y encadenados, tales como la adquisición por resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales y la herencia, otorgadas de modo concatenado, en unidad de acto, obviando que cada uno de esos negocios, por separado, no alcanza a transmitir la totalidad del dominio. En todo caso, quedan al margen del primer supuesto la adquisición de derechos reales limitados, incluido el usufructo, así como las concesiones administrativas sobre inmuebles o sobre servicios públicos a que se hallen afectos. Es decir, todos los supuestos de titularidad del artículo 9 de la ley.

Menos claro es el segundo requisito, puesto que, según el artículo 41 de la ley, como hemos analizado por extenso, la aportación de la referencia catastral corresponde hacerla, en primer lugar, a los notarios (en todo caso) y registradores (en los términos que hemos visto) y sólo cuando ellos no lo hagan a los interesados, de modo que una buena razón para que los interesados no aporten la referencia catastral es precisamente el que no necesiten hacerlo porque ya lo hizo el funcionario que interviene; y no se entendería bien que, en tales circunstancias, no se produzca la comunicación prevista,

cuando además de ella se han de derivar consecuencias beneficiosas para los interesados, como es la actualización de titularidades en el Catastro.

Pero lo que ahora interesa destacar es que los interesados que no hayan aportado ellos mismos la referencia catastral no tendrán otro medio para conocer si subsiste o empieza su obligación de declarar que la advertencia que a tal efecto les haga el notario, primero, y el registrador, después, haciéndoles saber que la referencia catastral sigue sin ser aportada y por tanto no se ha podido realizar la comunicación, pues no sabrán con certeza si el funcionario cumplió o no con la obligación que le impone el citado artículo 41 de aportar la referencia catastral correspondiente al bien documentado.

Toda esta secuencia es sin duda anómala y complicada para los particulares. No conociendo ellos de primera mano si los notarios o registradores han aportado la referencia catastral; no sabiendo (no tienen por qué saberlo todos los otorgantes y, aún excepcionalmente, no lo sabrá ninguno) si la escritura o documento en cuestión ha sido presentado o no a inscripción, ni, por lo tanto, si el registrador les ha hecho o podido hacer alguna advertencia al respecto; e incluso no distinguiendo la ley si la falta de aportación de la referencia catastral por parte de los funcionarios actuantes es imputable a ellos o a la falta de la necesaria colaboración de los interesados; su inseguridad jurídica a este respecto es mayúscula, sobre todo en cuanto respecta al corolario de las sanciones por falta de declaración al Catastro.

Otro aspecto a tener en cuenta, presupuesta la efectiva aportación de la referencia catastral, es la forma en que esta aportación se hace. Porque la referencia catastral debe ser aportada "*en los términos a que se refiere el título V*". Y, como hemos visto, esos términos engloban situaciones muy diferentes, algunas de las cuales suponen sencillamente que la referencia catastral aportada no corresponde realmente a la finca objeto de la escritura o de la inscripción, porque no exista correspondencia o ésta no se haya podido establecer a satisfacción del funcionario interviniente. De modo que la referencia catastral puede haber sido efectivamente aportada, puede haber sido aportada por el interesado –con lo que le constará que ha sido así– pero puede haber sido calificada negativamente por el funcionario actuante, que no la haya considerado correspondiente *en los términos del artículo 45*, y recordemos que tal falta de correspon-

dencia no tiene por qué implicar que la referencia catastral no sea la del bien documentado, sino que puede deberse a que la descripción de la finca en el Catastro y en la escritura, siendo la misma finca, no coincida –dentro del margen de coincidencia aceptado por la ley–, de manera que el interesado realmente no puede aportar otra referencia catastral y la eventual corrección del Catastro o de la escritura o de la inscripción no tiene por qué estar en su mano; máxime si no sabe realmente cuál es la descripción correcta.

Y ni siquiera es sólo que ese interesado quede al albur de las consecuencias del artículo 45, es que, incluso habiendo correspondencia en los términos de dicho artículo, también habría que añadir –quizá, según se interprete– el caso de que la referencia catastral haya sido sometida a constatación, conforme al artículo 49 de la ley. Ya he dicho que, en mi opinión, lo que este artículo establece es la puesta en marcha de un procedimiento de subsanación de discrepancias, con o sin intervención de la inspección catastral. Aunque lo cierto es que cualquier propósito que se haya buscado con la declaración o con la comunicación queda suficientemente cumplido dentro de los trámites propios del artículo 49, que ya establece un modus operandi, del propio Catastro y de los notarios y registradores actuantes, que se supone que –desde la perspectiva de la ley– cubre todos los intereses en juego, tanto del Catastro como de los particulares interesados. Es decir, que, desde el punto de vista que ahora estamos considerando, me parece evidente que en los casos contemplados en el artículo 49 de la ley, independientemente de que la referencia catastral que se someta a constatación se incorpore o no a la escritura o a la inscripción (y ya dije que las soluciones pueden ser diversas, en cada uno de esos dos casos), lo cierto es que la obligación de los sujetos de aportar la referencia catastral no puede darse sino por cumplida y que por tanto –en cuanto a este requisito se refiere– procederá la comunicación con preferencia a la declaración.

Peor es la solución en el caso de falta de correspondencia de la referencia catastral aportada con la finca; al menos en lo que respecta a la intervención del notario. Salvo que éste venga adoptando en la práctica la actitud que he apuntado de denegar la constancia en la escritura de la referencia catastral cuando estime que no se corresponde con la finca, a pesar de que ningún artículo de la ley le autoriza (menos aún le obliga) a ello, la consecuencia sería que el

notario comunicará al Catastro una referencia catastral incorrecta o, más exactamente, no correspondiente y por tanto una referencia catastral que no se habría aportado "*en los términos a que se refiere el título V*". (Una consecuencia más de la falta de coherencia de la ley a la hora de atribuir claramente a los funcionarios actuantes la competencia para acceder o denegar el acceso al documento público de una referencia catastral incorrecta o errónea.)

También es muy discutible el tercer y último requisito de la comunicación (y por lo tanto de la obligación de declarar en su defecto), el del plazo que media entre el acto declarado y su documentación. En este punto es necesario distinguir entre los distintos "*hechos, actos o negocios susceptibles de inscripción en el Catastro Inmobiliario*", como dice la ley y en particular su artículo 16.

Si se trata de la realización de "*nuevas construcciones y la ampliación, rehabilitación, reforma, demolición o derribo de las ya existentes, ya sea parcial o total*", sin duda que el propietario o titular catastral estará al tanto de tales obras y modificaciones, y, conociendo (con el asesoramiento que le dé el notario, en su caso) su obligación legal de declararlas en el plazo de dos meses, contados desde "*la fecha de terminación de las obras*" (art. 28 del reglamento), también podrá saber que, si no lo ha hecho así, es pertinente la advertencia que le haga dicho funcionario de que debe hacer la oportuna declaración por sí mismo, ya que el notario no podrá hacer la comunicación prevista en la ley.

Si se trata de la "*modificación de uso o destino*", también debería saber el titular catastral que, conforme a lo dispuesto en ese citado artículo 28 del Reglamento del Catastro, tiene obligación legal de declararla en el plazo de dos meses, contados desde "*el otorgamiento de la autorización administrativa de la modificación de uso o destino*". Para lo que podrá contar igualmente con la advertencia al respecto del notario (aunque justo es decir también que, en este caso, el notario no tendrá base alguna para presumir o sospechar que ha podido producirse tal modificación y que por lo tanto será improbable que haga una advertencia concreta a los otorgantes si éstos no le ponen sobre aviso del problema).

De modo que, en ambos casos, es claro que al otorgar la escritura después de ese plazo, ya tenía oportunidad de saber si su obligación estaba cumplida o incumplida.

Siempre, claro está, que no sea ignorante de las leyes; presunción ésta del conocimiento general de todas las normas, por todos los llamados a cumplirlas, que resulta tan imprescindible en un Estado de Derecho como absolutamente irreal.

Pero, si se trata de la adquisición o consolidación del dominio *y los demás derechos sobre los bienes*, la cuestión de fondo es mucho más complicada y debe estarse a los distintos supuestos del fundamental artículo 209 del Código Civil (en los territorios en que está vigente, o normas equivalentes, si las hay, en otro caso).

— Así, si se trata de la propiedad y se ha adquirido por el tan inusual procedimiento de la prescripción (más propiamente, usucapión), no habrá lugar seguramente a la comunicación notarial, pues ese modo de adquirir no requiere escritura pública, pero con igual probabilidad sí procederá la advertencia del registrador de que son los propios interesados los que deben hacer la declaración, porque será casi imposible que la inscripción, previa acreditación de tal ocupación, haya sido solicitada antes de trascurrir ese breve plazo de dos meses previsto en la ley. (Eso, además de la dificultad de determinar con precisión de meses el momento de efectiva adquisición por este procedimiento, salvo que ese dato haya quedado delimitado en la resolución judicial que la declara).

— Si se trata del dominio y los derechos reales y se han adquirido por donación, ésta, por exigencia del artículo 633 del Código Civil, ha de hacerse en escritura pública (tanto la donación propiamente dicha como la aceptación que desencadena la efectividad del negocio), con lo que siempre (en cuanto a este requisito del plazo) será pertinente la comunicación y no la declaración.

— En caso de sucesión testada o intestada, el régimen de adquisición es mucho más complejo y variado, pues con frecuencia depende de actos que no han de constar en documento alguno, ni siquiera ese documento privado que, "*en su caso, formalice la modificación de que se trate*", conforme al citado artículo 28 del Reglamento del Catastro. En estos casos, será muy complicado para los particulares e incluso para el notario que les ha de advertir saber el día exacto en que se ha producido la transmisión de la propiedad y ha de servir de *dies a quo* para el cómputo del plazo del artículo 14.

— Por último, en el supuesto de adquisición del dominio o derechos reales por vía de contratos traslativos, incluida la partición

de la herencia, se incidirá de lleno en la doble exigencia, propia de nuestro derecho, del título y el modo; con lo que, incluso aunque haya mediado una transmisión previa en documento privado, y aunque se acredite la fecha de ese documento, si no consta el momento de la entrega, no habrá constancia fehaciente de que la transmisión de la propiedad es completa y efectiva y desde cuándo.

Este supuesto es importante porque es muy frecuente que las escrituras constituyan la culminación de un proceso de transmisión que ha empezado antes, privadamente, con prestaciones ya realizadas, al menos en parte, y en el que, jurídicamente, las escrituras tienen más un valor de entrega que de título. Sin embargo, por un lado, ni el notario ni menos aún el registrador tienen por qué tener constancia de tal proceso; y, por otro lado, es igualmente frecuente una cierta eficacia novatoria que las partes quieren dar a las escrituras de elevación a público de documentos privados de adquisición, que además no califican expresamente de tales. Por todo ello y en mi opinión, lo más prudente y lo más adecuado para el notario o el registrador es distinguir sólo dos supuestos: cuando las partes otorgan una pura elevación a público de un documento privado, que se une materialmente a la escritura y a cuyo contenido se remiten, sin más añadidos que los que puedan ser obligados (expresión de la situación arrendaticia o de los medios de pago, aportación de la referencia catastral, etc.), en cuyo caso deben aplicar exactamente el régimen del artículo 14 de la Ley del Catastro y atender al plazo de dos meses desde la fecha del documento privado; y los demás casos, en los que debe hacerse abstracción de si existe un título privado previo, incluso aunque los interesados lo mencionen (por ejemplo a efectos de fijar la fecha de pagos anteriores al otorgamiento) y considerar que el plazo del artículo 14 debe contarse desde el otorgamiento de la escritura.

Por lo demás y como ya he dicho, la fecha del otorgamiento de la escritura aprovecha a ambos funcionarios, notario y registrador; de modo que no se trata de que el notario tenga en cuenta el otorgamiento y el registrador, la solicitud de inscripción, sino que, otorgada la escritura en plazo, tanto el notario como el registrador deben comunicar y el titular catastral queda eximido de su obligación de declarar. El momento de solicitud de la inscripción tendrá utilidad únicamente cuando el título inscribible no sea una escritura pública.

No obstante la dicción legal, "*se formalice en escritura pública*", una vez más, hay que recordar no obstante que, a estos efectos, tanto debe valer una escritura pública como un acta notarial, si es que es esa la clase de documento que es oportuna al tipo de hecho, acto o negocio jurídico documentado. (Ello además de la posibilidad, que no estoy contemplando aquí, pero que por supuesto debe ser igual de válida, de que la *formalización* se haya hecho en otro documento público no notarial.)

iv) Contenido y forma de las declaraciones y las comunicaciones

La declaración no sólo se diferencia de la comunicación por razón de quién la hace (y, consiguientemente, quién asume la responsabilidad por no hacerla o por hacerla de modo incorrecto), también se diferencia por razón del formato y, sobre todo, del contenido.

1. Contenido de las declaraciones y las comunicaciones

En cuanto al contenido, la ley no delimita el de las comunicaciones, pero sí el de las declaraciones. El artículo 16, por su título propio, "*Reglas comunes a las declaraciones y comunicaciones*" y por el inciso inicial de su apartado 2, "*… serán objeto de declaración o comunicación, según proceda…*", podría pensarse que hace un listado común de hechos declarables o comunicables, pero las restricciones del artículo 14 hacen inviable el procedimiento de comunicación en todos los apartados de tal listado del artículo 16 (excepto el d), de modo que no proporciona una verdadera solución.

Por lo demás, el problema se plantea sólo en términos del tratamiento legal, porque lo verdaderamente relevante en la práctica es la típica inversión en el Derecho moderno de la llamada *Pirámide de Kelsen*, en la que los formularios o *impresos*, por su carácter insoslayable, gozan de la máxima prioridad normativa; de donde resulta que el contenido donde viene indisputadamente establecido es en los respectivos vehículos de la declaración o comunicación, que después veremos para cada caso.

Si atendemos únicamente al artículo 14 de la ley, el notario y el registrador deberán comunicar al Catastro: a) que se ha producido la "*adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad* [de un cierto] *inmueble*"; b) "*que los interesados hayan aportado la referencia catastral en los términos a que se refiere el título V*"; y

c) la fecha de la escritura o, en defecto de ésta, de la solicitud de inscripción y, si la conocen, la fecha propia del "*hecho, acto o negocio de que se trate*". Pero nada se dice respecto de la información que tales funcionarios deben aportar sobre el hecho, acto o negocio en sí (más allá de que produce el efecto de adquirir o consolidar la propiedad completa sobre el bien), ni sobre los titulares catastrales, ni siquiera sobre el propio bien objeto de la comunicación.

> Todo lo cual y muy sorprendentemente carece de importancia pues en realidad los notarios y registradores no hacen las comunicaciones del artículo 14 propiamente dichas, sino que se limitan a cumplir con su genérico deber de colaboración del artículo 36, también de la Ley del Catastro, lo que se traduce en enviar a la Dirección General del Catastro información precisa y detallada de todo tipo de actos de interés catastral, con total independencia de las restricciones en que se mueve la comunicación del artículo 14.

En cuanto a las declaraciones, aunque el artículo 13, de un modo muy amplio y casi omnicomprensivo, dice que por ellas se "*manifiesta o reconoce, ante el Catastro Inmobiliario*" el "*alta, baja o modificación de la descripción catastral de los inmuebles*" (y ya hemos visto antes el alcance que debe darse en la legislación catastral al término "*modificación*"), lo cierto es que el artículo 15 (referido a la incorporación mediante solicitud) y sobre todo el 16 delimitan bastante el contenido propio de la declaración de los particulares y relaciona los "*hechos, actos o negocios*" (se supone que jurídicos) que han de ser *objeto* de la declaración ordenada en el artículo 13 –y de la comunicación del art. 14–, y contiene, ahora sí, una lista detallada de alteraciones catastrales; a saber:

— La realización de nuevas construcciones y la ampliación, rehabilitación, reforma, demolición o derribo de las ya existentes, ya sea parcial o total. Con la salvedad de que "*no se considerarán tales las obras o reparaciones que tengan por objeto la mera conservación y mantenimiento de los edificios, y las que afecten tan sólo a características ornamentales o decorativas*".

— La modificación de uso o destino y los cambios de clase de cultivo o aprovechamiento.

— La segregación, división, agregación y agrupación de los bienes inmuebles.

— La adquisición de la propiedad por cualquier título, así como su consolidación.

— La constitución, modificación o adquisición de la titularidad de una concesión administrativa y de los derechos reales de usufructo y de superficie, así como de los derechos de disfrute a los que se refiere el artículo 9.4.

— Las variaciones en la cuota de participación que corresponda a cada uno de los cónyuges en los bienes inmuebles comunes, así como en la composición interna y en la cuota de participación de cada uno de los comuneros, miembros y partícipes de las comunidades o entidades sin personalidad a que se refiere el artículo 9.

Como vemos, la lista del artículo 16 de la ley no incluye la incorporación de nuevas fincas al Catastro, ni la inmensa mayoría de los derechos reales limitativos del dominio, típicos o atípicos, y tampoco los supuestos de "*baja*", anunciados por el artículo 13. Además, la incorporación de nuevas fincas no es competencia de los particulares y la baja está concretada en el artículo 15, que no regula propiamente el procedimiento de declaración sino el de solicitud –al que me voy a referir separadamente más adelante.

Por mi parte y sin perjuicio de lo ya dicho, no me voy a detener ahora en el examen de los distintos derechos reales, empezando por el propio derecho real de dominio, e incluidos, como sabemos, esos misteriosos derechos que no lo son y a los que se refiere el apartado 4 del artículo 9; todos ellos susceptibles de declaración porque su constitución, modificación o extinción resultan de interés al Catastro. Todas las consideraciones que me parecen relevantes al respecto ya las hice al estudiar las titularidades catastrales, en la parte general o de cuestiones previas de este estudio.

Como una mera cuestión marginal y a consecuencia de la regulación de los formularios de declaración emitidos por el Catastro (modelos 901N a 904N), es de hacer notar que tal declaración se constituye en una nueva ocasión para aportar la referencia catastral, en caso de que no conste "*en el documento que acredite la alteración*", con el efecto, se supone, de permitir a los interesados quedar a salvo de responsabilidad por cualquier posible incumplimiento anterior en ese sentido. No queda claro –no es fácil interpretar a partir de un formulario– si tal posibilidad *in extremis* sólo es válida para el caso de declaraciones relativas a hechos que no se documentan públicamente

(demolición, derribo, cambios en el cultivo o aprovechamientos, etc.) o alcanza a todos los supuestos de declaración, pero lo cierto es que el declarante tiene o vuelve a tener ocasión (en realidad, la obligación) de aportar la referencia catastral y que, ahora, dispone de una lista de medios para hacerlo que es ligeramente diferente a la del artículo 41 de la ley: "*certificación catastral electrónica obtenida a través de la Oficina Virtual del Catastro o certificación catastral o cualquier documento expedido por el Gerente o Subgerente del Catastro en los que conste la referencia catastral o fotocopia del último recibo justificante del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles*"; es decir, con la diferencia, respecto de lo dispuesto en el artículo 41 de la ley, de que no se puede apoyar en un documento público previo. (¡Ah!, y de que se admite la simple fotocopia del recibo de contribución.)

Con todo, es importante hacer notar que, si se ha otorgado un documento público e independientemente del valor que le conceda el Catastro y de la incidencia práctica que tenga esta aportación tardía en la pertinencia de las sanciones provocadas por el incumplimiento del "*deber de aportar la referencia catastral a que se refiere el artículo 40 de esta Ley* (artículo 70.b)", en realidad, el mandato del artículo 38 de la ley (del que el 40 no es sino un correlato) no estará de ningún modo cumplido puesto que lo que dice es que "*la referencia catastral de los bienes inmuebles deberá figurar en los instrumentos públicos*"; pero parece que esa *sutileza* no preocupa en exceso al *posibilista* legislador catastral.

2. Forma de hacer las declaraciones y las comunicaciones

Las comunicaciones de notarios y registradores están previstas y ordenadas en el artículo 14 de la Ley y aparentemente desarrolladas en el 29 del Reglamento. Sin embargo, este artículo no contiene más que la aclaración que ya hemos visto que equipara la "*adquisición o consolidación de la propiedad de la totalidad del inmueble por una sola persona*" con "*la que se produzca por varias, en unidad de acto*". En realidad, las comunicaciones están embebidas en "*la información a la Dirección General del Catastro de las alteraciones catastrales relativas a los documentos autorizados o inscritos por notarios y registradores de la propiedad, en cumplimiento del artículo 55 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (hoy artículo 36.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprue-*

ba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario)", como reza en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 23 de junio de 1999, que aprobó el formato de suministro de tal información. Una normativa que está instrumentada operativamente en la resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, de fecha 7 de agosto de 2006, que modifica el anexo de dicha orden.

Y, en cuanto a las declaraciones de los particulares, "*mediante orden dictada por el Ministro de Economía y Hacienda se determinará la forma, modelos, medios y demás condiciones en que deban presentarse las declaraciones catastrales, así como los requisitos para que los modelos de declaración de los tributos municipales puedan ser utilizados como medio de presentación de aquéllas*", según dice el artículo 28.3 del Reglamento del Catastro. Así, la Orden ministerial EHA/3482/2006, de 19 de octubre, aprueba "*los modelos de declaración de alteraciones catastrales de los bienes inmuebles y determina la información gráfica y alfanumérica necesaria para la tramitación de determinadas comunicaciones catastrales*".

Con orden ministerial o sin ella, el contenido concreto de la declaración de los titulares catastrales depende del encasillado e instrucciones del pertinente modelo de declaración establecido por la Dirección General del Catastro. Y existen cuatro modelos, identificados como 901N, 902N, 903N y 904N y con el siguiente contenido:

— El primero, el 901N, está destinado a declarar las alteraciones de titularidad y la variación de la cuota de participación en bienes inmuebles; contempla (un tanto elípticamente, en el último caso) los cinco tipos de derechos cuyas titularidades (o pseudo titularidades) interesan y publica el Catastro: propiedad, usufructo, superficie, concesión administrativa y los especiales derechos de goce o disfrute del apartado 4 del artículo 9. En caso de variación de la cuota de participación, distingue el modelo entre la comunidad romana ordinaria y entidades sin personalidad jurídica, de un lado, y la comunidad matrimonial, de otro.

— El segundo, el 902N, está destinado a declarar la nueva construcción, ampliación, reforma o rehabilitación de bienes inmuebles.

— El tercero, el 903N, está destinado a declarar la agregación, agrupación, segregación o división de bienes inmuebles.

— El cuarto y último, el 904N, está destinado a declarar el cambio

de cultivo o aprovechamiento, cambio de uso o demolición o derribo de bienes inmuebles.

Quizá para simplificar las cosas, en algunos modelos (902N y 903N) se contempla la posibilidad acumulada de hacer *declaración* de que también se esté modificando el titular catastral por transmisión de la propiedad o de que se constituye una propiedad horizontal; sirviendo el mismo impreso para hacer la doble declaración. (Aunque con las incongruencias de que, en el caso de notificar el cambio en la propiedad, no se permite hacer constar las variaciones de la cuota interna).

Solicita cada modelo la información que considera pertinente al respectivo supuesto así como la copia cotejada del documento que acredite la alteración –en su caso, la escritura pública.

3. Hechos, actos y negocios declarados o comunicados

Ante todo, es necesario aclarar que, respecto de los notarios –y los registradores–, no se respeta la distinción establecida por el artículo 14 entre casos susceptibles de declaración y los que lo son de comunicación, pues el indicado *índice único* se usa, no sólo para hacer comunicaciones propiamente dichas, en el sentido catastral del término, sino para dar cumplimiento al genérico deber de los funcionarios de colaborar con el Catastro; lo que en definitiva incluye todos los supuestos de interés catastral, esto es y en la medida en que figuren en el documento por ellos autorizado, todos los supuestos del artículo 16 que los funcionarios obligados a comunicar hayan llegado a conocer.

No obstante, subsiste una importante diferencia entre el contenido de las declaraciones de los particulares y las comunicaciones de los funcionarios. Como he dicho en el apartado anterior, el procedimiento de declaración aporta al Catastro la literalidad completa del hecho, acto o negocio declarado. Por el contrario y por resultado de la orden ministerial, las resoluciones administrativas de desarrollo y los convenios que las regulan, en el caso de las comunicaciones que hacen los notarios, tanto el formato como el contenido de su información es el que resulta del llamado *índice único*, que desde luego no incluye la transcripción completa de la escritura. El *índice único* notarial lo que contiene y por lo tanto traslada al Catastro no es todo el contenido sino una especie de esquema del documento. Un

esquema bastante completo pero que no lo tiene todo. Y, como ya hemos visto, las particularidades del formulario en que en el fondo consiste ese índice notarial, a veces, hacen obligado tergiversar el contenido de la escritura. Y además y en lo que aquí interesa por tener que ver con los problemas de coordinación del Catastro con las escrituras públicas y con la realidad, no existe tampoco cauce para trasladar al índice notarial las posibles manifestaciones del interesado acerca de las diferencias o discrepancias entre la descripción de la finca catastral y la realidad (algo que sí constará en la copia del documento que ha de acompañar a la declaración privada).

Aunque, como vimos, el vigente artículo 171 (7) del vigente Reglamento Notarial entorpece indebidamente la actuación de los otorgantes en este sentido, lo cierto es que las escrituras han seguido recogiendo los datos que los interesados aportan para rectificar los que constan en los títulos previos, cuando éstos son erróneos, de modo que esos datos no tienen un cauce adecuado en las comunicaciones de los notarios al Catastro; y, en cambio, sí lo tienen en las declaraciones que realizan directamente los interesados, al acompañar copia de la escritura.

Aunque, en definitiva, este inconveniente, como tantos otros, es resultado de la decisión del Catastro, que es quien ha confeccionado la legislación que regula el proceso y quien ha dado contenido a los convenios con otras administraciones, y establecido por medio de ellos el contenido de esos índices notariales.

> En todo caso y por el genérico deber de colaboración del notario y de todo el mundo, el Catastro puede conseguir copia completa del documento notarial siempre que lo desee.

4. Acreditación de los hechos declarados o comunicados

Según el artículo 24 del Reglamento del Catastro, sea el que sea el procedimiento de incorporación, y por lo tanto, ya se trate de declaración o de comunicación, los hechos, actos o negocios que las

(7) La redacción dada al artículo 171 del Reglamento Notarial, en la reforma de 19 de enero de 2007, ha sido declarada nula, por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2008. Véase nota al pie de la página 268.

motiven deben ser probados, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Y señala a continuación ese artículo reglamentario, como medios idóneos, los documentos públicos, en sus diversas formas, y los documentos privados en los que conste "*fehacientemente la realidad de su fecha, de los intervinientes y, en su caso, de los requisitos a que se refiere el artículo 1261 del Código Civil*".

Ningún problema plantea pues a este respecto la escritura pública, pero, respecto de los documentos privados, difícil será que en éstos conste fehacientemente algo más que su fecha –e incluso tal cosa no lo será, según el art. 1227 del Código Civil más que por hechos o circunstancias ajenas al documento en sí–. Pero que sea fehaciente la identidad ("*realidad*", dice el texto legal) de los contratantes es algo privativo de los documentos públicos (y, que sea plenamente fehaciente la existencia de un consentimiento exento de vicios –otro requisito del citado art. 1261–, no lo garantizan ni siquiera esos documentos públicos). Razones por las cuales es práctica habitual que los declarantes se encuentren con que en el Catastro no les admiten sus declaraciones más que cuando están sustentadas en documento público, generalmente, la escritura pública. Algo que provoca, por cierto, verdaderos círculos viciosos, en muchas ocasiones, puesto que hay veces (por ejemplo, declaración de obra nueva para la que no se puede acreditar haber obtenido licencia pero que, conforme a ley, ya están plenamente integradas en el patrimonio del declarante, o solicitud de inscripción de excesos de cabida) en las que la posibilidad de otorgar la escritura o al menos de que los actos documentados en ésta sean inscribibles depende de la previa acreditación de hechos físicos respecto de los cuales la propia legislación prevé como medio de prueba la constancia catastral, dado que es el Catastro el que tiene los medios de constatación de dichas realidades físicas, máxime cuando de lo que se trata es de evitar que la consolidación de determinadas situaciones jurídicas se fundamente en la mera declaración de los interesados.

v) Declaración por solicitud

Otro de los procedimientos de incorporación que regula el artículo 11 de la ley es la solicitud o "*incorporación mediante solicitud*", como lo llama el artículo 15.

Y el primer problema que plantea este procedimiento es el de dis-

tinguirlo del de declaración, que le acompaña en el mismo apartado a. del punto 2 de ese artículo 11. En líneas generales, la solicitud no es más que una modalidad de declaración, sin embargo y como vamos a ver, aunque pequeñas y poco claras, hay algunas diferencias en cuanto al contenido declarado.

Pero otro posible punto de vista en esta discusión es el de si también se diferencian los dos procedimientos por su obligatoriedad. Podría pensarse que la especialidad del procedimiento de solicitud –y de ahí su nombre– está precisamente en que es un acto voluntario, frente al régimen obligatorio e incentivado con minuciosas sanciones económicas que es la declaración.

> No deja de ser chocante este afán de la Ley del Catastro –que ya hemos visto en varios lugares de este estudio– de dar un significado propio y distintivo a palabras que tradicionalmente lo tienen genérico e inespecífico, como ocurre en este caso con las de *solicitud*, *declaración* o *comunicación*, lo que convierte en erróneo o ambiguo cualquier discurso que utilice, como es lógico que lo haga, esos términos comunes. Y lo mismo le pasa a la propia legislación catastral, como es natural; así, aunque la ley se ha preocupado de reservar el término solicitud a este procedimiento de incorporación (otro término con el mismo problema), el reglamento no se recata en utilizarlo en el sentido más corriente y habitual con que lo usa el lenguaje ordinario.

En efecto, el artículo 15 habla de que "*podrá formular solicitud de baja…*" y de que "*asimismo, los titulares de los derechos reales de disfrute a que se refiere el artículo 9.4 podrán solicitar que se haga constar…*". A diferencia del artículo 13, relativo a las declaraciones, que se expresa en términos de "*los titulares de los derechos a que se refiere el artículo 9 están sujetos a la obligación de formalizar las declaraciones…*". Sin embargo, esta interpretación no se compagina con el tenor del artículo 11, relativo a todos los procedimientos de incorporación, incluida por tanto la solicitud, ya que los declara obligatorios por igual.

En realidad, la ley no establece que la declaración de un alta sea más obligatoria que la de una baja y además no todo el contenido del artículo 15 está integrado por declaraciones de baja (aunque el desarrollo reglamentario no parece atender sino a ese único aspecto); y tampoco me parece adecuada (mejor dicho, coherente con el régimen general de la ley) ninguna excepción a la obligatoriedad de toda clase de información necesaria para el Catastro. En particular

y con relación a la declaración de las bajas, debe tenerse en cuenta que ser titular catastral no es en sí mismo un derecho que pueda ser mantenido de manera abstracta; no es sino la consecuencia de ser el propietario o titular civil de los bienes catastrados o de los derechos reales constituidos sobre los mismos, cuando éstos constan en el Catastro. Si el sujeto deja de ser propietario o titular, no sólo puede o debe comunicar su cese, sino que, teniendo conocimiento de ello, es el propio Catastro quien debe hacer constar inmediatamente su baja.

Desde el exclusivo –y prosaico– punto del vista del recaudador de impuestos, podría –no lo sé– tener sentido económico tener un subalterno obligado al pago –el propietario anterior–, en base a la declaración del artículo 3 de la Ley del Catastro, según la cual "*a los solos efectos catastrales, salvo prueba en contrario, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos*". Pero, teniendo en cuenta la doctrina de los actos propios y algunos otros principios del Derecho y hasta la más elemental seriedad que cabe esperar del Estado, no parece razonable que la misma institución que ha tramitado la sustitución de una titularidad por otra, para dar entrada a una nueva persona como causahabiente de la anterior, posponga la baja en la titularidad del causante –y le mantenga como obligado tributario– hasta que éste quiera o pueda solicitarlo. Ese titular anterior que ha dejado de serlo puede pensar con toda lógica que al Catastro le ha debido bastar con la declaración hecha del conjunto del negocio; pues en realidad la declaración que hace el titular catastral de su adquisición no es abstracta, como digo, sino que comprende la del negocio que la motiva y por tanto la inevitable consecuencia jurídica de que el transferente no conserva el derecho transmitido.

Y, desde el punto de vista que me interesa aquí de la coordinación del Catastro con otras instituciones jurídicas y con la realidad, desde el punto de vista del objetivo del "*mantenimiento actualizado*" de la base de datos nacional del Catastro, y teniendo en cuenta además que –aun en contra de lo que suele ser habitual– ese mismo artículo 3 de la Ley del Catastro conceptúa la identidad del titular catastral como uno más de los elementos de la descripción del inmueble, y que todos los procedimientos de incorporación (declaraciones, comunicaciones y solicitudes) tienen el objetivo principal de hacer concordar el Catastro con la realidad (art. 11 de la ley), no es acep-

table que la propia institución –a cualquier efecto– dé por buena una titularidad que sabe errónea.

Y esa es precisamente, si la entiendo bien, la consecuencia que extrae el Reglamento de la Ley del Catastro, al menos en uno de los dos posibles sentidos. Esto es, mientras que la Ley (aparentemente) desvincula las altas de las bajas, recluyéndolas en procedimientos distintos, el Reglamento, que no dice nada respecto de las altas, sí atribuye a la declaración (solicitud) de baja el efecto de provocar también el alta correspondiente. Así, el artículo 45 dice que "*la solicitud de baja tiene por objeto la cancelación o modificación de la inscripción efectuada en favor del solicitante y la incorporación, si procede, de un nuevo titular catastral*"; y refuerza este efecto añadiendo en el artículo 46 que "*la solicitud de baja presentada en el plazo establecido para declarar el correspondiente hecho, acto o negocio, exonera del cumplimiento de dicha obligación*", esto es, de la obligación de declarar (nada dice de la obligación de comunicar, pero eso es accesorio, puesto que las comunicaciones de funcionarios se hacen de forma sistemática, respecto de todos los documentos de un periodo de tiempo, y no individualizada).

> No obstante y ante la posibilidad de interpretaciones contradictorias, las advertencias que haga a los otorgantes el notario autorizante de la escritura que documente el cambio de titularidad deben incluir, *ad cautelam*, la necesidad de declarar las bajas o al menos la de comprobar que es el propio Catastro quien la provoca. Aunque con el inconveniente práctico, no menor, de que, tras la firma, la parte transmitente presta una atención mucho menor al contenido de las escrituras que la adquirente.

Por otro lado, no todos los ceses en la titularidad han de corresponderse necesariamente con la transmisión del derecho (y con la consiguiente adquisición por un tercero, que sería el obligado a declarar), sino que también puede haber bajas o ceses en la titularidad que sean consecuencia de la extinción de un derecho real (por las múltiples causas que provocan ese efecto en Derecho) o del abandono del dominio.

Puede ocurrir y será frecuente que ocurra que únicamente el titular que cesa o pierde su derecho de esas formas no traslativas tenga conocimiento de ello y en tal circunstancia aún sería más anómalo y contrario al buen funcionamiento del Catastro que la de-

claración fuera voluntaria y no obligatoria. En mi opinión, repito, la obligatoriedad genérica de los artículos 10, 11 y otros de la ley ya es suficiente para atribuir ese carácter a los procedimientos de incorporación mediante solicitud, y por lo tanto para negar que ése sea el signo distintivo esencial de declaraciones y solicitudes.

Contenido de la solicitud

No mucho más claro es el régimen sustantivo de las *solicitudes*, esto es, el relativo al contenido declarado con ellas. El artículo 15 de la ley le atribuye dos posibles: por el primero, que es al que implícitamente me he estado refiriendo en los párrafos anteriores, la solicitud es el trámite previsto para lograr la "*baja en el Catastro Inmobiliario* [de] *quien, figurando como titular catastral, hubiera cesado en el derecho que originó dicha titularidad*"; el segundo contenido posible también engloba la posibilidad de declarar un cese, pero añade algo más.

El Reglamento de la Ley del Catastro no desarrolla realmente más que el primer aspecto citado, pues en el Capítulo V del Título III, destinado a la *formación y mantenimiento del Catastro Inmobiliario*, capítulo dedicado a los "*Procedimientos de solicitud*", sus tres artículos se refieren a los procesos de "*baja*" en la titularidad catastral.

Aparte de cuestiones de puro trámite, es interesante la norma del artículo 44.2, que contempla precisamente esa doble posibilidad a que antes he aludido de que la renuncia sea traslativa o abdicativa y (además de rendirse a esa tradicional tentación fiscal de ver fraudes por doquier) dice que "*la solicitud de baja se acompañará del documento acreditativo de la extinción o modificación del derecho, en el que conste el adquirente del mismo, si bien cuando la causa de la solicitud fuese la renuncia al derecho, y sin perjuicio de lo establecido en el Código Civil respecto del fraude de acreedores, se estará a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*", según el cual "*pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño*".

En cuanto al segundo grupo de contenidos del procedimiento de "*incorporación mediante solicitud*", dice el párrafo 2 del artículo 15 que "*asimismo, los titulares de los derechos reales de disfrute a que se refiere el artículo 9.4 podrán solicitar que se haga constar la*

adquisición, existencia o cese de su derecho a los efectos previstos en el citado artículo".

Esta segunda parte del artículo 15 es sencillamente un error legislativo.

Como acabamos de ver y según el artículo 16.2.e, uno de los posibles objetos de comunicación y subsidiariamente de declaración es "*la constitución, modificación o adquisición de la titularidad de una concesión administrativa y de los derechos reales de usufructo y de superficie, así como de los derechos de disfrute a los que se refiere el artículo 9.4*". La única especialidad pues del apartado 2 del artículo 15 podría estar en "*solicitar*" el "*cese*" y sólo el cese del "*derecho de disfrute a que se refiere el artículo 9.4*"; pero en tal caso ese cese es sin duda uno de los referidos en el párrafo primero y más general de ese mismo artículo 15 (que se refiere a todas las clases de titularidad catastral), por lo que también sería innecesario darle un tratamiento separado.

> En definitiva, no parece sino que todo el régimen de esos "*derechos de disfrute a que se refiere el artículo 9.4*" hubiera sido añadido tardíamente a la ley y su promotor se hubiera ocupado de recordarlo por doquier, viniera más o menos a cuento.

De modo que tampoco merece la pena detenerse demasiado en este asunto en el que la ley se conduce con tanta imprecisión. Baste decir que, dado que, conforme al artículo 9, los titulares de esos repetidos derechos del artículo 9.4 no son verdaderos titulares catastrales, podría tener más sentido que la declaración –solicitud– de baja sea voluntaria; y esta vez sí que los tales titulares estarán muy interesados en hacer desaparecer la causa que origina la imputación de rentas. Eso, además de que la ley, en ese claro intento de reforzar el control sobre la imputación de rentas, extiende las obligaciones a ella relativas al titular catastral propiamente dicho, y así el artículo 13, relativo a los "*derechos y deberes*" de tales titulares, dice que "*los titulares de los derechos a que se refiere el artículo 9 (o sea, todos los posibles) están sujetos a la obligación de facilitar los datos identificativos de quienes ostenten un derecho real de disfrute al que se refiere el apartado 4 del citado artículo, excepto en los supuestos de comunicación previstos en este capítulo"*. Una auténtica exageración puesto que no todos los titulares catastrales

van a disponer de la información que en este artículo se les *solicita*; y un claro error en cuanto a la aludida excepción de los supuestos de comunicación, pues ésta no alcanza nunca a las vicisitudes de un derecho real distinto del dominio –menos aún de un goce basado en un derecho personal–. En definitiva, fuego graneado pero también, en buena medida, fuego de artificio y tiros *a ciegas*.

vi) Incentivos a la declaración

1. Sanciones

La legislación catastral (todo el Título VIII de la ley, con apenas dos arts., eso sí, el 70 y el 71, y todo el Título VI del reglamento, arts. 85 a 94) sanciona los incumplimientos a sus mandatos; en concreto a los siguientes, según el artículo 70 de la ley:

a) La falta de presentación de las declaraciones, no efectuarlas en plazo y la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas.

b) El incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral o la aportación de una referencia catastral falsa o falseada.

c) El incumplimiento del deber de comunicación.

d) El incumplimiento del deber de suministrar datos, informes o antecedentes a que se refiere el artículo 36.

e) La resistencia, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración catastral, ya sea en fase de gestión o de inspección.

Es decir, que de los asuntos que son materia de este estudio, se incentiva el deber de aportar la referencia catastral y el de comunicar o, en su defecto (pues recordemos que son deberes alternativos y subsidiarios), declarar las *alteraciones catastrales* a que me he venido refiriendo.

Dejando a un lado el incumplimiento del deber de comunicar –por las razones ya expresadas, ya que no pasaría de ser un problema interno de reparto de trabajo entre administraciones públicas–, interesa sólo examinar aquí los dos primeros supuestos del artículo 70. Pero de nuevo recordando que la pertinencia de la comunicación notarial o registral convierte en no obligatoria la declaración de los interesados.

a) Referencia catastral que no puede ser obtenida

Antes de entrar en el examen de cada uno de los dos grupos de incumplimientos que puede determinar una sanción a los otorgantes es necesario examinar una cuestión que la ley, nominalmente, vincula únicamente al incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral pero que, en realidad, es oportuno tener en cuenta en ambos grupos.

Como ya vimos, el artículo 70.b dice que "*los obligados quedan exonerados de responsabilidad cuando dicha referencia no exista o no pueda ser conocida por los medios a los que se refiere el artículo 41.1 de esta Ley o directamente a través de la oficina virtual del Catastro*". También vimos en su momento lo que puede significar que la referencia catastral no exista: que la finca objeto de la declaración no pertenece aún al Catastro o bien que es resultado de modificaciones hechas a una o varias parcelas catastrales, sin que tales alteraciones hayan accedido al Catastro.

Este último caso corresponde al que he examinado reiteradamente en este estudio, bajo la denominación legal de "*referencia catastral de la finca de origen*". Recordemos que en tales casos el artículo 40.2 de la ley dice que "*será suficiente la aportación de la referencia catastral*" de esas *fincas de origen*. Siendo pertinente siempre una interpretación estricta de las normas sancionadoras, no me cabe duda de que la exención de responsabilidad a los otorgantes por no aportar la referencia catastral propia de la finca o fincas de resultado operará indefinidamente, hasta tanto el Catastro dote de referencia catastral propia a la nueva finca o fincas.

> No me parece suficiente para entender lo contrario que, según ese artículo 40.2, para que la aportación sustitutiva de la referencia catastral de la finca de origen equivalga (sea "*suficiente*") a la aportación de la referencia catastral propia, deba ir "*junto con el plano o proyecto… que refleje las modificaciones realizadas*", puesto que la aportación de ese anexo está condicionada a que "*fuera necesario para la operación de que se trate*" y, en nuestro Derecho, pocas modificaciones hipotecarias *necesitan* de un plano o proyecto como requisito de validez.

Sin duda, el supuesto debería haber sido expreso, en ese artículo 70, como corresponde al rigor en la tipificación de normas sancionadoras; debería haber añadido esa norma que igualmente quedan

exonerados de responsabilidad, en el caso de modificaciones de fincas, los sujetos que aporten la referencia catastral de la finca o fincas de origen. No lo ha hecho, pero creo que es forzado concluir que los medios del artículo 41.1 no pueden proporcionar la referencia catastral de una finca que se está creando en ese mismo momento.

Más problemática es la interpretación de ese inciso final del artículo 70.b, esto es, la circunstancia de que, incluso existiendo, la referencia catastral no pueda ser obtenida por los "*medios a los que se refiere el artículo 41.1 de esta Ley o directamente a través de la oficina virtual del Catastro*".

Esta equiparación entre los medios acreditativos fijados en el artículo 41 y los que, innominadamente, aporte la oficina virtual del Catastro es completamente inadecuada; el artículo 41 establece la lista (aparentemente cerrada) de todos los medios por los que es posible acreditar la referencia catastral que ha de ser aportada; no es pertinente que la propia ley añada ahora otro medio más, la referencia catastral que puede ser "*conocida directamente a través de la oficina virtual del Catastro*", pues eso equivale a ampliar los supuestos en que los interesados estarán sujetos a sanción, en contra de todo criterio de seguridad jurídica.

Y además, ¿cómo se *conoce* la referencia catastral *directamente* a través de la *oficina virtual del Catastro* que no sea un procedimiento ya establecido en el artículo 41? Pues por medio de las informaciones que no tienen carácter de certificación ni tampoco sean documentos expedidos "*por el Gerente o Subgerente del Catastro*", es decir, con medios no acreditativos, que los funcionarios no deberían aceptar, conforme a los mandatos del artículo 41. Según la página web de esa *oficina virtual del Catastro*, también conocida por *OVC*, tales medios son las llamadas *consultas*, sin valor de certificación, accesibles para todo el mundo sin limitaciones, ya que la referencia catastral es un dato catastral no protegido. Veremos inmediatamente la regulación de ese derecho de acceso.

Pero ni siquiera, con toda su importancia, es la seguridad jurídica el único criterio a tener en cuenta: ya dije que una cosa es la enumeración de documentos por los que la referencia catastral deba considerarse acreditada, porque el medio utilizado para tal fin tenga la necesaria fiabilidad jurídica (lo que nos lleva a ampliar bastante la lista del art. 41), y otra bien distinta que la omisión por los interesados de un medio posible pero no impuesto obligatoriamente

le pueda generar responsabilidad. En la situación actual de nuestra sociedad, es una inaceptable frivolidad suponer (e integrar en consecuencia en el supuesto de hecho de una sanción jurídica) que toda persona que haya de otorgar documentos públicos o que tenga que relacionarse con el Catastro dispone de un acceso de banda ancha a Internet, sin el cual no podrá consultar esa citada *oficina virtual*. Ni siquiera todas las oficinas de las distintas administraciones públicas disponen hoy día de esa posibilidad de acceso telemático que la Ley del Catastro, en sus artículos 46 y 47, menciona como una opción disponible –no una obligación– y una posibilidad además del "*órgano competente para instruir un procedimiento administrativo*" y de los "*notarios*" –no de los particulares–. En mi opinión, es evidente y es necesario por lo tanto entender que los particulares que no tengan un medio propio y gratuito de acreditar la referencia catastral no pueden estar obligados a otra cosa que a solicitar información al Catastro, mediante su comparecencia física en las oficinas que éste tiene abiertas al público (lo que el funcionario de esa oficina haga y si utiliza o no comunicaciones telemáticas avanzadas es cosa ajena al interesado).

> Este tipo de frivolidades no es inusual en la legislación de los bienes inmuebles, supongo que inconscientemente atribuidos por sistema a la *gente pudiente*, que *naturalmente* dispone de *los últimos adelantos*. No otro es en mi opinión el origen de esa controvertida exigencia de que el notario conozca a los otorgantes; algo que, en la realidad socio-económica del momento en que se publicó la Ley del Notariado, debió considerarse completamente natural, pues ¿quién no conoce a los *señores*?

Además, los particulares tienen un adecuado abanico de otras posibilidades, que incluyen solicitar al órgano administrativo y al notario (y quizá al registrador, aunque la ley no lo diga expresamente y la Dirección General de los Registros y del Notariado lo haya negado, aparentemente) que sean ellos quienes obtengan telemáticamente por sí la referencia catastral, en base a las indicaciones que ellos les den, así como presentar el "*último recibo justificante del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles*", si su finca *paga* contribución territorial y conservan ese documento o pueden obtener un duplicado de su ayuntamiento –o de su banco–; como también pueden, por supuesto, consultar directamente la página web del Catastro. Pero, si quieren; todo ello, si quieren.

De todo lo cual concluyo que los verdaderos supuestos a considerar como eximentes de la obligación de los interesados de hacer la pertinente *declaración* son dos: que la finca objeto de los "*hechos, actos o negocios susceptibles de inscripción en el Catastro Inmobiliario (artículo 12*)" (y que, por lo tanto, serán objeto de declaración –art. 16–) no tenga referencia catastral propia o que, aun teniéndola, el Catastro no se la proporcione al interesado cuando éste se la solicita en debida forma.

Regula esa petición el Título VI de la Ley del Catastro, bajo el enunciado "*DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN CATASTRAL*", en los artículos 50 a 54. Según el artículo 52, que regula las "*condiciones generales del acceso*", "*todos podrán acceder a la información de los inmuebles de su titularidad y a la información de datos no protegidos contenidos en el Catastro Inmobiliario*", siendo así que el artículo anterior, el 51, no incluye la referencia catastral entre dichos *datos protegidos*. A lo que hay que añadir que el artículo 27 del Reglamento del Catastro determina que "*los interesados puedan entender desestimadas por silencio administrativo sus solicitudes, declaraciones, peticiones o recursos*".

Con bastantes menos palabras y mucha mayor claridad, la Ley 13/1996 resolvía todas estas cuestiones en su hoy derogado artículo 56, diciendo que "*los interesados en los procedimientos a los que se refiere esta Sección estarán legitimados para solicitar del Catastro la referencia catastral de las fincas afectadas*"; y que "*acreditada dicha solicitud, los interesados quedarán exonerados de cualquier responsabilidad derivada del artículo 47 de esta Ley*".

Este régimen es el que yo entiendo que en realidad sigue vigente, de modo que el interesado (que no tiene por qué saber si su finca está incluida o no en el Catastro ni si dispone o no de referencia catastral y que por supuesto no tiene obligación de conocer ésta, si existiera) puede salvar su responsabilidad solicitándola al Catastro y ateniéndose a su contestación, sea positiva o negativa.

Sin entrar en mucho detalle, la página web del Catastro informa de que "*no obstante, en el caso de que se acredite que no es posible aportar la referencia catastral por estar pendiente de comunicación por el Catastro, los interesados quedan liberados de esta responsabilidad*". ¿Qué es estar *pendiente de comunicación*? ¿Que el Catastro nunca ha emitido esa información o que no ha contestado a una petición expresa? En mi opinión, ambas cosas, como corresponde al beneficio del interesado.

Por lo demás y como dije antes, la eventual imposibilidad de obtener la referencia catastral influye en los dos supuestos que aquí voy a examinar como originadores de sanción: tanto el de aportar la referencia catastral como de declarar los hechos, actos o negocios *declarables*, aunque no de la misma manera. Si recordamos que el deber de *declarar* es subsidiario del de *comunicar*, pero que sólo ocurre así cuando la comunicación es oportuna, pues la posibilidad de comunicar está condicionada, entre otras cosas (según el art. 14 de la ley), a que "*los interesados hayan aportado la referencia catastral en los términos a que se refiere el título V*", tendremos como consecuencia que, si los interesados no pueden aportar la referencia catastral, por la razón que sea, y el notario no la ha podido obtener por sí (art. 47 de la ley), ni ese notario, primero, ni el registrador que inscriba, después, podrán realizar de oficio la comunicación de los *hechos, actos o negocios* declarables-comunicables y procederá la declaración de los interesados (art. 13.2 de la ley). Pero esa declaración de los interesados, lógicamente, no podrá incluir la referencia catastral, porque no la conocen ni la pueden conocer, quedando no obstante exonerados de la sanción de no aportar la referencia catastral, por mor de lo dispuesto en el artículo 70. Es decir, que estamos ante dos obligaciones y dos sanciones distintas; que la imposibilidad de obtener la referencia catastral no exime de la obligación –y su eventual y correspondiente sanción– de comunicar los hechos documentados.

> Los impresos de declaración, modelos 901N a 904N, no contemplan expresamente la posibilidad de que no se haga constar la referencia catastral, pero es de suponer que los funcionarios encargados de recibirlos conocen la ley y saben de la posibilidad de que no se pueda aportar.

Supuestos sancionables

Recordemos que son: "*a) La falta de presentación de las declaraciones, no efectuarlas en plazo y la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas*", y "*b) el incumplimiento del deber de aportar la referencia catastral o la aportación de una referencia catastral falsa o falseada"*.

Es decir, que además de la simple omisión de unos claros deberes, declarar ciertos hechos y aportar la referencia catastral, hechos

que el sujeto obligado puede reconocer fácilmente como tales, la ley añade, equiparándolas, la falsedad, la falta de integridad y la inexactitud de las declaraciones, y la falsedad de la referencia catastral.

Y lo cierto es que tales conceptos no me resultan nada claros. Si por efectuar una declaración falsa entendemos falsificar el documento en que el sujeto hace su declaración (siendo como es un modelo oficial, sí, pero que puede estar impreso en papel común) me parece surrealista. Y si, por el contrario, debe entenderse la falsedad como el resultado de la falsificación que realice el sujeto obligado del documento en que consta la referencia catastral, la condición de ilícito de tal documento es evidente, pudiendo llegar incluso al delito de falsificación de un documento público, si de tal naturaleza es el fingido documento que acredita la referencia catastral. Pero puesto el término falsedad –y aparentemente equiparándolo– junto a los de falta de integridad e inexactitud, las consecuencias jurídicas son muy distintas. Especialmente, en esta materia. Si un error en la expresión alfanumérica de la referencia catastral o la omisión o inexactitud en cualquiera de los datos incluidos en la enumeración del artículo 16 de la ley son causa de sanción, todo el cúmulo de irregularidades casi consustanciales al proceso de constancia de la referencia catastral en los documentos públicos que he ido examinando y poniendo de relieve en este estudio adquieren una relevancia extraordinaria.

Ya dije –y no es poco, a la luz de esta consideración– que la obligación impuesta por el artículo 43 a notarios y registradores de advertir el incumplimiento no puede extenderse más allá de los casos que esa norma cita, esto es, la obligación de aportar la referencia catastral, nada más. Y que ni uno ni otro de esos dos funcionarios está capacitado para apreciar falsificaciones documentales. A lo que añado ahora que, por venir del artículo 70 y no del 43, los notarios y registradores no tienen competencia funcional para otra cosa que para advertir, y nunca para sancionar a los interesados.

Pero no cabe duda de que, siendo los funcionarios –y especialmente el notario– los obligados por la ley para aportar la referencia catastral; y siendo también ellos los que transcribirán la referencia catastral de unos documentos a otros (de las escrituras a las inscripciones, de las informaciones registrales y de los títulos previos a las posteriores escrituras, y así sucesivamente; un modo de

proceder cada día más frecuente, conforme se va avanzando en el cumplimiento de la ley y cada vez más documentos o títulos previos expresan la referencia catastral de los inmuebles), la posibilidad de que sean ellos, y no los interesados, los causantes del error son máximas.

La ley no establece directamente sanciones para los funcionarios, sino para el interesado, por sus declaraciones de hechos incorporables al Catastro, pero es que el error del interesado puede ser simplemente el resultado de transcribir en el impreso oficial en que hace su declaración el dato erróneo que contiene la escritura pública o la inscripción que documenta ese hecho que declara. Documento que, no lo olvidemos, acompañará por copia simple a su declaración.

Para concluir este poco tranquilizador apartado, fruto de una legislación sancionadora muy poco preocupada por la seguridad jurídica, baste decir que la referencia catastral que no supera el trámite de correspondencia que señala el artículo 45 es evidentemente una referencia catastral inadecuada para la finca documentada, pero no una referencia catastral errónea, ni falsa, ni incompleta.

b) Régimen sancionador

El concreto régimen de sanciones está diseñado en el último artículo de la Ley del Catastro, el 71, que lo basa en una multa, con una cantidad mínima y otra máxima y con la posibilidad de graduar el importe en función de unos criterios que tipifica.

Sin embargo, es mucho más útil atender al desarrollo reglamentario de esta materia, que encontramos en los artículos 85 a 94 del Reglamento de la Ley del Catastro, que también incluyen la regulación del procedimiento sancionador.

Ateniéndome a las prioridades marcadas en este estudio, trataré de esquematizar las líneas generales de dicho régimen sancionador y sólo desde la perspectiva de las advertencias que el notario debe hacer a los otorgantes de las escrituras que autorice y en función del hecho sancionable y del tipo de hecho, acto o negocio escriturado (y, por supuesto, siguiendo, aun sin mencionarlas, las conclusiones a que ya he ido llegando en los diversos apartados de este estudio, al tratar la concreta cuestión que ahora sale a colación).

Por lo tanto, dejaré sin mencionar las sanciones en que el inte-

resado pueda incurrir por: a) su "*incumplimiento del deber de suministrar datos, informes o antecedentes a que se refiere el artículo 36*" de la ley, o sea, de su deber general de colaboración "*en relación con los datos, informes o antecedentes que revistan trascendencia para la formación y mantenimiento del Catastro Inmobiliario*"; y b) su "*resistencia, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración catastral, ya sea en fase de gestión o de inspección*" (art. 70 de la ley).

Y además dejo constancia de que, en mi opinión y como ya adelanté, la advertencia notarial será bastante incidental y genérica en relación con aquellos hechos declarables, conforme al artículo 16 de la ley, que no se hayan incluido en la escritura, y respecto de los cuales ni los interesados tienen obligación alguna de documentarlos ante notario ni, en realidad, consiguen ventaja alguna haciéndolo; esto es: "*la realización de nuevas construcciones y la rehabilitación, reforma, demolición o derribo de las* [edificaciones] *ya existentes, ya sea parcial o total* [con las excepciones mencionadas en ese artículo]", "*la modificación de uso o destino y los cambios de clase de cultivo o aprovechamiento*" y la "*constitución, modificación o adquisición de la titularidad de una concesión administrativa*" y "*de los derechos de disfrute a los que se refiere el artículo 9.4"*. Incluso, de hechos jurídicos que sí es habitual documentar en escritura pero que pueden ser ajenos al concreto negocio que en ese momento ha motivado la presencia ante el notario, por ejemplo, la "*realización de nuevas construcciones y la ampliación*", si la escritura es de transmisión del dominio o de constitución de derechos que no recaen específicamente sobre la edificación o que simplemente los otorgantes quieren dar por tácitamente incluidos, por considerarlos una parte integrante más, como les autoriza a hacer la legislación civil.

Véase, por ejemplo, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 14 de marzo de 2001, en la que expresamente se admite la regularidad de que una finca se haya ido transmitiendo sin mención expresa de que en ella existían determinadas construcciones, no obstante lo cual, dice la Dirección General, el actual titular registral tiene siempre la posibilidad y el derecho a declarar la obra nueva; dice así que "*la unidad jurídica que, salvo supuestos excepcionales –constitución de derecho de superficie, etc.–, integran el suelo y cuanto a él se ha incorporado (cfr. artículos 356 y siguientes del Códi-*

go Civil), determinará que la transmisión de un inmueble, aunque en el titulo traslativo se identifique solo por la delimitación de la parcela que ocupa, comporta la de todas sus partes integrantes y accesorios (cfr. artículo 1097 del Código Civil), de modo que el nuevo propietario queda legitimado para hacer valer donde proceda sus verdaderas y completas características físicas (cfr. artículo 348 del Código Civil)".

Resta pues decir que la sanción a los interesados por no aportar la referencia catastral sólo es pertinente en la medida en que éstos no hayan proporcionado al notario los datos necesarios para que éste pueda obtener dicha referencia catastral por sí mismo, en base a lo dispuesto en los artículos 41.2 y 47.1 de la ley. Si proporcionaron los datos oportunos, el responsable de obtener la referencia catastral es el notario y, si eventualmente no lo hiciera, quienes desde luego no pueden ser sancionados por la omisión del funcionario son los otorgantes.

La aportación al notario de una referencia catastral que, conforme al artículo 45 de la ley, no se corresponda con la "*identidad de la finca*" escriturada, en mi opinión, sólo será objeto de sanción cuando ello se deba a una actuación descuidada –o dolosa– de los interesados que han proporcionado al notario la referencia catastral de otra finca diferente a la que es objeto de la escritura; pero no cuando la falta de correspondencia no sea sino la evidencia de un error del Catastro o de una falta de coordinación de sus datos con la realidad exterior. Dado que la ley no establece un trámite ni expresa preocupación alguna para y por concordar el Catastro con la realidad, el interesado no puede hacer otra cosa sino aportar la referencia catastral de que dispone, aunque sepa que es incorrecta; puede advertirlo o no y puede que eso nos lleve a la aplicación del trámite de constatación del artículo 49 de la ley, pero la ley no le obliga a adoptar una actitud concreta y también puede limitarse a guardar silencio. Sin que nada de ello le comporte una sanción.

Las sanciones son susceptibles de incremento en base a la reiteración, o sea, a la reincidencia; algo que el notario no puede conocer ni presuponer, pero sí es conveniente que, además de hacerla de palabra, deje escrita una advertencia genérica, en tal sentido, en la escritura.

Del mismo modo, puede hacer advertencias genéricas acerca de:

— La existencia de un plazo para declarar; su duración y fecha de cómputo.

— La diferencia entre el incumplimiento y el mero retraso, la presentación de declaraciones fuera de plazo y los conceptos –y sus consecuencias– de la "*resistencia, la negativa y la obstrucción a la acción investigadora de la Administración catastral*";

— Que, bajo el rótulo de "*trascendencia para la eficacia de la gestión catastral*", la legislación distingue la sanción en "*función de los diferentes hechos, actos o negocios a que se refiere el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario*", por lo que sería conveniente que la escritura, entre las advertencias, incluyera una relación de los distintos hechos declarables –con independencia de que se hayan documentado o no y de que, en su caso, sean susceptibles de comunicación.

2. Advertencias a los otorgantes

Siguiendo una práctica ya habitual, la legislación catastral complementa la presunción legal del conocimiento de las leyes (art. 6 del Código Civil) con toda una red de advertencias que les han de hacer a los administrados los funcionarios ante los cuales realizan los actos de los que precisamente se han de derivar sus obligaciones. Se trata de recordatorios tanto de sus obligaciones como de las consecuencias negativas que se les derivarían de un eventual incumplimiento. Su finalidad es, o debería ser, mucho más amplia que la de reiterar la amenaza de sanciones económicas o multas, constituyendo un auténtico asesoramiento personalizado sobre el régimen legal al que el ciudadano está sometido en sus actos privados, asesoramiento que puede incluir el consejo sobre la mejor manera –por supuesto, legal– de ejecutarlos.

En todo caso, una práctica habitual y secular para los notarios.

El artículo 194 del Reglamento Notarial prevé que "*los Notarios harán de palabra, en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales. Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente,*

bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario".

Con buen criterio, la mayoría de las normas más modernas y especialmente las notariales, las registrales y las fiscales prevén como régimen general el de la constancia escrita de las advertencias y así parece preferible. Pero la más relevante distinción, en mi opinión, no es, como parece que interesa al Reglamento Notarial, si la advertencia es verbal o deja constancia escrita, sino la que separa la advertencia destinada a servir de guía a los particulares, que es la verdaderamente importante, de la advertencia pensada para la utilidad del propio notario, aquellas a las que el Reglamento Notarial se refiere diciendo que sirven para "*salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario*" (o, como lo dice el art. 172 de ese mismo reglamento, con la expresión "*salvando su responsabilidad* [del notario] *con la correspondiente advertencia*").

Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 parece que prefiere y patrocina ese último modo de usar las advertencias, como alternativa a la –según el Tribunal Supremo, ilegal– denegación de la función notarial, y que ha de servir de justificación a la actitud del notario que, no pudiendo impedir que los otorgantes realicen un acto contrario a ley, se limita a advertirlo y a salvar su responsabilidad, a pesar de esa concepción defensiva de la profesión notarial, en materia de constancia de la referencia catastral al menos, la ley impone directamente actuaciones al notario, de modo que entiendo que no puede permanecer como mero espectador ni prestar la colaboración notarial para facilitar y enmascarar *atajos* de los interesados al cumplimiento de la ley.

A lo largo de este estudio, hemos ido viendo momentos en que el notario debe formar y emitir un juicio (de correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca; de la identidad intrínseca de la finca con el objeto documentado; de la justificación de una alteración de la cabida documentada; de la duda sobre la referencia catastral previamente establecida como *correspondiente*, etc.). Son cometidos que le atribuye directamente la ley (o la doctrina jurisprudencial de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y que no pueden ser sustituidos por una advertencia aséptica, indiferente y descomprometida.

Del mismo modo, las advertencias que la ley obliga a hacer a los interesados no deberían tener por finalidad trasladarles a ellos la

responsabilidad, porque *ya han quedado advertidos*. Si el Catastro tiene derecho a obtener la colaboración de los funcionarios, el mismo derecho al menos tienen los particulares para recibir colaboración del Catastro y de todos los funcionarios del Estado; y la colaboración implica no sólo hacer recordatorio de sanciones sino, en positivo, hacer recomendaciones sobre cómo actuar, así como enfatizar las razones que justifican los dictados de las normas jurídicas y la utilidad privada que los particulares pueden alcanzar con su cumplimiento.

La Ley del Catastro no prevé expresamente, en su artículo 43, sino dos supuestos de advertencia que deben hacer "*el notario o el registrador de la propiedad*": el primero, motivado por la falta de cumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral, dice que "*deberá advertir a los interesados, de forma expresa y escrita, en los casos en que incurran en incumplimiento de la obligación establecida en este título*" (aportar la referencia catastral); el segundo, relativo a la subsistencia de la obligación de los interesados de declarar los actos de trascendencia catastral, dice que "*asimismo, en los casos en que no se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo a del artículo 14, los notarios y registradores de la propiedad deberán advertir expresamente a los interesados de que subsiste la obligación de declarar prevista en el apartado 2 del artículo 13*".

> Puesto que la subsistencia de la obligación de declarar por parte de los interesados también se da cuando no es pertinente la comunicación por parte de los ayuntamientos, no se entiende que la ley guarde silencio al respecto, lesionando así la seguridad jurídica de los ciudadanos, y que haya tenido que ser el Reglamento de la Ley del Catastro, en su artículo 34, quien subsane esa omisión; en todo caso, queda fuera de este estudio.

Sin embargo y en mi opinión, son muchas más que ésas que dice el artículo 43 las cosas que el notario tiene la ocasión de advertir a los interesados, sobre todo él, que tiene con ellos y con todos ellos una proximidad que no se repite ante el registrador; y creo que todas sus advertencias a este respecto deben seguir el cauce formal de las prescritas por la ley y constar por escrito en la escritura. Y no para salvar la responsabilidad del notario sino para su permanencia y para que los otorgantes no se vean obligados a memorizar tanta información relevante como habitualmente se les proporciona durante el breve lapso del otorgamiento.

En general, por todo el contenido de la misma y no sólo por la materia que aquí estamos examinando, es muy conveniente recomendar a los interesados que lean detenidamente toda la escritura, por sí mismos, en su casa, antes y sobre todo después de otorgada.

A lo largo de cuanto llevo dicho, ya he indicado las diversas circunstancias acerca de las cuales el notario debe asesorar a los otorgantes, las advertencias y recomendaciones que debe hacerles y las razones en que creo que se sustentan; pero no todas tienen que ver con la constancia documental de la referencia catastral de los inmuebles o con la obligación de declarar los hechos jurídicos de que son autores o responsables, cuando son susceptibles de incorporación catastral, puesto que algunas de ellas y no menos importantes se refieren a la rectificación de la cabida inscrita o a la rectificación en la escritura de los datos descriptivos, y su eventual adaptación a los que constan catastrados. Por lo tanto, este apartado de mi estudio no pretende recapitular todos los supuestos sino únicamente los relacionados con el artículo 43, aunque con un alcance algo más amplio que el específico de esa norma. Veremos cómo.

Por otro lado, me voy a limitar a aquellas circunstancias que constan directamente en la legislación catastral básica y específica, esto es, Ley y Reglamento del Catastro, que desde luego son como digo más de las señaladas en el artículo 43 de la Ley y 34 del Reglamento, pero sin incluir otras normas más particulares.

Recordando aquí por lo demás (y remitiéndome a ello, porque es muy importante) todo lo dicho acerca de la competencia del registrador (y del notario) para calificar los incumplimientos de los interesados, y la distinción entre advertir y sancionar.

Con todo ello, creo que es posible hacer el siguiente cuadro, con la aclaración de que la pertinencia de cada una de las advertencias dependerá de las particularidades del negocio e incluso de los sujetos, y que, sin perjuicio de la conveniencia, que he expresado antes, de que consten en general por escrito, algunas son más oportunas sólo dichas. Y que, en el cuadro, se contemplan cuestiones cuyo detalle depende no sólo de esas circunstancias del negocio sino también del nivel de asesoramiento que necesiten las partes, por lo que la oportunidad y el concreto contenido de las advertencias corresponde decidirlos en cada caso al notario autorizante. Veamos el detalle:

ADVERTENCIAS NOTARIALES (verbales o escritas), en la propia escritura:

1. SOBRE LA CONSTANCIA NOTARIAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL:

a) Obligación de aportar la referencia catastral.

i) Obligación legal de aportar la referencia catastral.

1. Excepciones a la obligación de aportar la referencia catastral: cancelación de derechos reales de garantía.
2. Conveniencia de aportarla, incluso en los casos exceptuados por la ley, para que quede así incorporada a la descripción de la finca.

b) Personas obligadas.

i) Obligación subsidiaria respecto de la aportación que haga el propio notario.

Necesidad de que los otorgantes identifiquen la finca al notario para que éste pueda localizar la referencia catastral de sus bienes.

ii) Especialidad en el caso de haber varios obligados.

1. La solidaridad en la obligación y en las sanciones: la aportación que haga uno aprovecha a todos.
2. Necesidad de que el adquirente identifique la finca.

c) Documentos admisibles en la acreditación.

i) Certificado catastral o cualquier otro documento expedido por el Gerente o Subgerente del Catastro.

ii) Supuestos en los que es obligado aportar certificación catastral descriptiva y gráfica.

— Conveniencia de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica como complemento de la descripción de la finca.

iii) Escritura pública, información registral o cualquier otro documento público.

iv) Original del último recibo justificante del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

— Inconvenientes de tales recibos para la identificación de la finca.

v) Fotocopia del recibo de contribución y cualquier notificación del Catastro o de las oficinas catastrales de los

ayuntamientos. (En cuyo caso y en base al dato de referencia catastral que conste en ellos, el notario deberá obtener por medios telemáticos la certificación catastral correspondiente.)

d) Plazos de aportación.

i) En cualquier momento anterior al otorgamiento, incluido ese mismo momento.

ii) En cualquier momento posterior a la firma, siempre que las partes autoricen al notario para incorporar la referencia catastral a la escritura y para comunicarla al registro de la propiedad, en su caso.

iii) Supuesto de que la finca carezca de referencia catastral en el momento del otorgamiento.

— Obligación de comunicarla al notario y al registro, en el plazo de un mes desde que les sea notificada.

iv) Advertencia a los interesados de que el notario hace comunicaciones periódicas al Catastro, de modo que, en el caso de que hayan acordado aportarla al notario después del otorgamiento, tengan en cuenta que éste notificará la situación existente en el momento de hacer tal comunicación.

e) Correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca.

i) Requisitos de correspondencia:

1. Admisión de pequeñas diferencias en la superficie pero siempre que no pongan en duda la identidad de la finca.
2. Necesidad de acreditar los cambios en el nomenclátor y numeración de calles con certificación municipal.

ii) Competencia del notario para considerar bien establecida o no la correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca.

— Recursos de que disponen los otorgantes contra la posible decisión contraria del notario.

f) Referencia catastral de la finca de origen.

i) Supuestos en que es necesario aportar un plano o proyecto, que refleje las modificaciones realizadas.

ii) Información a los otorgantes de los trámites que, según la ley, deberá hacer el notario en estos supuestos.
iii) Autorización de las partes al notario para que haga constar en la escritura la nueva referencia catastral que le comunique el Catastro.
iv) Derecho de los interesados a solicitar del notario que transcriba la referencia catastral comunicada por el Catastro después del otorgamiento, por nota o diligencia, en la copia ya expedida que le presenten.

g) Supuestos de constatación de la referencia catastral.
i) Explicación de esta figura, cuando se den las circunstancias que la hacen pertinente.
ii) Posibilidad de hacer constar la referencia catastral dudosa a solicitud de los otorgantes y por razón de urgencia.
iii) Autorización de las partes al notario para que haga constar en la escritura la nueva referencia catastral que le comunique el Catastro, solventando la duda surgida.
iv) Información sobre el régimen registral de constatación.

h) Rectificación de la referencia catastral ya asignada en un título anterior.
i) Necesidad de requerir la autorización del propietario.

i) Información sobre las consecuencias de la falta de aportación.
i) No impide el otorgamiento.
ii) No afecta a la eficacia del documento ni a la del hecho, acto o negocio que contenga.
iii) Notificación del notario y del registrador al Catastro, indicando la identidad de los sujetos que no hayan aportado la referencia catastral.

j) Régimen legal de sanciones por falta de aportación.
i) No supone falta de aportación la falta de correspondencia o las dudas que aconsejan seguir el régimen de constatación.
ii) La sanción mínima (60 €) se incrementa en 150 euros por cada referencia catastral no aportada.

k) Régimen de sanciones por aportación de una referencia catastral falsa o inexacta.

— Seis euros por cada dato falso, falseado o inexacto que figure en la declaración o que haya sido omitido, sin que pueda exceder de la sanción pertinente por falta de aportación.

2. SOBRE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL.

a) Primera constancia o inmatriculación registral de la referencia catastral.

i) Información sobre los requisitos que pedirá el registrador.

ii) Información sobre los recursos que proceden contra una eventual denegación de constancia de la referencia catastral en el asiento.

iii) Posibilidad de hacer constar la referencia catastral como operación registral autónoma. Su régimen.

b) Régimen de efectos contra tercero de la referencia catastral que consta en el registro.

3. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR DIRECTAMENTE LA ALTERACIÓN CATASTRAL:

a) Advertencia concreta de si, por las circunstancias del caso, procede que el notario haga una comunicación o si, por el contrario, **subsiste la obligación de declarar esta escritura** directamente por parte del interesado y, en tal caso, **forma y plazo** de declarar.

Recursos de que disponen los otorgantes contra el juicio del notario de considerar subsistente la obligación de declarar por parte de los interesados.

b) Información sobre los supuestos generales de subsistencia de la obligación de declarar, con independencia de la comunicación que haga el notario.

i) Cuando no se transmita o se consolide totalmente el dominio.

1. Supuestos asimilados a la transmisión total.

a) Adquisición o consolidación por varias personas, en unidad de acto, con independencia de que el derecho adquirido por cada una de ellas sea una parte de la propiedad plena o de la nuda propiedad, o del usufructo total o parcial sobre el inmueble.

b) Adquisición del dominio por virtud de varios títulos que se encadenan y complementan, de modo que sólo se tiene en cuenta el resultado final.

c) Adquisición o consolidación del dominio sobre una cuota indivisa que tenga atribuida referencia catastral propia.

ii) Cuando la escritura se haya otorgado transcurridos más de dos meses desde el hecho, acto o negocio que la produjo (elevación a públicos de documentos privados).

iii) Cuando sólo se cese en la titularidad.

c) Actos y negocios que originan la obligación de declarar, con independencia de que se hayan incluido o no en la escritura y del momento en que se otorgaron.

i) Transmisión de parte de la propiedad de la finca.

ii) Obra nueva, ampliación, rehabilitación, reforma, demolición o derribo de las ya existentes, ya sea parcial o total.

iii) División material y horizontal, segregación, agregación y agrupación.

iv) Consolidación del dominio.

v) Constitución, modificación o adquisición de la titularidad de una concesión administrativa y de los derechos reales de usufructo y de superficie.

— Régimen especial de los derechos que ocasionan imputación de rentas.

vi) Modificación de uso o destino y los cambios de clase de cultivo o aprovechamiento.

vii) Variaciones en la cuota de participación que corresponda a cada uno de los cónyuges en los bienes inmuebles comunes, así como en la composición interna y en la cuota de participación de cada uno de los comuneros, miembros y partícipes de las comunidades o entidades sin personalidad.

d) Información sobre el régimen del procedimiento de incorporación mediante solicitud, para el caso de bajas.

i) Régimen especial para el caso de abandono del dominio.

e) Información sobre el régimen legal de sanciones, para el caso de incumplimiento de la obligación de declarar.

4. SOBRE EL RÉGIMEN DE TITULARIDADES CATASTRALES:

a) Lista cerrada de derechos que originan titularidad catastral.

i) Derecho de propiedad plena.
ii) Derecho real de usufructo.
iii) Concesión administrativa sobre el bien inmueble o sobre los servicios públicos a que se halle afecto.
iv) Derecho real de superficie.
v) Régimen especial de los derechos que ocasionan imputación de rentas.

b) Cuando la **propiedad** pertenezca **pro indiviso a una pluralidad de personas**, la titularidad catastral se atribuirá a la comunidad y a todos y cada uno de los comuneros, por su respectiva cuota.

c) Obligación de designar un representante ante el Catastro, en caso de pluralidad de titulares.

d) En caso de **discrepancia entre el titular catastral y el titular registral**, se tomará en cuenta, a los efectos del Catastro, la titularidad que resulte del registro de la propiedad, salvo que la fecha del documento por el que se produce la incorporación al Catastro sea posterior a la del título inscrito.

5. SOBRE LA ACTUALIZACIÓN DE TITULARIDADES CATASTRALES:

a) Régimen general: la declaración de parte y la comunicación de las autoridades provoca el cambio en la titularidad, con cese del titular anterior y alta del nuevo.

b) Conveniencia de que los interesados vigilen el buen fin de ese proceso, dadas las múltiples excepciones a la regla general anterior.

d) CONSIDERACIONES CRÍTICAS DEL PROCESO DE COORDINACIÓN DESDE LA NOTARÍA HACIA EL CATASTRO

Como se ha visto, prácticamente, todo cuanto he dejado expuesto sobre ese proceso de coordinación contiene una crítica negativa. Y lo siento. Pues esa coordinación y sus potencialmente fecundos efectos constituyen una parte importante de mi trabajo profesional, actividad con la que me gusta estar identificado y conciliado.

Y además, a diferencia de lo que dije al tratar de la coordinación desde el Catastro hacia las escrituras, en este caso no creo que sea posible encontrar un camino alternativo, una *tercera vía*, por la que atender a la vez y sin contradicciones los intereses de los otorgantes, usuarios del servicio notarial y ciudadanos, y las prescripciones de las leyes, de todas las leyes, empezando por las sustantivas y más importantes.

En este caso, el corsé del *índice único* y sus *pantallas* de ordenador dejan poco o ningún margen a la *personalización* del cumplimiento de nuestras obligaciones para con el Catastro. O el indicador se pone en verde (un color que, por defectos en mi visión, yo no puedo distinguir del rojo que anuncia el error) o no hay índice que valga, y ya puedes perorar cuanto quieras sobre la forma correcta de interpretar la ley.

Por lo demás, debo insistir en la importancia que a mi juicio tiene aprovechar al máximo la oportunidad que nos proporciona la dinámica de nuestro trabajo y la cercanía a que nos lleva con los otorgantes y los contratantes para formularles, verbalmente en unos casos y por escrito en otros, un buen número de advertencias acerca de todo el régimen legal de coordinación con el Catastro. Incluida la advertencia (tan importante en la práctica como impertinente desde el punto de vista de la técnica jurídica) de que deben comprobar cuidadosamente si realmente se ha producido o no el cambio en la titularidad catastral (con el correspondiente cese del transferente, en su caso), para actuar en consecuencia.

VI. COORDINACIÓN HACIA EL CATASTRO DESDE LA INSCRIPCIÓN

De modo semejante a lo que me ocurrió al tratar de la coordinación desde el Catastro hacia las escrituras y las inscripciones, donde el empezar por hablar de estas últimas me llevó a anticipar gran parte de mis opiniones en temas que eran comunes a las escrituras, también aquí hay consideraciones generales que ya he expuesto y que son –en mi opinión– tan válidas para el registro de la propiedad como para la actividad notarial.

No así las valoraciones hechas sobre el particular procedimiento del llamado *índice único*, que no sé si tiene equivalente en el ámbito registral y que, aunque lo tuviera, no sería función mía ponderar sus excelencias.

a) PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN

Pero sí son comunes, como dice la ley, los supuestos en que debe el registrador de la propiedad cumplimentar el procedimiento de incorporación por comunicación, con arreglo al artículo 14 de la ley, así como el contenido de dichas comunicaciones.

El contenido legal; que será el que prácticamente resulte de los convenios de desarrollo del deber de colaboración que firme el colectivo de los registradores (arts. 36 de la Ley del Catastro y 62 y siguientes de su reglamento) puede conducirles a resultados tan imprevisibles como los del *índice único*.

Utilizando la misma palabra, "*comunicar*", pero ahora con distinto significado (ya hablé de los inconvenientes de la polisemia, en la legislación catastral como en toda otra), establece la ley la obligación del registrador de la propiedad de "*comunicar al Catastro la relación de fincas objeto de identificación catastral posterior*", según prescribe el apartado Cinco del artículo 53 de la Ley 13/1996, para los dos supuestos que allí regula.

b) ADVERTENCIAS

Como son comunes las advertencias que el registrador debe hacer a los "*interesados*", conforme al artículo 43 de la ley, cuando "*no se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo a del artículo 14*", circunstancia en la que "*deberán advertir expresamente a los interesados de que subsiste la obligación de declarar prevista en el apartado 2 del artículo 13*". Sólo que, en el caso de los registradores, no me atreveré a sugerir otro contenido a las advertencias que el que literalmente acabo de trascribir del segundo apartado del artículo 13 y el que resulta del primer apartado del mismo, según el cual "*el registrador de la propiedad deberá advertir a los interesados, de forma expresa y escrita, en los casos en que incurran en incumplimiento de la obligación establecida en este título*", o sea, la obligación de aportar la referencia catastral (y ya dije las diferencias que en mi opinión hay sobre la posibilidad real que tienen notarios y registradores de aportar por sí mismos esa referencia catastral, mucho mayor en el caso de los primeros, por el diferente momento en que intervienen y por la mucho mayor facilidad que tienen de

contrastar sus averiguaciones con los interesados y de construir a partir de sus indicaciones).

Por lo demás, hay que tener en cuenta que (en lo que constituye el limitado objeto de este estudio, que sólo trata de las escrituras públicas y de las inscripciones y no de otros documentos públicos susceptibles de inscripción) las advertencias que hace el registrador podrían ser sucesivas y redundantes con las que ya habrá hecho el notario, cuya intervención le precede en el tiempo. Y que además la apreciación del registrador no puede regirse sino por el contenido del documento que se le presenta, de manera que desconocerá y no tendrá en consideración pues, al formular sus advertencias, las novedades que se hayan podido producir en cuanto a la obligación de aportar a la escritura la referencia catastral, si se diera el caso de que el interesado la aporta a la escritura después, como prevén –en ciertas hipótesis– los artículos 42 y 47. Pero que, por el contrario, el registrador sí tendrá en cuenta documentos que sólo se le aporten a él, y de los que no ha tenido conocimiento el notario.

Como también puede ser muy relevante en la práctica el hecho de que el registrador no siempre tiene la posibilidad de formular sus advertencias verbalmente a los interesados, por lo que no podrá hacerlas depender de las circunstancias particulares del caso, que puedan evidenciarse durante el proceso de advertir.

Como quiera que ha desaparecido de la ley (primera redacción del apartado Tres del art. 53 de la Ley 13/1996) la previsión de que el registrador "*cuando en el título presentado no constare la referencia catastral*", advirtiera "*de forma expresa y escrita al interesado o al presentante de la obligación de aportar los documentos a los que se refiere el artículo 50, apartado cuatro, dentro del plazo de despacho del documento, y que, en caso de no hacerlo, incurre en el incumplimiento de la obligación establecida en esta Ley*", de modo que, "*una vez transcurrido dicho plazo sin haberse cumplido dicha obligación dejará constancia del incumplimiento por nota al margen del asiento y al pie del título inscrito*", la falta de constancia de la referencia catastral en el título inscribible no provoca una advertencia cautelar sino sólo la definitiva, que pondrá "*al margen del asiento y al pie del título inscrito*".

Sí que deberá el registrador informar al interesado de si ha hecho constar o no la referencia catastral en la inscripción, conforme a la Ley del Catastro y sobre todo conforme al artículo 53 de la

Ley 13/1996; se extienda o no además en informar al presentante sobre la limitación de "*efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo*" o de las causas de la falta de constatación de la referencia catastral, en su caso; con indicación de los recursos que les amparan frente a su negativa.

Y, en mi opinión, el registrador de la propiedad, cuando sea el caso, debería informar también a los presentadores del documento de que va a someter la referencia catastral al régimen de constatación previsto en el artículo 49 de la ley, puesto que esta norma contiene la posibilidad de que se haga constar en el asiento una referencia catastral distinta a la aportada por los interesados, sin su consentimiento expreso.

VII. CONSIDERACIONES FINALES. LA COORDINACIÓN LOGRADA

La coordinación del Catastro con el registro de la propiedad (y, a través de él, con las escrituras públicas) es una vieja aspiración bien conocida de nuestro sistema jurídico. Que ha gozado, formalmente al menos, del beneplácito de todas las instituciones implicadas. Y, sin embargo, la reiteración del esfuerzo demuestra sin lugar a dudas que los intentos anteriores no eran o no se dieron por buenos. El actual, el que procede de la Ley de 1996 y sus trabajos preparatorios de años inmediatamente anteriores, está desplegando aún sus efectos, pero, después de casi quince años, puede sentirse la tentación de hacer balance y de detenerse en los defectos del sistema, entre ellos, la evidente falta de entusiasmo por parte de los colectivos profesionales llamados a ponerlo en práctica.

El rechazo de los registradores (secundados cuando no impulsados por la Dirección General de los Registros y del Notariado) a sustituir sin más las fincas registrales por las catastrales, no es una mala respuesta sino que, por el contrario, es la correcta. Sí es un error su empecinamiento de hacer pasar toda la legislación catastral de coordinación por los tradicionales filtros hipotecarios, pero esa actitud no ha resultado demasiado relevante para la coordinación, pues en definitiva tampoco esa legislación catastral, en parte relegada, tiene una estrategia clara a favor de la coordinación.

La contraria actitud del Reglamento Notarial, que sí da una entusiasta y acrítica acogida a toda realidad catastral, es un claro error, pero también un error que al fin y al cabo no ha sobrepasado las fronteras de ese texto y no ha perturbado realmente la contratación ni los negocios sobre los bienes inmuebles, ya que no ha sido cierto que la actualización de la descripción de las fincas escrituradas se haya hecho unilateralmente por los notarios, a espaldas de los interesados, ni que éstos se hayan visto impedidos por los notarios para reflejar la que consideran verdadera realidad física de la finca, aunque no se acomode a su reflejo catastral. Para ser sinceros, tampoco se han encontrado con la tajante negativa notarial a constatar en la escritura –al menos, sin una advertencia clara– una descripción de la finca incompatible con su historial jurídico, conforme a la más moderna doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

> Una doctrina que ha tenido poco predicamento entre los notarios, más allá de que la tengan en cuenta, por cuanto saben que determinará el rechazo del registrador y, por tanto, la falta de inscripción, que es el objetivo pretendido por su *cliente*.

Y el resultado de todos esos errores acumulados es que cada institución pública implicada mantiene sus particulares versiones de la descripción de la finca sin que al parecer haya existido ni siquiera el propósito de hacer confluir los puntos fuertes de cada organismo, los aciertos con que cada cual cuenta, para sacar de ahí una descripción mejorada, válida para las tres, Catastro, registro de la propiedad y escrituras públicas.

Por parte del registro de la propiedad, se ha puesto más empeño en cortar el paso a la arbitrariedad caprichosa de los particulares a la hora de modificar la descripción de sus fincas –lo cual está bien– que en contar con ellos para depurar los errores descriptivos que obran en sus libros, que serán errores pero que son *sus errores*. El Catastro –erróneamente– se ha desentendido del problema, porque parece estar convencido de que en ningún caso es él el causante de la discrepancia y que además ésta no le afecta. El Notariado se ha dejado arrastrar demasiado por su tradicional –y poco sensata– preferencia por documentar, siempre y a toda costa, facilitando acríticamente los deseos de los otorgantes.

Y, sin embargo, lo cierto es que ni el intento de coordinación puede darse por fracasado ni ha concluido tampoco.

Es verdad que, al menos en un aspecto puntero de la legislación coordinadora, la constancia de la referencia catastral en los documentos públicos, da la impresión de haberse quedado en un mero trámite burocrático.

La constancia de la referencia catastral en las escrituras está cuajada de errores e imprecisiones, en un porcentaje inhabitual e inaceptable en el rigor estándar en la documentación pública. Pero tampoco podía haber sido de otra manera habida cuenta de la utilización preferida de los llamados recibos de contribución para sustentarla; documentos que, como ha terminado por reconocer la Dirección General de los Registros y del Notariado, no son en absoluto adecuados para identificar las fincas y que además son ellos mismos frecuentemente erróneos; pero que el Catastro acoge con entusiasmo en su normativa, porque, estando siempre a mano, cumplen

muy bien el propósito de facilitar a los ciudadanos el conocimiento de la referencia catastral de sus fincas.

Y el Catastro, que parece decidido a enfocar esa mención de la referencia catastral y su correlato de la actualización de titularidades como meros auxiliares en su gestión interna, hace sus cálculos, comprueba –supongo– que sus resultados operativos no son peores sino incluso mejores que antes de esta legislación, y no se preocupa de nada más.

De manera que, en definitiva, ninguna institución implicada da una batalla clara por mejorar la descripción física de las fincas, en los tres lugares donde prioritariamente se recogen: escrituras, inscripciones y Catastro.

Y sin embargo, digo, ese impulso de mejora existe y aun crece día y a día. Y esas mismas instituciones que han estado y siguen estando poco o nada motivadas por esta legislación catastral, resulta que no se echan atrás en ese otro esfuerzo y lo cierto es que están colaborando decisivamente.

Los registradores, espoleados por la Dirección General de los Registros y del Notariado pero férreamente decididos por sí y todos a una, como en toda cuestión que afecte a su institución, han obligado al rigor en la modificación de las descripciones registrales de las fincas inscritas.

Los agentes económicos, especialmente los profesionales del crédito hipotecario, *nolens volens*, se han acomodado a esa exigencia y han trasladado a los particulares la necesidad de aceptar y aún de voluntariamente buscar ese rigor. Una escrupulosidad que, en realidad, interesa a todos, entidades financieras y clientes, aunque el vértigo del tráfico y más aún el crediticio, les había conducido al error de creer que lo único importante era superar el obstáculo del registro, porque al final la inscripción *todo lo sana*. (Cosa que no es verdad, pero esa es la creencia del mercado y sobre ella operaba y sigue operando.)

Y por último esos clientes, cuya urgencia es aún mayor que la del banco, se han encontrado con que el Catastro les proporciona, en la mayoría de los casos, el respaldo físico y la credibilidad institucional que necesitan para cumplir las exigencias de la *tasación*.

Y, por supuesto, los notarios han acompañado este viraje de los agentes económicos.

Y, aunque no toda la coordinación es una cuestión de *excesos de*

cabida, y aunque sigue habiendo compras en las que el comprador se autofinancia, y aunque también hay herencias y otras transacciones gratuitas, en las que la cabida *no importa* (porque, *si inscriben el exceso, bien y, si no, también*), lo cierto es que la dinámica se ha instaurado y ya no se denosta tanto por las *pegas* del registro sino que se piensa en la manera de hacer las cosas bien.

Sin necesidad de detenernos en la escasísima importancia práctica de las inmatriculaciones de fincas, los masivos procesos de recalificación de suelo urbano, que mueven cifras astronómicas y que se realizan bajo todo el rigor de la ley y la intervención de la Administración, han contribuido igualmente a implantar una cultura de rigor en las descripciones de las parcelas y de plena coordinación catastral.

Desgraciadamente, han quedado fuera, por el momento, procesos mucho más modestos pero muchísimo más importantes por cuanto ellos sí alcanzan potencialmente a casi todas las fincas: los de agrupación, agregación, segregación, división material y declaración de obra nueva.

Y resulta que es ahí donde los notarios podrían encontrar su principal forma de colaborar. Aunque hoy por hoy es sólo un proyecto o una experiencia piloto, recluido por el momento en estancias palaciegas y que puede quebrar antes de consolidarse, se está en el camino de que los notarios participen decisivamente en el proceso primigenio de dotar a las nuevas fincas de una referencia catastral provisional. Si en ese proceso los notarios seguimos la doctrina sobre excesos de cabida de la Dirección General de los Registros y del Notariado y las directrices de la circular de la Dirección General del Catastro 07.04/06 (que ya hemos visto), la mejora en el rigor de las descripciones de las fincas afectadas será evidente. Se trata sin duda de una gran oportunidad social para todos y cada uno de los notarios. Aunque somos poco proclives a las respuestas colectivas, sería importante que lucháramos por ella y aun por ampliarla.

En definitiva, un proceso con luces y sombras, pero eso ya es mucho, comparado con el rotundo fracaso de todos los intentos anteriores.

Gandía, a siete de noviembre de dos mil nueve.

EL INTERÉS DE LAS PARTES EN EL CONTENIDO DEL CONTRATO: DE ROMA AL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

Alfonso Murillo Villar
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Burgos

RESUMEN: Para que una obligación sea válida y surta sus efectos, la prestación tiene que cumplir varios requisitos. La prestación tendrá que ser posible, lícita, determinada o, al menos, determinable y deberá representar un interés para el acreedor, lo cual no significa que tenga que tener un contenido directamente patrimonial, será suficiente con que sea digno de protección. La finalidad de este trabajo es hacer un estudio del requisito conocido doctrinalmente como "patrimonialidad de la prestación", desde Roma hasta el Proyecto de Código Europeo de Contratos (Pavía). La polémica sobre esta necesaria formalidad del contrato surgió en el siglo XIX con la Pandectística; aún hoy no se ha alcanzado un acuerdo doctrinal pero su consecución está próxima.

PALABRAS CLAVE: contenido del contrato, interés del acreedor, patrimonialidad, Código Europeo de Contratos (Pavía).

ABSTRACT: The terms of a contract must have some requirements. Among others, they ought to be possible, legal, determined or determinable and specially to do satisfaction to the creditor. The question is whether or not that interest has to be pecuniary. The purpose of this paper is to study the requirement since Rome until the European Code of Contracts' Project (Pavia). The controversy over the contract's necessary formality arose with the "Pandectística" in the 19th century. Even today the doctrinal agreement has not been made but its attainment is near.

KEYWORDS: Terms of contract, Interest of creditor, Creditor's pecuniary interest, European Code of Contracts' Project (Pavia).

El contrato, como fuente principal de obligaciones, es un acuerdo de voluntades dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones jurídico-patrimoniales obligatorias. Dicho contrato tendrá que tener un contenido, es decir, una prestación, que para ser válido deberá reunir varios requisitos. Si trasladamos la teoría general de las obligaciones al campo de los contratos, de inmediato vemos que la prestación que puede consistir en un *dare*, *facere –non facere–* o *praestare*, tiene que ser, en primer lugar, posible; en segundo lugar, no debe ser una prestación prohibida ni inmoral, por consiguiente, necesariamente tiene que ser lícita; en tercer lugar, si bien puede ser indeterminada *ab initio*, tendrá que ser determinada a posteriori al objeto de saber el alcance de la prestación convenida por las partes; y, en cuarto lugar, deberá presentar un interés para el acreedor, interés que no tendrá que tener necesariamente un contenido patrimonial o económico.

Los tres primeros requisitos han permanecido invariables desde épocas pretéritas y sobre ello, además, existe unanimidad doctrinal; así ha sido desde el ordenamiento jurídico romano hasta la actualidad e incluso se contemplan en futuras normas que aún hoy son meros proyectos legislativos. Me refiero a que el contenido de un contrato necesariamente tendrá que ser siempre posible, lícito y determinado o, al menos, determinable. Sin embargo, existen más dudas a propósito del llamado cuarto requisito, el conocido como patrimonialidad de la prestación, término de significados muy controvertidos y poco precisos, pues más bien se trata de que tenga un interés para el acreedor, no necesariamente patrimonial, pero sí valorable en dinero en caso de no poderse ejecutar de forma específica la prestación.

Sobre fuentes romanas y con su interpretación por la Pandectística surgió una importante polémica doctrinal en el siglo diecinueve. El embrión de la discusión apareció cuando Savigny y algunos otros juristas que pertenecían a lo que conocemos como Escuela Histórica (Puchta, Arndts, Keller, Brinz, etc.), sostuvieron que el derecho romano exigía que en toda obligación el contenido de la prestación fuera exclusivamente patrimonial e incluso que el interés del acreedor fuera también patrimonial, alejando del derecho de obligaciones cualquier otro matiz que no encajara en esta dimensión económica de las obligaciones. De este planteamiento surgió la teoría que podríamos denominar clásica, que defiende que la prestación debe ser

siempre patrimonial y valuable en dinero. En defensa de este planteamiento utilizaron una frase de D.40,7,9,2 (*Ulp. 28 ad Sab.*) que dice: *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt* (*la obligación sólo puede consistir en lo que se puede pagar en dinero*).

Frente a este planteamiento el primer detractor fue IHERING, quien negó que la pecuniariedad fuera un requisito esencial de la obligación (1). Esta postura fue seguida por WINDSCHEID (2), que defendió que la obligación únicamente debía representar un interés digno de protección. Por consiguiente, nos encontramos ante un doble planteamiento: patrimonialidad de la prestación, por un lado, e interés del acreedor, por otro. La duda es si la prestación siempre tiene que ser patrimonial y si el interés del acreedor en la prestación también tiene que ser económico patrimonial.

Con frecuencia se utiliza un texto de SÉNECA: *De beneficiis 6, 15, 1-2*, para distinguir la patrimonialidad de la prestación en sí misma considerada del interés al cual esa prestación sirve. Si bien se trata de un texto literario que como tal carece de precisión jurídica, sin embargo, nos muestra cómo a la práctica romana no le era ajeno el problema de que muchos intereses de los acreedores solamente podían encontrar satisfacción por medio de una valoración económica. Nos dice SÉNECA que lo que se compra al médico es una cosa de valor inestimable: la vida, la salud; al maestro la cultura del espíritu; a estas personas no se les paga el bien que nos procuran, sino su trabajo; es el ejercicio de su ministerio; es el tiempo que ellos pierden sobre sus trabajos para dárnoslo; el salario que ellos reciben corresponde no al servicio prestado, sino al tiempo empleado por ellos.

Al margen de otras interpretaciones y valoraciones, desde un punto de vista jurídico la lección que nos aporta SÉNECA es que se puede distinguir entre el interés del acreedor, que en este caso es puramente moral, y la prestación debida, que sólo se puede apreciar en valor pecuniario porque así lo estima la sociedad. Por consi-

(1) IHERING, R. VON: *Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias* (trad. A. GONZÁLEZ), Buenos Aires, 1947, 90, n. 2.

(2) WINDSCHEID, B.: *Il diritto delle Pandette II*, libro IV (trad. ital.), Torino, 1925, 3 ss.

guiente, las prestaciones que sirven a intereses puramente morales necesitan para su satisfacción una conversión pecuniaria en caso de incumplimiento.

El inciso de D.40,7,9,2 (*ea enim in obligatione…*) no debe ser tomado sin más al pie de la letra. Lo cierto es que la frase no está interpolada y el texto se refiere a una prestación imposible, ello se debe a que desde el mismo momento en que la *libertas* es un valor que la sociedad tutela, se impide que sea objeto de una prestación; así lo afirma el propio Ulpiano cuando dice que la libertad no se puede pagar en dinero (*libertas autem pecunia lui non potest, nec reparari potest*). La frase tampoco puede servir simple y únicamente para defender que la prestación fuera patrimonial y valuable en dinero, pero sí nos señala que en el ambiente jurídico romano flotaba el carácter patrimonial de la prestación, no como un enunciado teórico, sino como aplicación a casos concretos, cuestión diferente a que el interés del acreedor a la prestación fuera patrimonial, que podría ser simplemente moral, afectivo (3), pero que en caso de incumplimiento, y siendo un interés socialmente tutelado, se exigía la conversión en un valor pecuniario, matiz fundamentado en la concepción romana del débito (4).

Cuando se habla de patrimonialidad de la prestación no debe entenderse por tal que la prestación necesariamente tenga que ser un objeto material y valuable en dinero. Esta afirmación sería errónea en las prestaciones de *facere*, en las cuales se exige un comportamiento del deudor: prestación. Tampoco sería muy acertada en las obligaciones de *dare*, en las que el acuerdo entre las partes hay que entenderlo como un valor idealizado, no un mero *corpus*, que sería el objeto material, que relaciona al acreedor que lo recibe y al deudor que lo procura, con la situación jurídica o el precio. En definitiva, el comportamiento del deudor (*dare*) será fungible o infungible según estemos ante una *obligatio* de *dare* o de *facere* (5).

(3) *Vid.* Silva Sánchez, A.: *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial. (En el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna)*, Cáceres, 2003, 139 ss.

(4) Murillo Villar, A.: "Notas sobre la patrimonialidad de la prestación en derecho romano", en homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, vol. IV, Madrid, 1988, 402 ss.

(5) Pastori, F.: *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Varese, Milano, 1951, 210.

Con ello queremos significar que el comportamiento del deudor siempre va a repercutir en su ámbito patrimonial. Esto no significa que una prestación desprovista de valor patrimonial no vaya a desplegar consecuencias jurídicas, sino que cuando la prestación acordada no sea patrimonial, sino meramente espiritual, desde el punto de vista del acreedor, en caso de incumplimiento esa prestación también es tutelada y tendrá consecuencias jurídicas si la sociedad así lo estima conveniente. Por tanto, la prestación es siempre patrimonial, directa o indirectamente, entendiendo por este concepto que es valorable en dinero si a la conciencia popular no le repugna. O lo que es lo mismo, por carácter patrimonial de la prestación hay que entender no que la prestación acrezca el patrimonio del destinatario, sino en el sentido más amplio de que sea susceptible de una valoración en dinero (6).

Es muy probable que también se haya tenido en cuenta para mantener la patrimonialidad de la prestación en sentido estricto, el que durante la época clásica estuviera vigente el principio de que toda *condemnatio* tuviera que ser pecuniaria [GAYO 4.48 (7)]. Pues bien, que en el procedimiento formulario se exigiera siempre que la *condemnatio* fuera pecuniaria no tiene ninguna relación con la patrimonialidad que se reclama para la prestación. El procedimiento formulario no conoció la ejecución en forma específica, por ello que la condena fuera siempre en dinero, no obstante, en aquellos procedimientos en los que sí era posible la ejecución en forma específica cuando ésta no podía llevarse a cabo, sólo podría conseguirse la satisfacción de la prestación valorándola en dinero; en consecuencia, la *condemnatio* pecuniaria debe ser desligada totalmente del tema de la patrimonialidad de la prestación.

Nuestro estudio se centra principalmente en las obligaciones *ex contractu*, por lo demás la principal fuente de obligaciones en derecho romano. Queremos precisar, a continuación, si en Roma se protegían únicamente intereses patrimoniales de los acreedores o también intereses extrapatrimoniales, morales o afectivos. El término "interés de afección" lo tomó la teoría jurídica de la Europa conti-

(6) *Vid*. GROSSO, G.: *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, 3.ª ed., Torino, 1966, 146.

(7) *Gai Inst.* 4.48. *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*.

nental de las fuentes romanas (8). El valor afectivo o sentimental es el excedente que el interesado está dispuesto (o estaría dispuesto) a pagar. Para WACKE, JAVOLENO D.38,2,36 (*8 epist.*), muestra claramente la contraposición entre el valor comercial y el valor sentimental o afectivo. El interés de afección es, por lo tanto, un interés personal (*interesse singulare*). Es verdad que la cuantificación del interés de afección en caso de indemnización es dificultosa, pero ello no implica que el contenido de una obligación deba ser solamente un interés pecuniario; un interés ideal también es suficiente y puede ser contenido de un contrato. El interés de afección es un interés relativo desde el momento en que una persona le puede dar a una cosa un valor mayor que otras personas.

En los contratos *stricti iuris* cuando el acreedor tenía intereses no patrimoniales éstos no recibían ninguna tutela por parte del ordenamiento jurídico romano. Por el contrario, donde sí que se protegían intereses no patrimoniales era en los contratos *bonae fidei*, en los que se solía utilizar una *stipulatio poenae* para asegurar el cumplimiento de intereses extrapatrimoniales, e incluso cuando hubiera simples pactos (*citra stipulationem*) también se protegían intereses no económicos del acreedor.

Por lo que respecta al interés del acreedor, a su patrimonialidad, cabe decir, a la vista de lo expuesto en varios textos de PAPINIANO, D.18,7,7 (*10 quaest.*) y D.18,7,6 *pr*.-1 (*27 quaest.*), que cuando el acreedor tiene un interés no patrimonial en la prestación, sólo se acepta una valoración pecuniaria por el incumplimiento en caso de que sea un interés socialmente admitido, no reprobable y tutelado jurídicamente. Del examen de los tres fragmentos papinianeos se concluye que tanto en los contratos *stricti iuris* como en los contratos *bonae fidei*, aquéllos habiendo *stipulatio poenae*, éstos sin *stipulatio poenae*, la prestación sirve para satisfacer intereses no patrimoniales, es decir, simplemente morales.

Los tres textos papinianeos giran en torno a la venta de esclavos con las condiciones de no desterrar o no prostituir. Ello nos permite reiterar que la prestación en sí misma siempre será pecuniaria aunque satisfaga intereses morales, pero con la condición de que és-

(8) *Vid.* WACKE, A.: "El interés de afección: Hoy y en el derecho romano", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXII, 2009, 515-539.

tos sean socialmente no reprobables. Se observa que la prestación pecuniaria que satisface intereses morales entra en funcionamiento como valoración indirecta de la prestación original, es decir, como una indemnización que repara el objeto de una obligación incumplida. Así pues, si se acuerda no prostituir, no desterrar, y de ese modo se cumple por el obligado, la prestación se cumple tal cual sin tener que recurrir a una valoración económica, por el contrario, si las prestaciones acordadas se incumplen, éstas se convierten en pecuniarias al servir de resarcimiento al interés extrapatrimonial no cumplido, o lo que es lo mismo, la prestación se convierte en un valor económico.

Una vez analizado brevemente (9) el origen romano de la patrimonialidad de la prestación, vamos a abordar la cuestión en nuestro derecho patrio, haciendo especial hincapié en que si bien nuestro Código Civil a día de hoy no recoge el requisito como necesario, sí lo será en un futuro si sale adelante la Propuesta de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, porque así constará en su articulado. Es verdad que la doctrina y la jurisprudencia españolas hasta época reciente no se habían preguntado si la prestación debía tener necesariamente o no carácter patrimonial, por ello, afirma LACRUZ BERDEJO (10), el problema se introdujo en la doctrina española como eco tardío de una controversia entre romanistas. Si esta afirmación es cierta, que lo es, los romanistas debemos sentirnos orgullosos por haber propiciado un debate doctrinal entre civilistas cuyo acuerdo, por cierto, comienza a ser casi unánime y con claros signos de haber llegado a un consenso doctrinal.

Nuestra doctrina civilística mayoritaria se puede encuadrar en la conocida como teoría intermedia, que predica la necesidad de distinguir entre la prestación en sí misma considerada y el interés del acreedor a la prestación, lo que supone un claro abandono de la

(9) Más detalles en MURILLO VILLAR: "Notas sobre la patrimonialidad de la prestación en derecho romano", *cit.*, 391 ss.; CUENA BOY, F. J.: "La prestación y sus requisitos", en *Derecho romano de obligaciones*, Homenaje al Prof. J. L. Murga, Madrid, 1994, 116 ss.; SILVA SÁNCHEZ: *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial. (En el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna)*, *cit*.

(10) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones I. Parte general. Delito y cuasidelito*, Barcelona, 1977, 34.

tradicional tesis de SAVIGNY, que defendía como requisito de la prestación su patrimonialidad en sentido estricto. E, igualmente, aunque algunos civilistas la sigan, también se halla superada la teoría que defiende que es suficiente con que la obligación represente un interés digno de protección, negando que la prestación tenga que ser necesariamente patrimonial y poseer una valoración económica.

Entiende la mayoría de la doctrina patria, al igual que muchos romanistas, que la prestación en sí misma considerada es siempre patrimonial, entendiendo por tal que la prestación siempre ha de ser valuable en dinero, y que la prestación debe representar un interés digno de protección, sea o no patrimonial. El CC español no exige en sus disposiciones de las obligaciones el requisito de la patrimonialidad, y menos aún en el conjunto de disposiciones que regulan la vida de la obligación. Cuando los defensores de la teoría mayoritaria se refieren a la patrimonialidad de la prestación, no entienden ésta en sentido estricto como SAVIGNY, sino como prestación que por vía directa o indirecta, en caso de incumplimiento, sea susceptible de una valoración económica; sólo en este sentido se entiende patrimonialidad de la prestación, y el ejemplo más claro se encuentra en el supuesto de resarcimiento de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de una prestación, pues se está convirtiendo en pecuniaria una prestación que posiblemente no tuviera ese carácter. En definitiva, siguiendo a ESPÍN (11), entendemos por susceptible de valoración que se pueda hallar el equivalente económico.

Actualmente todo se puede valorar en dinero, cosa distinta es que los criterios de valoración sean los más apropiados, o que la valoración sea exacta. Todo se puede convertir en dinero, aunque no sea el modo más perfecto de dar satisfacción a un incumplimiento. Siempre es posible buscar una equivalencia entre los resultados del cumplimiento voluntario de la obligación y los resultados vía indemnización pecuniaria en caso de incumplimiento.

Como ya se ha dicho, el CC español de forma expresa no exige la patrimonialidad de la prestación, pero sí deja entrever su posibilidad desde el momento de que en caso de incumplimiento sea susceptible de valorarse en dinero. El artículo 1911 del CC dice: "*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus*

(11) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de derecho civil español III. Obligaciones y contratos*, 5.ª ed., Madrid, 1978, 42.

bienes, presentes y futuros". El Código no precisa si el contenido de esas obligaciones debe ser patrimonial o no, de él sólo puede deducirse que cuando esas obligaciones se incumplan, en vía de indemnización la prestación será patrimonial, porque será necesario valorarla en dinero para su satisfacción. Cuando un deudor no cumpla una prestación responderá con su patrimonio, con lo cual la prestación será patrimonial (susceptible de valoración), y la única satisfacción de la prestación que va a recibir el acreedor es patrimonial; es decir, una prestación que por su naturaleza sea incoercible, por ejemplo, una prestación de hacer, sólo podrá ser sometida a ejecución forzosa a expensas del patrimonio del deudor (12). O lo que es lo mismo, la sanción por incumplimiento hace susceptible de valoración la prestación (13).

En idéntico sentido puede interpretarse el artículo 1101 del CC, por cuanto deberá producirse una indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación por dolo, negligencia o morosidad, o cuando de cualquier otro modo se contravenga el tenor literal de la obligación. Por consiguiente, según lo previsto en el artículo 1101 puede haberse acordado una prestación no pecuniaria, ¿qué ocurre si esa prestación no se cumple?, pues que habrá una indemnización de daños y perjuicios, es decir, en el fondo se está valorando la prestación no cumplida, se está valorando en dinero, en consecuencia, toda prestación es patrimonial porque es susceptible de valorarse económicamente.

Si a esta argumentación sumamos que nuestro CC además de no exigir la patrimonialidad de la prestación, permite que la misma sea no patrimonial, ciertamente, y desde un plano práctico, estas prestaciones, cuando en ellas no quepa la ejecución coactiva en forma específica, la única medida para su satisfacción será por medio de una indemnización pecuniaria; es más, si se hubiera estipulado una contraprestación o una cláusula penal, como con frecuencia ocurría en derecho romano, queda más clara la susceptibilidad económica de una prestación no patrimonial.

La teoría mayoritaria en la doctrina patria defiende que la prestación también debe representar un interés para el acreedor, inte-

(12) Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Obligaciones y contratos,* 5.ª ed., Madrid, 1978, 359.

(13) Lacruz Berdejo *et alii*, *Elementos II, I, cit.*, 84.

rés que desde luego no tiene por qué ser pecuniario, puede ser de cualquier otra índole (moral, religioso, humanitario, espiritual, etc.). En este punto no insistiremos porque todos los autores están de acuerdo en que nuestro ordenamiento protege intereses extrapatrimoniales. Por ello, dice DÍEZ-PICAZO (14), no podemos negar la protección del ordenamiento jurídico en el campo de las obligaciones a los intereses que se encaucen a través de prestaciones de imposible valoración económica directa. Es decir, que si se negara la validez de una obligación por faltarle contenido económico, se estaría limitando arbitrariamente la autonomía de la voluntad y se estaría dejando sin protección jurídica un importante elenco de deberes extrapatrimoniales capaces de cumplimiento voluntario. Por ejemplo, dice el autor citado, el deber de guardar secreta la filiación verdadera de una persona, asumido por contrato, por quien, en otro caso, no tendría obligación de reservar la noticia: no cabría su ejecución forzosa, pero su infracción permitiría reclamar daños [daños morales (15)], aunque no se haya producido perjuicio económico. En definitiva, la no indemnizabilidad o no evaluabilidad no es motivo suficiente para excluir del campo del derecho de obligaciones aquellas que tienen por objeto una prestación extrapatrimonial, y ello porque siempre será posible hallar cierta equivalencia entre el daño moral causado y la cantidad pecuniaria acordada que sirva para eludir el cumplimiento por parte del obligado.

El interés del acreedor, abstraído de la prestación, cuenta como elemento de la obligación en cuanto que según la protección o no que merezca ese interés la prestación recibirá el mismo resultado. Por consiguiente, es evidente que el interés del acreedor acompaña a la prestación, al menos en las fuentes romanas así se demuestra; también es evidente que las prestaciones se acordaban y variaban en muchos casos según el interés del acreedor, e igualmente una prestación quedaba sin efecto por ir acompañada de un interés reprobable.

El principal problema de la teoría mayoritaria reside en especificar qué se entiende por interés del acreedor a la prestación. Con esta

(14) DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias,* 6.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2008, 109.

(15) *Vid.* MARTÍN CASALS, M. – SOLÉ FELIU, J.: "El daño moral", en *Derecho Privado Europeo* (coord. CÁMARA LAPUENTE, S.), Madrid, 2003, 857-881.

expresión nos estamos refiriendo a que el acreedor persigue con la prestación una utilidad, un provecho, la obtención de un bien, es decir, el interés del acreedor va dirigido a que la prestación le procure un bien, un bien que no necesariamente tiene que ser material, sino que puede ser también espiritual, de ahí que según el tipo de bien que se quiera obtener se hable de interés del acreedor patrimonial, o interés del acreedor extrapatrimonial. Sea cual fuere el tipo de interés del acreedor, siempre deberá ser digno de protección.

Desde un punto de vista práctico el problema de la patrimonialidad de la prestación está superado. Nadie duda de que nuestro sistema jurídico protege aquellos intereses tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que sean lícitos. Tampoco duda nadie de que la prestación, desde un punto de vista práctico, es siempre patrimonial, si se entiende por este concepto el que sea susceptible de valoración pecuniaria. Así lo entiende ALBALADEJO cuando expone que "huelga toda disquisición sobre la patrimonialidad de la prestación, porque habría que decir que patrimonial lo es toda obligación, bien porque lo es de verdad, bien porque la hace patrimonial, aunque no lo sea, la fijabilidad por el Tribunal de una cifra de dinero para valorar (aunque al caso no le sea aplicable la medición en dinero) la responsabilidad del deudor que no cumple" (16). O como dice DÍEZ-PICAZO (17), en la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios determinan un sacrificio de idéntica naturaleza, puede decirse que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial. Es decir, si la prestación es de *dare,* los bienes siempre poseen valor económico, pero si la obligación es de *facere* o *non facere*, también los servicios o las omisiones, en cuanto determinan un sacrificio económico, poseen valor económico.

Ahora bien, desde un punto de vista teórico la cuestión de la patrimonialidad de la prestación parece más difícil de resolver. Las disputas en el plano teórico provienen de que en nuestro ordenamiento no existe una regulación expresa de esta materia, y al querer adaptar al campo de las obligaciones la teoría del contrato surgen algunos desajustes, desajustes que no existirían si en el CC hubiera

(16) ALBALADEJO, M.: *Derecho civil II. Derecho de obligaciones I. La obligación y el contrato en general*, 7.ª ed., Barcelona, 1983, p. 30.

(17) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias, cit.,* 111.

una regulación tan clara como la del CC italiano de 1942 en su artículo 1174 (18):

"*La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*".

Esta fórmula legislativa italiana distingue claramente entre la prestación considerada en sí misma, que constituye el objeto de la obligación, y para la cual se establece la necesidad de ser susceptible de una valoración económica, y la correspondencia de la prestación misma a un interés, respecto del cual la ley explícitamente afirma que puede no ser patrimonial en los términos actualmente usuales, sino incluso puramente moral (19). Este artículo 1174 del CC italiano recoge de una forma insuperable la regulación de la materia no sólo en las fuentes romanas y su interpretación por la teoría romanista dominante, sino también en nuestro derecho vigente, tanto desde un punto de vista práctico como incluso teórico. Todo ello ha quedado perfectamente reflejado en el artículo 26 del Código Europeo de Contratos (CEC), como seguidamente veremos.

No obstante, y antes de abordar la posible futura regulación común europea, nos vamos a detener en otra futura regulación que afecta a nuestro propio Código Civil y que es preciso señalar. Se dice en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, que algunos países de lo que se suele llamar nuestro entorno han sentido la necesidad de poner al día su propia regulación y en cierta medida de colocarla en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos. Este ha sido muy especialmente el caso de la República Federal de Alemania con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001,

(18) Artículo 1174 CC italiano: "*La prestación que es objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés del acreedor, aunque no sea patrimonial*".

(19) Betti, E.: *Teoría general de las obligaciones I* (trad. esp.), Madrid, 1969, 52 ss. *Vid*. Trabucchi, A.: *Instituciones de derecho civil II*, 15.ª ed. (trad. esp.), Madrid, 1967, 10 ss.

que ha introducido muy profundas variaciones en el Código Civil de aquel país, y con similares movimientos que se perciben en la República francesa y en algunos otros países europeos.

Así, en la mencionada Propuesta de Modificación, es toda una novedad la inclusión de una referencia al interés del acreedor, pues el artículo 1088 del CC español, de prosperar la Propuesta de la Comisión General de Codificación, constará con la siguiente literalidad (20):

Artículo 1088.- En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor.

Sin duda, este precepto recoge el sentir doctrinal mayoritario, pues se busca, y así sucedía ya en derecho romano, que la prestación, es decir, el comportamiento del deudor, satisfaga un interés legítimo del acreedor. No se entra en la exigencia formal de la pecuniariedad de la prestación, pues se precisa que ésta satisfaga un interés del acreedor aunque no tenga contenido económico; por consiguiente, es suficiente con que socialmente sea admitido, no reprobado por el colectivo social. Lo importante es que sea un interés del acreedor reconocido y protegido por el derecho, de tal modo que el acreedor tenga la facultad de exigirle a otra persona, el deudor, a través de un procedimiento judicial un comportamiento ajustado a derecho o su correspondiente indemnización.

Esta Propuesta de Modernización demuestra que junto con la licitud, la posibilidad y la determinación de la prestación, se necesita establecer un cuarto requisito: satisfacer un interés legítimo del acreedor. Podríamos buscar un término más sencillo, podríamos matizar que ese interés deba ser digno de protección, podríamos matizar por qué no se habla de interés del deudor, etc., pero no sería lo más importante; lo importante es que se está dando carta de naturaleza a un debate, si se quiere, teórico, pero que se arrastra desde los orígenes del derecho romano y que ojalá se plasme en

(20) El artículo 1088 del CC español vigente reza: "*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*".

nuestro Código Civil como ya existe en el Código Civil italiano, ambos de raíz romanística.

Por lo que respecta a la legislación internacional, señalaremos brevemente, amén del caso italiano ya indicado, la regulación argentina, costarricense y portuguesa.

El artículo 1169 del Código civil argentino dispone:

La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria.

Según este artículo la prestación deberá ser siempre susceptible de apreciación económica. El precepto romano inspirador de este artículo fue D.40,7,9,2, si bien, como ya hemos dicho *supra*, la frase: *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt,* está descontextualizada. VÉLEZ SARSFIELD, en su nota a este artículo dice que "*si la prestación objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría éste autorizado a pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no sería suficiente para darle una acción, a menos que la estipulación determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral*".

Por consiguiente, según el codificador argentino, además del valor pecuniario del objeto considerado en sí mismo, tiene que haber un interés económico actual del acreedor. No obstante, la doctrina ha censurado esta visión excesivamente materialista y entiende que para la validez del contrato es indiferente el interés puramente subjetivo del acreedor. La cuestión ha quedado resuelta con la modificación que introdujo la Ley 17.711 en el artículo 522 del CC argentino al disponer que "*en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado*". De este modo el ámbito del contrato no queda restringido a los intereses puramente patrimoniales, y el interés del acreedor puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial, de contenido moral.

El Código Civil de Costa Rica también recoge expresamente el requisito de la patrimonialidad en su artículo 630:

Es ineficaz la obligación cuyo objeto no pueda reducirse a un valor exigible, o no esté determinado ni pueda determinarse.

Entiendo que esta regulación encaja en esa línea de exigencia absoluta de patrimonialidad del interés del acreedor, semejante a lo establecido en el código argentino, y sin duda influido por la interpretación romana de D.40,9,7,2 de que *la obligación sólo puede consistir en lo que se puede pagar en dinero.*

Frente a estas regulaciones argentina y costarricense, y en el mismo sentido del CC italiano, se manifiesta el CC portugués en su artículo 398,2: *A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal.* Es decir, que la prestación no necesite tener valor pecuniario *ab initio* significa que puede ser algo de tipo inmaterial, afectivo o espiritual, pero eso sí, debe servir a un interés digno de protección legal. Entre los juristas españoles no existe acuerdo a la hora de enmarcar la disposición portuguesa en alguna de las teorías existentes; mientras para Santos Briz (21) este artículo se adscribe resueltamente en la teoría intermedia porque "de que la prestación no necesite tener valor pecuniario no puede deducirse que no sea susceptible de valuación económica", Castán (22) mantiene una opinión contraria, ya que adscribe el artículo portugués a la doctrina de la no patrimonialidad de la prestación. Decir que "*la prestación… debe ser susceptible de valoración económica*" (art. 1174 CC italiano) y que "*la prestación no necesita tener valor económico*" (art. 398 CC portugués), son dos maneras de exigir lo mismo, pero, eso sí, atendiendo a momentos diferentes en el desarrollo de la obligación: en caso de incumplimiento (CC italiano), en su origen (CC portugués), si bien ambos ordenamientos coinciden en que lo importante es la satisfacción de un interés del acreedor, aunque no sea patrimonial, pero sí al menos digno de protección.

A medida que se avanza en la consolidación efectiva de la Unión Europea se observa la urgente necesidad de superar la dispersión

(21) Santos Briz, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños*, Madrid, 1975, 30.

(22) Castán, J.: *Derecho civil español, común y foral III. Derecho de obligaciones*, 14.ª ed., Madrid, 1986, 70, n. 2.

legal de los distintos sistemas normativos de los Estados que la conforman. Un ejemplo muy representativo es el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (CEC), que se enmarca en la tendencia de unificación legal perseguida a lo largo de todo el siglo veinte y que esperemos se consolide en el veintiuno. Dicho Anteproyecto (23) tiene como fin primordial superar las diferencias y contrastes de los distintos ordenamientos europeos al objeto de conseguir una eficacia real.

A lo largo de todo el proceso de elaboración del Código Europeo de Contratos (24) se ha puesto de manifiesto la necesidad de huir de la artificiosidad y buscar, por el contrario, unas bases comunes que permitan aunar a los distintos sistemas. Por inverosímil que parezca, amén de mantener como estandarte el principio de la autonomía de la voluntad, propio de todos los ordenamientos europeos, destaca el reconocimiento unánime del origen e influencia del derecho romano y de su proyección histórica en prácticamente todos los sistemas de derecho privado que ahora se pretenden unificar (25). Dicha influencia se produce irremediablemente porque el mencionado Código Europeo de Contratos se ha elaborado por una Comisión de juristas sobre los que pesa, lo quieran o no, una importante formación romanística, e incluso alguno ha sido romanista de reconocido prestigio, como F. Wieacker.

Por otro lado, se ha tomado como punto de referencia y auxilio de las discusiones el Código Civil italiano, concretamente su libro 4.º, a propuesta del profesor G. Gandolfi, para proceder a plasmar, modificar, corregir o ampliar todo lo que sea necesario. Pues bien, lo que resulta innegable es que el Código Civil italiano es de base romanística, por ello el lenguaje, los términos y los conceptos van a ser comunes a la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos euro-

(23) Puede verse en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 4, 2001, pp. 713-804 y en *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía) I*, Comentarios en homenaje al Prof. D. J. L. de los Mozos, Madrid, 2003, 43-128.

(24) *Vid.* Vattier Fuenzalida, C.: "El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía", en ADC, tomo LXI, 2008, fasc. IV, 1841 ss. Pérez López, X.: "Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, 555-574.

(25) *Vid.* Actes du colloque "*Droit romain et identité européenne*" en RIDA, Supplément au tome XLI, 1994.

peos, ya que el repertorio de conceptos básicos del derecho privado europeo tradicionalmente procede del derecho romano. Asimismo, la jurisprudencia romana nos enseñó que el jurista debe apegarse a la resolución del problema concreto liberándose en la medida de lo posible de los excesos teóricos, por ello es loable que el Código Europeo de Contratos busque soluciones prácticas, prescindiendo de los grandes enunciados dogmáticos.

Evidentemente, los codificadores no solamente se apoyan en los códigos de la Europa continental, principalmente en el italiano, sino que además tienen en cuenta la codificación del derecho de contratos vigente británico representado en el *Contract Code* del profesor McGregor, pues el objetivo, no se olvide, es superar la dualidad del *civil law* y el *common law* para obtener una unificación efectiva sobre el pluralismo legal en materia de obligaciones y contratos, a la vez que se tratan de soslayar las dificultades de su aplicación en los países miembros de la Unión. En definitiva, se observa que todo el conjunto de juristas (civilistas) que han participado en la elaboración del Anteproyecto, han aportado como propio todo aquello que han recibido de la cultura jurídica en que se han formado y que, sin duda, para una buena parte de ellos es de base romanística.

Llegados a este punto se observa que con la elaboración del Código Europeo de Contratos se está consolidando la vieja tendencia de no romper con la influencia de la historia en el proceso de formación del derecho europeo. Nos encontramos, pues, ante una manifestación tardía de todo el proceso codificador que comenzó allá en el siglo diecinueve, continuó en el veinte, y ahora, también, en el veintiuno con carácter supranacional (26). Este proceso viene a confirmar aquel otro que comenzó con la compilación del derecho privado romano en el *Corpus Iuris Civilis*, su posterior estudio por los glosadores, comentaristas, humanistas, racionalistas, etc. hasta llegar a la Pandectística y a la Escuela Histórica alemana y posteriores codificaciones civiles europeas.

Al objeto que nos ocupa, el Código Europeo de Contratos establece las condiciones relativas al contenido del contrato en el artículo 25, que reza con el siguiente tenor literal:

(26) Vela Sánchez, A. J.: "La sede normativa del Derecho Civil común: Los estragos de la descodificación", en ADC, tomo LX, 2007, fasc. III, 1257-1293.

"*El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito, determinado o determinable*".

En el artículo 26 se define qué se entiende por contenido útil:

"*El contenido del contrato es útil cuando corresponde a un interés aún no patrimonial de las dos partes o al menos a una de ellas*".

Es evidente que la base sobre la que se sustenta el artículo 26 del Código Europeo de Contratos es el artículo 1174 del Código Civil italiano. Qué deba entenderse por contrato útil es un concepto bastante poco claro por no decir que nos encontramos ante un nuevo concepto jurídico indeterminado. Si acudimos al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* nos encontramos con dos acepciones muy significativas. En primer lugar, dice que útil es "*Que trae o produce provecho, comodidad, fruto o interés*", es decir, tiene una clara connotación patrimonial o económica; y en un segundo lugar dice: "*Que puede servir y aprovechar en alguna línea*", es decir, también es útil aquello que aprovecha aunque no sea directamente patrimonial o pecuniario. Por lo tanto, algo es útil dependiendo del interés que tenga una o ambas partes en el objeto contractual, de tal modo que si el interés es patrimonial el contenido del contrato es patrimonial, y si no es patrimonial porque es un interés moral, afectivo o de otro tipo, también será útil si bien en principio no valuable económicamente.

Por consiguiente, el Código Europeo de Contratos soluciona la cuestión del necesario cuarto requisito del contenido del contrato con su inclusión, pero no lo resuelve acertadamente con el término útil. Autores como Martínez de Aguirre (27) no profundizan en esta cuestión pero entienden que quizás antes que útil debiera decir "digno de protección", sin confundir con su licitud o ilicitud. Ahora bien, el interés que tengan las partes en la conclusión del negocio es algo tan íntimo, tan reservado que salvo que explícitamente se

(27) Martínez de Aguirre, C.: "Notas sobre las «condiciones relativas al contenido» del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)", en *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía) I*, Comentarios en homenaje al Prof. D. J. L. de los Mozos, Madrid, 2003, 181 ss.

manifieste, es casi imposible saber, pues a nadie puede obligársele a exteriorizar o manifestar el porqué concluye un negocio.

Es evidente, como bien dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que con el proyectado artículo 26 se introducen dos novedades importantes, por un lado, el requisito específico de la utilidad, y, por otro, la desaparición de la patrimonialidad como requisito específico de la prestación, algo que la mayoría de la doctrina española aceptaba. Por consiguiente, dice el mencionado autor, no parece que nuestro derecho se viera afectado en caso de eventual aprobación de un precepto como el recogido en el artículo 26 del CEC. Sin duda, dice STEIN, la innovación que supone introducir el requisito de la utilidad busca valorar la admisibilidad de las intenciones perseguidas por las partes. Se trata de una norma que subraya la función social del contrato, pues las partes no quieren obrar en el vacío, sino regular normativamente sus intereses, creando una situación nueva que comprende la utilidad, no exclusivamente patrimonial, de las partes o al menos de una de ellas (28).

Afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE (29) que si bien se omite que el interés útil de una o ambas partes tenga que ser digno de protección, nadie duda de que debe tratarse de una presunción *iuris tantum*, de tal modo que habrá que presumir que el interés es *digno de protección* mientras no se pruebe lo contrario. Por lo demás, entiende el autor, añadir la coletilla "digno de protección" no hubiera resuelto nada y habría complicado la interpretación del precepto con otro concepto jurídico indeterminado que sumar a los ya de por sí poco claros de utilidad e interés.

Quizás, entiendo, sea más elocuente la propuesta de la Comisión General de Codificación cuando propone introducir en la Modernización del CC español, visto *supra*, la coletilla "*interés legítimo del acreedor"*. El recurso al término útil, a la utilidad, no es nuevo, tanto en el derecho romano como en el actualmente vigente se usa con cierta frecuencia, ya sea para distinguir la utilidad pública de la privada, de la comunal, siempre en el sentido de elemento favorable o

(28) STEIN, P.: "Norme fondamentali: in tema di acordó, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel «Codice Europeo dei contratti»", en *Rivista di Diritto Civile*, 53 (núm. 2 marzo-aprile), 2007, 233.

(29) MARTÍNEZ DE AGUIRRE: "Notas sobre las «condiciones relativas al contenido» del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)", *cit*., 182.

beneficioso para alguien. El servirse del término *útil* en el artículo 26 del CEC es una reminiscencia romana, que se plasmó en las responsabilidades derivadas del incumplimiento tanto del contrato como de alguno de sus requisitos, porque ya sea en un caso o en otro habrá de gradarse la responsabilidad de la parte incumplidora.

Si se exige que el contrato sea *útil* si responde a un interés aun no patrimonial de ambas partes o al menos de una de ellas, implícitamente se está estableciendo un criterio de responsabilidad. Baste recordar que en derecho romano los criterios para medir la responsabilidad contractual fueron el dolo, la culpa y cuando había que poner una diligencia especial se respondía por custodia (30), sin olvidar que en determinadas relaciones contractuales, especialmente en los contratos bilaterales imperfectos, también se tenía en cuenta la *utilitas contrahentium*, que refleja el interés de las partes en el contrato y en cuya virtud la parte que recibe menos ventajas, o incluso ninguna, se la trataba con menor rigor que a la parte más beneficiada. Por consiguiente, la *utilitas* habrá de entenderse en el sentido de proporcionar una ventaja a una o ambas partes, proporcional al mayor o menor interés de cada parte en la relación jurídica, y servirá para valorar la imputabilidad del deudor en aquellos casos en que la relación obligatoria procure un interés (*útil*) al acreedor o al deudor (31).

Si desde la jurisprudencia clásica el criterio de la utilidad (*utilitas contrahentium*) jugó un papel decisivo en la delimitación de la responsabilidad de los deudores (32), no debe sorprendernos que en la más moderna propuesta de codificación europea de contratos, en la que subyace, no se olvide, una gran impronta romanística, se recupere el criterio de la utilidad y se establezca como requisito de los contratos, fundamentalmente para poder establecer la responsabilidad de las partes en caso de incumplimiento.

En definitiva, al igual que el prestigioso historiador italiano Paolo Grossi (33) veía de forma imaginaria al *Code Civil* napoleónico como

(30) D.50,17,23 (*Ulp. 29 ad Sab.*).

(31) *Vid*. Betti, E.: *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 55 ss.

(32) *Vid*. Domínguez López, E.: *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, 67 ss.

(33) Grossi, P.: *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*

un palimpsesto jurídico, podríamos afirmar lo mismo del Código Europeo de Contratos, por cuanto si por palimpsesto entendemos el "manuscrito antiguo que conserva huellas de una escritura anterior borrada artificialmente", podría decirse que en este Proyecto, concretamente en la cuestión analizada, las disposiciones jurídicas que subyacen y que artificialmente se han querido borrar, encontramos el derecho romano en su máximo esplendor. Por tanto, podríamos denominar "efecto palimpsesto" a la regulación jurídica actual y también la futura, si se mantiene la propuesta, con evidentes reminiscencias romanísticas, dado que es posible ver las huellas de la antigua regulación romana.

En conclusión, resta meridianamente clara la influencia romana en el llamado cuarto requisito de la prestación (patrimonialidad o cualesquiera otra forma de denominación), que en derecho español no se contemplaba como requisito, y es la propia doctrina quien, en caso de prosperar la Propuesta de reforma elaborada por la Comisión General de Codificación, quiere incluirlo desde el principio del Libro IV del Código Civil (*De las obligaciones y contratos, Título I, De las obligaciones, Capítulo I, Disposiciones generales*), artículo 1088: "*La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor*". Exactamente lo mismo sucede en el proyectado Código Europeo de Contratos al poner en igualdad de condiciones, si no más importante de tener en cuenta el lugar que ocupa en la redacción, el requisito de la utilidad, cuando establece que: "*El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito, determinado o determinable*" (art. 25 CEC). Vistas ambas propuestas, podría decirse que la prestación, para que sea válida, deberá ser, además de útil por satisfacer un interés legítimo, lícita, posible, determinada o, al menos, determinable.

(traducción y "Prólogo para civilistas" de A. M. López y López), Madrid, 1992, 123 ss.

LA EXCLUSIÓN DE LA PRÓRROGA FORZOSA EN LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 9.3 LAU

Javier Nanclares Valle
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Navarra

SUMARIO

1. EL NUEVO TEXTO LEGAL Y SU PROCESO DE ELABORACIÓN

2. EL SENTIDO DE LA REFORMA

3. LA CONSTANCIA EXPRESA DE LA NECESIDAD DE VIVIENDA: LA INEXPLICABLE DESATENCIÓN DEL LEGISLADOR A UN CONCEPTO CUESTIONADO
   - 3.1. Evolución legal de las excepciones a la prórroga forzosa
   - 3.2. ¿Necesidad causalizada o necesidad genérica?
     - 3.2.1. Necesidad causalizada
     - 3.2.2. Necesidad genérica
     - 3.2.3. Análisis crítico de ambas posiciones
     - 3.2.4. Valoración personal

4. LA REFORMA DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 9.3 LAU: DE LO MEJORADO A LO MEJORABLE, PASANDO POR LO AÚN PENDIENTE
   - 4.1. Modificaciones correctamente abordadas
   - 4.2. Modificaciones abordadas pero discutibles
   - 4.3. Cuestiones dejadas sin tratar

1. EL NUEVO TEXTO LEGAL Y SU PROCESO DE ELABORACIÓN

La Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, ha reformado el siempre discutido artículo 9.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que queda redactado del siguiente modo:

"3. No procederá la prórroga obligatoria del contrato cuando, al tiempo de su celebración, se haga constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí *o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial*.

Si transcurridos tres meses a contar de la extinción del contrato *o, en su caso, del efectivo desalojo de la vivienda*, *no hubieran procedido el arrendador o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial a ocupar ésta por sí, según los casos, el arrendador* deberá reponer al arrendatario en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo período de hasta cinco años, *respetando, en lo demás, las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción*, con indemnización de los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación, o indemnizarle, a elección del arrendatario, con una cantidad igual al importe de la renta por los años que quedaren hasta completar cinco, *salvo que la ocupación no pudiera tener lugar por causa de fuerza mayor*" (1).

La heterogeneidad en el contenido de la Ley, que regula desde la supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos de vivienda hasta la repercusión sobre el régimen de propiedad horizontal de la instalación de puntos de recarga de vehículos eléctricos para uso privado, es el resultado de un proceso de elaboración legislativo en cuya tramitación parlamentaria se fusionaron dos propuestas legis-

(1) Las frases en cursiva son aquellas que han sido introducidas por el legislador en el texto hasta ahora vigente.

lativas diversas: de un lado, el Proyecto de Ley 121/000016, de medidas de fomento del alquiler de viviendas y la eficiencia energética de los edificios (2); y de otro, la Proposición de Ley Orgánica 122/000010, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en orden a una mayor agilidad de los desahucios por falta de pago, y de ayuda a situaciones de alta vulnerabilidad social (3).

Por Acuerdo de la Presidencia de la Cámara (4), ambas iniciativas fueron objeto de tramitación conjunta en un texto único, dando lugar a un nuevo Proyecto de Ley de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios (expediente número 121/000031), del cual se desglosaría el artículo primero de la Proposición de Ley Orgánica (relativo a la modificación de los arts. 547 y 549 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) para su tramitación separada como Ley Orgánica.

Dejando al margen las modificaciones introducidas en la Ley de Propiedad Horizontal, por no ser objeto de este comentario, y las reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo análisis detallado corresponde a la doctrina procesalista, quiero centrarme ahora en el artículo primero de la Ley 19/2009 y en el nuevo enunciado que se da en él al artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos.

2. EL SENTIDO DE LA REFORMA

El preámbulo de la Ley, tras ensalzar las ventajas (innumerables, en opinión del legislador) que ofrece el alquiler de viviendas, constata con tanto pesar como moderado optimismo que ha existido una preferencia generalizada por la vivienda en propiedad y que sólo en los últimos años comienza a apreciarse un incremento comparativa-

(2) BOCG, Congreso de los Diputados, número 16-1, 19 de diciembre de 2008.

(3) Proposición de Ley Orgánica planteada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, número 28-1, 11 de abril de 2008.

(4) BOCG, Congreso de los Diputados, número 16-8, 3 de julio de 2009.

mente superior en el número de personas que acceden a una vivienda en régimen de alquiler. Para paliar esta situación, se proclama la necesidad de medidas de estímulo dirigidas no sólo a "ayudar a las familias de menor capacidad económica a hacer frente a los pagos de las rentas arrendaticias y favorecer la emancipación de los jóvenes", sino también a "fortalecer la seguridad jurídica de las partes y a fomentar el incremento de la oferta en el mercado del alquiler". A la consecución de este último objetivo se orientan los artículos 1 y 2 de la Ley 29/2009, que establecen normas sustantivas y procesales, respectivamente, dirigidas a hacer más atractiva la colocación de viviendas en alquiler y, por tanto, a elevar la oferta de las mismas en el mercado inmobiliario.

Centrándonos en la norma sustantiva objeto de este comentario, con la reforma del artículo 9.3 LAU se persigue, en palabras del Preámbulo, "ampliar los supuestos en que no procede la prórroga obligatoria del contrato, de tal modo que se extiende a aquellos casos en que el arrendador tenga necesidad de ocupar la vivienda para sus familiares en primer grado, es decir, para los padres y los hijos o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial, siempre que así se haya hecho constar expresamente en el contrato para evitar fraudes y preservar la necesaria seguridad jurídica". Esta última afirmación resulta relevante, pues pone de manifiesto que lo que para el legislador español sería fraudulento y generaría inseguridad sería invocar una situación de necesidad que no estuviese recogida expresamente en el contrato. De todos modos, no se termina de ver en qué consistiría esa inseguridad jurídica, pues si la cobertura de las situaciones de necesidad del arrendador fuese una imposición legal (como sucedía en el TRLAU 1964), nada tendría que alegar el arrendatario, salvo la inexistencia misma de la necesidad; y no siendo una imposición legal sino una mera posibilidad dejada ex artículo 6 *in fine* LAU a la libertad de pacto, su ausencia determinaría la improcedencia de excluir la prórroga forzosa legal.

Lo que parece claro es que si la reforma introducida en diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el artículo 2 tiene como propósito mejorar y agilizar los procesos de desahucio en beneficio del arrendador, "salvaguardando en todo caso los derechos y garantías que protegen al inquilino de buena fe", la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos persigue superar las reticencias de muchos propietarios a la hora de poner sus inmuebles en alquiler,

para lo cual se facilita la recuperación de la vivienda en caso de necesidad de ocupación mediante una ampliación del número de supuestos en los que el arrendador puede dejar sin efecto la prórroga legal forzosa. Dentro del movimiento pendular seguido por nuestro legislador en materia arrendaticia, el beneficiario directo de la protección legal es en este caso el arrendador, favoreciéndose sólo indirectamente a los arrendatarios, en la medida que un crecimiento de la oferta de viviendas en alquiler pueda contribuir a un abaratamiento del precio de los alquileres.

A mi parecer, la reforma legal va en la buena línea y responde a la necesidad real de modificar el insatisfactorio artículo 9.3 LAU. Lo que sucede es que es muy probable que la modificación del citado precepto resulte insuficiente y que en algunos puntos su enunciado pudiera haber sido mejorado.

Entremos, pues, en el análisis del nuevo texto del artículo reformado.

3. LA CONSTANCIA EXPRESA DE LA NECESIDAD DE VIVIENDA: LA INEXPLICABLE DESATENCIÓN DEL LEGISLADOR A UN CONCEPTO CUESTIONADO

Resulta llamativo que el legislador se haya limitado a reformar el ámbito subjetivo del artículo 9.3, esto es, quiénes son las personas que, por encontrarse en situación de necesidad de vivienda, permiten al arrendador impedir la efectividad de la prórroga forzosa. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el funcionamiento de la denegación de la prórroga forzosa no es ni mucho menos una cuestión pacífica en la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales, siendo también muy discutida por la propia doctrina científica.

3.1. EVOLUCIÓN LEGAL DE LAS EXCEPCIONES A LA PRÓRROGA FORZOSA

En el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, las excepciones a la prórroga forzosa se encontraban previstas en los artículos 62.1 y 63 a 69, que diseñaban un régimen legal con pretensiones de completitud. Dichas excepciones partían de la existencia de situaciones sobrevenidas de necesidad en las que el

legislador consideraba injusto que el arrendador tuviese que soportar el perjuicio de no poder ocupar él o sus parientes en línea recta la vivienda arrendada como consecuencia de una prórroga legal forzosa que, además, resultaba vitalicia (art. 57 TRLAU 1964).

La necesidad tenía que ser convenientemente probada, si bien existían supuestos en los cuales se presumía. En todo caso, no resultaba necesario hacer constar en el contrato de arrendamiento ninguna previsión expresa acerca de una eventual situación de necesidad.

Las normas citadas dieron lugar a una abundante jurisprudencia (5), pues proliferaron los pleitos entre arrendadores que decían estar en la situación de necesidad descrita por la norma y arrendatarios que alegaban la inexistencia de tal situación de necesidad o que admitían la concurrencia de esa necesidad pero no en el arrendador, sino en un pariente no incluido entre las personas tuteladas por los preceptos del texto legal de 1964 (v. gr. un hermano del arrendador). En una normativa exageradamente protectora del arrendatario, la posibilidad de denegar la prórroga era la única escapatoria con que contaba el arrendador para quitarse de encima la losa de la prórroga forzosa. Pese a todo, se le imponía la carga de tener que probar la existencia de una necesidad real, si bien es verdad que la previsión de unas presunciones legales en el artículo 63.2 suavizaba dicha carga.

La aprobación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, supuso una modificación radical en este panorama. La prórroga forzosa pasó a restringirse a un período máximo para el arrendador de cinco años y, por lo tanto, la supresión de la prórroga forzosa se hizo menos imprescindible (6). La prueba de

(5) *Vid*., a título de ejemplo, VALLADARES RASCÓN, E.: *La denegación de la prórroga forzosa por necesidad de la vivienda en la Jurisprudencia de las Audiencias*, Aranzadi Civil, vol. II, 1993, pp. 2513 y ss. (BIB 1993/132) o ALAMILLO SANZ, F. J.: *La denegación de prórroga forzosa de la ley de arrendamientos urbanos en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1991. Recientemente, MARTÍ MARTÍ, J.: *Extinción de los arrendamientos con prórroga forzosa*, Ed. SEPIN, Madrid, 2008.

(6) En opinión de GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 94 a 96, el artículo 9.3 complica las cosas enormemente y ve debilitada su justificación ante la temporalidad mínima que se establece para los actuales arriendos. MUNAR

ello es que en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno no se incluía ninguna referencia a la supresión excepcional de la prórroga forzosa, básicamente porque ni tan siquiera se preveía ésta, imponiéndose una duración mínima del contrato de arrendamiento de vivienda de cuatro años (7).

Fue en la fase de tramitación cuando el Dictamen de la Comisión (8) dio nueva redacción al artículo 9, estableciendo la libertad de pacto y la prórroga obligatoria por plazos anuales y hasta un máximo de cinco años. El Dictamen, recogiendo varias enmiendas propuestas por diversos grupos parlamentarios (9), propuso además introducir un nuevo apartado tercero, en el que se contemplaba, de forma bastante confusa, de un lado, la duración inferior a cuatro años cuando el arrendador demostrase fehacientemente necesitar habitarla personalmente; y de otro lado, la limitación del arrendamiento a la duración libremente pactada cuando se hubiese indicado en el contrato la necesidad de recuperarla el arrendador (para sí o para su cónyuge, ascendientes o descendientes). Tras ello, el Pleno del Congreso aprobó un texto muy similar al definitivo, si bien con la particularidad de que el artículo 9.3 propuesto no contaba con un párrafo segundo, que sería incorporado finalmente tras su paso por el Senado (10).

BERNAT, P. A.: "Notas sobre la duración de los contratos de arrendamientos de vivienda, surgidos con posterioridad a la LAU de 1994", en *Estudios sobre Arrendamientos Urbanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 175, considera que, tras la reforma de 1994, "sólo una circunstancia tremendamente acuciante, como es la necesidad de ocupar la vivienda el propio arrendador, permite que no juegue" una prórroga forzosa que hoy en día sólo llega a los cinco años.

(7) Proyecto de Ley 121/000041, publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 54-1, 21 febrero 1994. Tampoco se contenía referencia alguna a ello en el anterior Proyecto de Ley 121/000123, BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 123-1, 30 diciembre 1992, cuya tramitación se frustró al disolverse las Cortes en 1993.

(8) Dictamen de la Comisión de Infraestructuras y Medio Ambiente, BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 54-16, 8 julio 1994.

(9) Enmiendas 20 y 21 (Grupo Parlamentario Vasco-PNV y Grupo Mixto-EuE), BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 54-11, 20 junio 1994.

(10) Como se señala en el Mensaje Motivado emitido por el Senado al Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, "en el apartado 3 del artículo 9 se ha introducido una modificación en el texto del párrafo

El texto definitivo del artículo 9.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 responde a una finalidad clara, que no es otra que fomentar la salida al mercado de alquiler de un buen número de inmuebles que, sin la citada excepción a la prórroga forzosa, podrían quedar al margen del mismo (11).

Para valorar *a priori* la posible eficacia de las normas ha de tenerse en cuenta el contexto histórico y social en el que van a ser dictadas, así como también sus precedentes legales. Es muy probable que, de no haber existido el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, y de continuar el TRLAU 1964 como única normativa vigente, no hubiera resultado necesario introducir una excepción a la prórroga forzosa en el artículo 9 de la nueva ley arrendaticia. Los propietarios de inmuebles siempre verían con mejores ojos una ley que limitase la prórroga forzosa a cinco años que una ley que la imponía con carácter vitalicio. De este modo, el nuevo régimen de duración del arrendamiento habría constituido un estímulo para el alquiler. Sin embargo, la vigencia del llamado Decreto Boyer cambiaba las cosas, pues la nueva Ley

primero, incluyendo en él a los hijos del arrendador entre las personas que pueden necesitar ocupar la vivienda, exceptuando la aplicación de la prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento en el caso de que ello se haga constar expresamente en el momento de su celebración. *Asimismo, se ha incorporado un segundo párrafo a este apartado para regular las consecuencias de la falta de ocupación de la vivienda, cuando se haya hecho uso de la facultad de exceptuar la aplicación de la prórroga obligatoria del contrato en el momento de celebrarse éste*" (la cursiva es mía). BOCG, Senado, núm. 54-18, 7 noviembre 1994.

(11) Así se deduce nítidamente de la justificación de las enmiendas 20 y 21 citadas. Respecto de la primera, se decía que "Debe permitirse incluir en los contratos alguna cláusula de rescisión objetiva, ya que *existen propietarios que, no teniendo necesidad de la vivienda en el momento de firmar el contrato, la tengan después. Si no se hace así, se retraerá necesariamente la oferta de pisos en alquiler*. Debe contemplarse igualmente la posibilidad de que un arrendatario necesite por plazo inferior a 4 años". En cuanto a la segunda, se señalaba que con ella se busca "*facilitar la salida al mercado de muchas viviendas en beneficio de una mayor oferta* y en coherencia con la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley apartado 1, párrafo 10, *toda vez que un elevado número de propietarios pueden no tener ahora necesidad de la vivienda pero si tienen previsto destinarlas a uso propio o de familiares antes de cuatro años se verán obligados, si no se adiciona el apartado propuesto, a mantener esos pisos vacíos*".

suponía prolongar legalmente la duración del contrato, a voluntad del arrendatario, hasta un máximo de cinco años, esto es, más allá de lo habitualmente pactado.

Consciente del riesgo que suponía aprobar una regulación de la duración de los arrendamientos que pudiera ser vista como un desincentivo, el legislador decidió a última hora hacer un guiño a los arrendadores, dejándoles la puerta abierta a una recuperación del inmueble en caso de necesidad. Necesidad que, pese a que en la tramitación de la Ley se ampliaba a sus parientes más próximos (12), terminó circunscribiéndose al arrendador.

El legislador de 1994 acabó, pues, poniendo una vela a Dios y otra al diablo, valga la expresión. En esa difícil composición de intereses acudió a un concepto, el de necesidad, que había sido acuñado en el TRLAU 1964 y que contaba con una profusa elaboración doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, la articulación de esa excepción a la regla general favorable a la prórroga forzosa se hizo de forma muy poco nítida.

3.2. ¿NECESIDAD CAUSALIZADA O NECESIDAD GENÉRICA?

No cabe duda de que a la hora de regular la necesidad de vivienda del arrendador como causa de denegación de la prórroga forzosa, el legislador podía haber mantenido el sistema legal de 1964, esto es, la invocación y prueba de la situación de necesidad (13) para así impedir la eficacia de la prórroga forzosa. Dicha solución tendría la ventaja de contar con una jurisprudencia consolidada que había ido perfilando qué tenía que entenderse por necesidad.

Sin embargo, no fue esta la solución acogida. Antes bien, el artículo 9.3 de la vigente ley arrendaticia supeditó la denegación de la prórroga a que se hiciese constar expresamente en el contrato la necesidad del arrendador de ocupar la vivienda arrendada, con lo

(12) De hecho incluso en las Enmiendas del Senado se admitía que la necesidad susceptible de excepcionar la prórroga forzosa era la del arrendador o la de sus hijos. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 54-18, 7 noviembre 1994.

(13) "El arrendador habrá de justificar la necesidad de la ocupación", decía el artículo 63.1 TRLAU 1964, estableciéndose en el apartado segundo cuatro supuestos en los que dicha necesidad se presumía.

que sometía la duración del contrato a un régimen cuya naturaleza jurídica es difícil de precisar. En efecto, no estamos propiamente ante una condición resolutoria (14), pues, pese a tener que preverse expresamente en el contrato, la concurrencia del evento futuro e incierto determinante de la situación de necesidad no resolvería inmediatamente el contrato, sino que simplemente limitaría su duración al plazo pactado o a la terminación de la prórroga anual en la que el contrato estuviese ya inmerso, lo cual no es propio del funcionamiento de las condiciones resolutorias. Tampoco nos sitúa ante una suerte de desistimiento contractual, pues éste ya cuenta con regulación propia en la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 11 y 12) y además dicha causa de ineficacia opera *ad nutum* (mientras que en el art. 9.3 tiene teóricamente que basarse en una situación real de necesidad, hasta el punto de que si no hay ocupación ulterior de la vivienda, se produce la revitalización del contrato de arrendamiento) y produce una ineficacia contractual inmediata, frente a la ya citada postergación de la eficacia de la denegación al momento en que venza el plazo o termine la prórroga en curso.

Más bien parece que estamos ante una circunstancia privativa de una facultad de origen legal: concurriendo la situación de necesidad de vivienda en el arrendador, no procedería la facultad de prórroga forzosa del contrato por parte del arrendatario. Lo que resulta entonces extraño es que tal privación no responda únicamente a causas legales (como sí ocurría en el TRLAU 1964), sino que se someta al requisito de la constancia voluntaria y expresa en el contrato.

En todo caso, cabe preguntarse a qué se debió este distanciamiento respecto del régimen jurídico anterior. Es posible que se debiera al deseo de evitar la judicialización del funcionamiento de la excepción a la prórroga legal. Como había revelado la aplicación de la normativa de 1964, el tener que justificar la necesidad de la ocupación desembocaba en la mayor parte de las ocasiones en un litigio entre el arrendatario renuente al abandono y el arrendador necesitado de la vivienda. Tal vez por el deseo de evitar que el nuevo texto del artículo 9.3 LAU generase un volumen de pleitos tan elevado como el suscitado por el TRLAU 1964, el legislador de 1994 optó

(14) En realidad, las condiciones resolutorias no parecen tener cabida en el régimen de duración temporal de los arrendamientos de vivienda, al menos durante sus cinco primeros años.

por una solución diversa: admitir la improcedencia de la prórroga cuando constase expresamente en el contrato "la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí".

De esta manera, si se reservaba esa facultad recuperatoria, podría poner fin al contrato sin tener que soportar el sistema de prórrogas anuales forzosas, lo cual en cierto modo dejaba en manos del arrendador la efectividad o no de la prórroga forzosa y de la duración legal mínima del arrendamiento de vivienda. Y decimos en cierto modo porque la necesidad de vivienda tenía que ser real y materializarse en un breve período de tiempo, posibilitándose, merced a la introducción en el Senado del párrafo segundo del artículo 9.3, la reocupación de la vivienda por parte del inquilino cuando el arrendador hubiese actuado fraudulentamente y no hubiese ocupado la vivienda que en teoría necesitaba para sí (15).

Lo que no admite duda es que la interpretación de este artículo 9.3 LAU ha sido cualquier cosa menos pacífica (16). La discusión principal ha girado en torno a si lo que expresamente tiene que formar parte del contrato [en forma escrita, como normalmente

(15) El origen de este párrafo segundo se encuentra en la enmienda 251 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, en cuya justificación se afirmaba la necesidad de "introducir una sanción para el arrendador que haciendo uso del privilegio excepcional de recuperar la vivienda antes del transcurso de los cinco años que constituyen el plazo de tres meses de garantía del arrendatario no la ocupare de forma inmediata" (BOCG, Senado, 10 octubre 1994, núm. 44 f/), enmienda que fue aprobada por la Ponencia por mayoría, con el voto a favor de los Ponentes representantes del G. P. Socialista y del G. P. Catalán en el Senado de CiU y la abstención de los Ponentes representantes del G. P. Popular. La misma fundamentación quedaba reflejada en la justificación a la enmienda 304, de Convergencia y Unión en el Congreso, donde se establecía que la penalización propuesta respondía al deseo de evitar la aplicación en fraude de ley de la excepción a la prórroga forzosa (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 22 junio 1994, p. 7447).

(16) Buen ejemplo de ello es la gran diversidad de opiniones y explicaciones proporcionadas por magistrados de enorme prestigio y recogida en la *Revista Jurídica SEPIN*, febrero 1998, núm. 178, pp. 4 a 15. Sección Encuesta Jurídica. Pregunta*: A los efectos de la posible necesidad del arrendador, conforme al artículo 9.3 de la LAU, ¿hay que hacer constar en el contrato la causa específica o será suficiente con que surja con posterioridad, aunque no se haya indicado expresamente?*

sucederá, o verbal (17)] ha de ser la causa concreta de necesidad prevista por el arrendador o la simple previsión de la necesidad genérica de vivienda.

3.2.1. Necesidad causalizada

A favor de la exigencia de que la cláusula contractual determine exactamente la causa de necesidad conocida antes de otorgarse el contrato de arrendamiento está, como señala la SAP Madrid 12 julio 2005, el propio Preámbulo de la LAU 1994, en cuyo número 2 se explica que en los arrendamientos de viviendas se ha optado por establecer un plazo mínimo de duración del contrato de cinco años, si bien "el reconocimiento de la existencia de situaciones que exigen plazos inferiores de duración ha hecho que la Ley prevea esta posibilidad, aunque vinculada en exclusiva a la necesidad, *conocida al tiempo de la celebración del contrato*, de recuperar el uso de la vivienda arrendada para domicilio del propio arrendador".

Esto es, la causa de necesidad ha de ser conocida al tiempo de la celebración del contrato de arrendamiento y tener reflejo en el mismo (18), "lo que implica la exclusión de las causas sobrevenidas"

(17) En este sentido se manifiesta la SAP Murcia 10 enero 2006, que considera que en todo caso se trata de un problema probatorio que afecta al arrendador pero que resulta superable por éste, como sucedió en el caso de autos. Se manifiesta en contra de esta opinión, en la doctrina posterior a la LAU 1994, LARROSA AMANTE, M. A.: "Duración de los contratos de arrendamiento de vivienda en la LAU 29/1994", en *Estudios sobre Arrendamientos Urbanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 218. En opinión de REBOLLEDO VARELA, A. L.: *Cuestiones prácticas actuales de arrendamientos urbanos: últimas tendencias jurisprudenciales*, Aranzadi Civil, número 22/2010, BIB 2010/271, el supuesto del artículo 9.3 LAU "es distinto a la tradicional excepción a la prórroga forzosa por necesidad del artículo 62.1 de la LAU/1964 pues no se trata de una necesidad sobrevenida sino preinserta expresamente en el contrato (sólo posible, pues, cuando es por escrito)".

(18) Señala LOSCERTALES FUERTES, D.: *Arrendamientos Urbanos*, Ed. SEPIN, Madrid, 2005, p. 175, que "no será suficiente hacer constar de forma genérica que no habrá prórroga si se produce necesidad, o cláusula similar. De esta manera, … la acreditación del motivo que figura en el contrato no estará sujeta a discusión, esto es, si resulta o no causa suficiente". *Vid.* LARROSA AMANTE, *op. cit.*, p. 218, quien considera dudoso que pueda ser incluida esta cláusula de forma genérica en el contrato, pues aunque la norma no exige

(19), no pudiendo por tanto ser incluida en el contrato de forma genérica (SAP Murcia 24 julio 2002). Como señala González Poveda, en el contrato no sólo ha de constar la excepción a la prórroga, sino que también "ha de expresarse la causa o razón de esa necesidad que ha de ser real y no meramente hipotética", lo cual, a juicio del autor, se entiende porque al aplicarse a contratos de duración inferior a cinco años, "en el momento de celebración del contrato existirán ya las causas de esa necesidad pendientes solamente de materializarse en un plazo más o menos largo, pero siempre dentro del de cinco años de duración" (20).

En este sentido cabe destacar los argumentos de la SAP Vizcaya 17 febrero 2003, en la que se reconoce que si bien es cierto que la LAU 1994 "no exige a la hora de determinar la exclusión del derecho a la prórroga una vez superado el plazo inicial del contrato, la especificación de la razón de la necesidad del arrendador" (21), pese a

---

la justificación causal de la necesidad, es evidente que ésta debe tener una fundamentación concreta que sea conocida por el arrendador al celebrar el contrato y a la vez se le dé conocimiento de la misma al arrendatario, que podrá, a la vista de esta situación, alterar el consentimiento que iba a prestar, si bien en p. 219 señala que "es evidente… que la ley no exige la causalización de la necesidad y por ello será bastante la mera mención de la necesidad para que opere la excepción, lo cual es lógico, dados los efectos de la no ocupación, más gravosos para el arrendador que los previstos en el anterior régimen".

(19) Que la SAP Zaragoza 9 junio 1998 excluye para así evitar inseguridades jurídicas. Señala la SAP Madrid 9 septiembre 2004 que "debe ser en ese momento (se refiere al instante de la firma del contrato) en el que aunque no exista la necesidad, se prevea que esa necesidad sí existirá en el futuro, pero fuera de este supuesto no cabe la denegación de la prórroga forzosa porque el legislador lo ha querido así y no ha querido establecer que la prórroga de los cinco años establecida en la Ley de Arrendamientos Urbanos pueda denegarse por necesidad sobrevenida, ya que no podemos olvidar que el legislador pretende mantener una situación equilibrio entre arrendador y arrendatario y entre los derechos de uno y de otro", de modo que al ser el plazo de tan sólo cinco años, haya de permitírsele permanecer en la vivienda, salvo en la hipótesis excepcional y única prevista por la ley.

(20) González Poveda, P.: "Duración del arrendamiento de vivienda", en *Revista Jurídica SEPIN, Cuadernos de Arrendamientos Urbanos*, mayo 1999, núm. 192-A, p. 31.

(21) Por el contrario, la SAP Navarra 23 marzo 2004 sí que entiende que la LAU 1994 impone como requisito la constancia expresa de la causa de necesidad. En concreto, considera necesario "expresar cuál sea en

todo "ello no quiere decir que la Sala no considere que la interpretación conjunta del sentido y alcance del citado precepto así lo aconsejara, por lo que, en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes deberemos valorar ante qué situación estamos, si ante un intento de elusión de los derechos del arrendatario o ante una verdadera situación de necesidad, sin que en caso de discrepancia la parte arrendadora se vea exonerada de acreditar la realidad de la causa de necesidad que alega".

En opinión de CASTRO REINA, con esta interpretación en pro de la consignación en el contrato de la concreta causa de necesidad que impedirá la prórroga forzosa, no se logrará evitar que se dé por cierta en el contrato una causa de necesidad que en realidad es incierta al tiempo de su celebración, pero sí que se logrará evitar la alegación de una causa de necesidad distinta de la prevista en el contrato (causa que por definición no podía ser cierta al tiempo de la celebración) (22).

3.2.2. Necesidad genérica

A favor de la posibilidad de que la cláusula contractual prevea la causa de necesidad de vivienda de forma inconcreta o abierta a diversas situaciones futuras (esto es, de que se formule una suerte de advertencia al arrendatario, aunque sea en abstracto) podría esgrimirse que la necesidad suele surgir de forma imprevista, impidiendo al arrendador ocupar la vivienda en la que hasta entonces residía y generando entonces la necesidad de ocupar la vivienda que tenía en alquiler (23). En opinión de la citada SAP Vizcaya 17 febrero 2003,

---

concreto la causa de necesidad… ya que si no fuera así no se cumpliría con el requisito que recoge el artículo 9.3, referido a que se haga constar de forma expresa la necesidad que tiene el arrendador de ocupar la vivienda".

(22) CASTRO REINA, J. R.: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, vol. 3.º, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 85.

(23) En opinión de LOSCERTALES FUERTES, D.: *Arrendamientos Urbanos. Comentarios, Formularios y Jurisprudencia*, 7.ª edición, Ed. Sepin, 2009, pp. 162-163, no tiene sentido que en el propio contrato se tengan que indicar las posibles causas de necesidad, "porque no se adivinan las circunstancias que pueden darse en el transcurso del tiempo futuro", bastando a su juicio para que la cláusula sea válida con que en el propio documento contractual se indique que no habrá prórroga si el piso lo necesita el arrendador o

con esta interpretación podría darse protección a las situaciones de verdadera necesidad que surgen de modo imprevisto, si bien concluye afirmando: "mas ello no es el sentido que el legislador pretendía dar a esta excepción" (24).

Asimismo esta solución parece más acorde con la teleología de la legislación arrendaticia de 1994, que no es otra que la de impulsar el mercado de alquileres de vivienda (SAP Albacete 14 enero 2004). Y es que, como señala MARÍN LÓPEZ, "requerir la especificación en el contrato de la concreta situación de necesidad futura del arrendador, con la consecuencia de impedir la recuperación por el arrendador de la vivienda en aquellas situaciones de necesidad no previstas contractualmente, desincentivaría la salida al mercado de viviendas de alquiler, en clara contradicción con el propósito perseguido por el legislador" (25).

Acepta también esta interpretación GUILARTE GUTIÉRREZ, quien considera que la necesidad debe intuirse ya en el contrato y plasmarse en él, primando la estabilidad del arrendamiento de vivienda y no pudiendo denegarse por tanto la prórroga forzosa si la necesidad sobrevenida del arrendador no tuvo constancia documental alguna. Ahora bien, esto no significa que en el contrato haya que causalizar la necesidad del arrendador (26), pues la LAU 1994 está pensan-

---

sus familiares protegidos por la ley, "aunque, naturalmente, llegado el momento, habrá que justificar esa *necesidad* que, conforme a la doctrina existente, tiene que ser todo lo contrario a *comodidad* o *conveniencia*".

(24) La sentencia entiende que la cobertura de necesidades imprevistas resultaba lógica en el contexto del TRLAU 1964, pero no en el de la LAU 1994, al encontrarnos ante contratos cuya prórroga forzosa concluye a los cinco años.

(25) MARÍN LÓPEZ, J. J.: *Comentarios la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Thomson-Aranzadi, 4.ª edición, 2005, p. 206. Admite este riesgo LLÁCER MATACÁS, M. R.: *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentario y Jurisprudencia de la Ley doce años después*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, p. 156, quien, pese a todo, propone una interpretación restrictiva, en virtud de la cual la constancia de la necesidad no designe únicamente el pacto expreso, sino que abarque una concreción suficiente de la necesidad.

(26) GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit*., p. 102: "A diferencia de cuanto acaecía en la legislación anterior, donde la necesidad de vivienda debía concretarse y acreditarse después de que materialmente existiera, hoy, en términos ya expuestos, basta con la escueta y genérica mención en el contrato acerca de su previsible existencia para que no opere la prórroga

do en la introducción "de una cláusula contractual genérica en la que, sin mayores especificaciones, se establezca la necesidad del arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí" (27). Como señala la SAP Madrid 21 julio 2006, "evidentemente el contrato puede llegar a establecer una serie de datos fehacientes en orden a la citada previsión, pero ello no es obligatorio desde el momento en que no cabe exigir al arrendador una estricta determinación del supuesto de necesidad, sino exclusivamente su anuncio al arrendatario, seguido en su momento de la oportuna acreditación de la concurrencia de tal circunstancia" (28).

3.2.3. Análisis crítico de ambas posiciones

Desde mi punto de vista el texto de la Ley de Arrendamientos Urbanos era en esta materia tan bienintencionado como técnicamente defectuoso. Por eso es especialmente grave que en la reforma introducida por la Ley 19/2009 no se haya abordado esta cuestión, cuya relevancia práctica puede ser notable.

Una interpretación acorde al proceso de elaboración de la LAU 1994 nos conduce a una visión del concepto de necesidad como necesidad concreta, causalizada y prevista en el momento mismo de celebración del contrato. Así se desprende tanto del Preámbulo (que habla de la "necesidad, *conocida al tiempo de la celebración*

---

forzosa que el precepto otorga al arrendatario". Señala ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Arrendamientos Urbanos. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*, tomo I; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 156, que "en el momento de celebración del contrato no es preciso que el arrendador justifique de ningún modo la futura necesidad de ocupación de la vivienda arrendada, por lo que lo más aconsejable (para el arrendador) es establecer siempre en el contrato dicha cláusula de futura necesidad de la vivienda antes del transcurso de cinco años".

(27) *Vid.* ROJO AJURIA, L.: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 147.

(28) SAP Madrid, sección 19.ª, 21 julio 2006, que desestima el recurso planteado contra la sentencia de instancia y contra la interpretación efectuada en ésta de una estipulación contractual "cuyo texto literal prácticamente contiene la misma formulación del artículo 9.3 LAU, previendo por tanto de forma expresa y anunciando a la arrendataria la posibilidad de resolución por causa de necesidad".

del contrato, de recuperar el uso de la vivienda arrendada para domicilio del propio arrendador) como del hecho de que fuese la enmienda 21 y no la enmienda 20, ambas del PNV y Grupo Mixto, las que propiciasen el texto actual del artículo 9.3 LAU. Nótese que esta última buscaba introducir en el contrato alguna cláusula de rescisión objetiva, guiada por la idea de una necesidad sobrevenida de vivienda en los propietarios que quisieran alquilar. Esto es, el texto que proponía dicha enmienda no exigía previsión expresa de la situación de necesidad, sino que daba cobertura legal a las necesidades imprevistas. Por el contrario, la enmienda 21, verdadero precedente de la redacción aprobada en 1994, respondía al problema en que se veían inmersos muchos propietarios, que no tenían al contratar necesidad de la vivienda pero que sí tendrían ya entonces previsto destinarlas a uso propio o de sus familiares. Es decir, se trataba de la previsión anticipada de una probable necesidad futura.

Parece claro, por tanto, que el texto legal no pretende dar respuesta a necesidades sobrevenidas e imprevistas, sino a necesidades conocidas *a priori* y previstas en el contrato. El problema se suscita a la hora de conseguir el objetivo pretendido por el legislador, pues no parece que la formulación legal sea la más adecuada a tal efecto, ya que no aclara si en el contrato ha de constar la causa concreta generadora de la necesidad de vivienda. Parece lógico que así sea, pues sólo de esta manera podríamos obtener la certeza de que la supresión de la prórroga forzosa fue debida a la necesidad prevista y no a otra imprevista y sobrevenida, dando así cumplimiento al precepto legal.

De todos modos, esta interpretación favorable a la exigencia de una necesidad causalizada y concretada en el contrato choca con el obstáculo de que nada impediría introducir en el mismo un elenco de causas (las más comunes), en realidad meramente posibles e inciertas, que justificarían la situación legal de necesidad y a las que se supeditaría la procedencia o no de la prórroga forzosa. La causa no tiene que ser única, pues no tendría sentido que, por ejemplo, una persona residente en Sevilla, casada, con un hijo de diecisiete años de edad y con un trabajo que puede ser desempeñado en distintos lugares de España (v. gr. director de sucursal de un gran banco), no pueda hacer constar más de una causa de necesidad para impedir la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento de una vivienda

privativa suya sita en Madrid y a la cual puede necesitar trasladarse él por causa de una crisis matrimonial o por razones laborales, o su hijo por razón de estudios o de matrimonio.

Aún más relevantes son las consecuencias que, desde el punto de vista de la litigiosidad, tendría esta interpretación favorable a la intelección de la necesidad como necesidad causalizada. Y es que, de ser así, el arrendador tendría que invocar la causa concreta de necesidad y probar su real concurrencia, lo que nos devolvería a una más que posible judicialización de la materia (29). No parece coherente prescindir de un sistema legal de excepciones a la prórroga forzosa para huir de la litigiosidad que el mismo generó y acabar adoptando un sistema convencional de supresión de la prórroga forzosa que conduzca al mismo resultado.

Por otra parte, esta acreditación de la efectiva existencia de una situación de necesidad y de su previsión anticipada en el contrato privaría en cierto modo de sentido al párrafo segundo del artículo 9.3 LAU, cuya solución sancionadora encaja mal respecto de alguien que ha probado por adelantado la situación de necesidad invocada (30).

Por todo ello, no me parecen en absoluto descartables los argumentos a favor de la previsión genérica de la necesidad de ocupar la vivienda. Es cierto que dicha solución resulta francamente beneficiosa para los arrendadores, que estarán evidentemente interesados en la inserción de la cláusula de supresión de la prórroga forzosa, con la que tienen algo que ganar y nada que perder (31). Pero también es cierto que sucede lo mismo si seguimos la interpretación causalizada de la necesidad de vivienda, pues en ningún caso

(29) La exigencia de que la necesidad se proyecte de forma concreta y no puramente genérica implica tener que valorar qué grado de concreción causal es suficiente, tarea que sólo puede realizar el juez al interpretar el contenido del contrato. Como dice LLÁCER MATACÁS, *op. cit*., p. 156, "así, difícilmente se evita que el artículo 9.3 LAU acabe siendo fuente de controversias, recayendo sobre aquél la tarea de valorar si hay una verdadera necesidad o el afán de burlar la prórroga obligatoria".

(30) *Vid.* LARROSA AMANTE, *op. cit.,* p. 219, quien, desde el punto de vista opuesto, asocia la no causalización de la necesidad (su mera mención) con los graves efectos para el arrendador que se derivan de la no ocupación de la vivienda.

(31) *Vid.* ROJO AJURIA, *op. cit*., p. 148.

se generan consecuencias negativas para el arrendador en caso de falta de invocación de esa situación de necesidad prevista fundadamente o no.

Es evidente que, en su intento de proteger al arrendatario sin la desmesura del TRLAU 1964, el legislador atiende al arrendador y favorece en ciertos casos la recuperación de su vivienda, lo cual constituye un incentivo para poder arrendar y es coherente con la *intentio legis* de promover el desarrollo del parque inmobiliario de viviendas en alquiler. En caso de conflicto entre la necesidad de vivienda del arrendador y la necesidad de vivienda de los arrendatarios, prevalecerá el interés de aquél, si bien no de modo automático, pues no se plantea el desalojo inmediato de los arrendatarios (solución que habría supuesto llevar al extremo la cobertura de la necesidad del arrendador), sino simplemente la improcedencia de la prórroga forzosa cuando ésta tenga lugar, lo cual conducirá a que el ejercicio del artículo 9.3 sólo resulte especialmente útil para el arrendador cuando coincidan temporalmente su necesidad imperiosa de vivienda con la finalización del plazo de duración pactado o de uno de los plazos anuales de la prórroga forzosa.

Lo que está claro es que una visión genérica de la necesidad de vivienda como causa de supresión de la prórroga forzosa permite incentivar al máximo a los posibles arrendadores de vivienda, puesto que entonces se les otorga protección no sólo frente a las necesidades previsibles al momento de contratar, sino también frente a las situaciones imprevisibles y sobrevenidas, idea ésta que estuvo muy presente en el proceso de elaboración de la Ley 19/2009 y que dio lugar a varias enmiendas en las que se perseguía dar un nuevo texto al artículo 9.3 LAU (32). El rechazo de dichas enmiendas podría explicarse como una voluntaria desatención por el legislador de las situaciones de necesidad sobrevenida o como el resultado de la innecesariedad de dicha reforma, por estar tales supuestos de ne-

(32) Enmiendas 14 ERC-IU-ICV (improcedencia de la prórroga forzosa por razón de necesidad, sin condicionar ésta a su constancia expresa en el contrato), 26 del PP (improcedencia de la prórroga forzosa por causas previstas en el contrato o por circunstancias sobrevenidas o de fuerza mayor, imprevistas al tiempo de su formalización), 44 de CIU (innecesariedad de especificar la causa de necesidad, aunque la previsión de la necesidad haya de estar expresamente presente en el contrato). *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 16-6, 20 marzo 2009.

cesidad sobrevenida ya englobados en el presente texto legal. Como se puede ver, se trata de una cuestión más que el legislador debió aclarar y que incomprensiblemente prefirió soslayar.

Además, una interpretación en favor de la necesidad genérica de vivienda permitiría desjudicializar en buena medida la improcedencia de la prórroga forzosa. Ya no resultaría necesaria la intervención del juez para que examinase la existencia o no de una real situación de necesidad para el arrendador. Como dice la SAP Álava 26 enero 2001, "la vigente LAU no viene a exigir la demostración de que la necesidad de ocupación sea cierta, de tal suerte que como acaecía conforme a la obsoleta legislación ésta había de demostrarse al tiempo de producirse, sino que, al contrario, la nueva Ley prevé como mecanismo «a priori» de extinción de la prórroga legal que se haga constar expresamente en el contrato la necesidad del arrendador de ocupar la vivienda antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí".

Instada la denegación de la prórroga forzosa y abandonada por el inquilino la vivienda, la realidad misma nos demostraría si el arrendador se encontraba en esa situación de necesidad, para lo cual habría de valorarse la efectiva ocupación de la vivienda en el plazo de tres meses. Así, el pleito surgiría cuando esa necesidad hubiera resultado ser ficticia, correspondiendo al arrendatario la carga de probar la desocupación de la vivienda por el arrendador en el plazo legal (33). La carga procesal recaería, pues, sobre el arrendatario y no sobre el arrendador, que no tendría que defender *a priori* la realidad de su situación de necesidad y que no tendría que soportar mientras tanto al inquilino en la vivienda arrendada.

Es más, desde mi punto de vista ni tan siquiera sería necesario acreditar dicha necesidad (34) [ni *a priori* en el contrato ni *a poste-*

(33) En este sentido, cfr. SAP Ciudad Real 15 marzo 1996. En opinión de la SAP Las Palmas 15 junio 1996, la ocupación de la vivienda en el plazo legal actúa a modo de condición suspensiva de la resolución contractual, actuando como remedio ante un posible fraude, remedio que sólo opera "ex post" y no "ex ante" de la resolución por expiración del plazo pactado.

(34) Para la SAP Santa Cruz de Tenerife 4 julio 2007, "no se requerirá una prueba acabada de esa necesidad, sino que le basta al arrendador con presentar esa pretensión de forma que la necesidad de ocupar la vivienda aparezca como lógica, razonable y verosímil, de acuerdo con sus circunstancias (en el caso concreto, se trataba de una ruptura de la

riori cuando se plantease la denegación de la prórroga (35)], pues precisamente para evitar esto se establece la garantía del artículo 9.3, párrafo segundo, LAU (36). En apoyo de esta última afirmación se puede esgrimir el hecho de que fueran rechazadas en el Congreso las enmiendas 14 (a cargo de ERC-IU-ICV) y 45 (a cargo de CIU) (37), que planteaban la supresión de la mención expresa

convivencia), y no como un mero capricho, o que responda a un deseo superfluo, previendo el precepto, para el caso de que se haga un uso indebido o fraudulento de dicha cláusula contractual, en su párrafo segundo, un derecho de retorno al arrendatario".

(35) Esta lectura del artículo 9.3 LAU 1994 es la que hace ROJO AJURIA, *op. cit*., p. 148, quien, tras señalar que no se vincula la necesidad a un acontecimiento o a una razón concreta y que tampoco se exige ninguna confirmación de la necesidad realmente existente, considera que la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 posibilita un uso abusivo de tal cláusula, razón por la cual el autor propone una interpretación restrictiva del precepto en virtud de la cual, entre otras cosas, la situación de necesidad se vincule necesariamente a una causa o razón concreta y, además, se exija "la prueba de que la causa o acontecimiento que determinan la necesidad han tenido lugar antes de la exclusión de la correspondiente prórroga obligatoria". Por su parte, MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 176, señala que "el actual artículo 9.3.2.º no exige en modo alguno la acreditación de esa necesidad", lo cual seguramente se deriva "de entender que la mera expresión en el contrato de la necesidad futura opera como justificación suficiente, sin que parezca exigible un acto ulterior de comunicación por el arrendador". Frontalmente contrario a la opinión formulada en el texto se muestra CABALLERO EGEA, J. A.: *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 113, quien considera "impensable que la mera alegación de la necesidad por parte del arrendador, deje inoperante el plazo mínimo de duración del contrato: tal necesidad será judicialmente discutible y la carga de la prueba recaerá sobre el que la aduzca".

(36) Como señala SERRANO ALONSO, E.: "La duración del contrato de arrendamiento urbano", en *Estudios sobre Arrendamientos Urbanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 198, "es cierto que, si no hay efectiva ocupación por el arrendador, puede el arrendatario reclamar la vivienda, pero deberá hacerlo después de haberla desalojado y pasados al menos tres meses desde que el contrato se extinguió, con lo que no será fácil que el arrendatario plantee la recuperación de la vivienda por falta de necesidad porque para ello deberá acudir a los tribunales, con los consiguientes gastos y sabiendo que, como máximo de prosperar su reclamación, el contrato sólo va a durar cinco años más".

(37) Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, número 16-6, 20 de marzo de 2009.

en el contrato y, a cambio, que se determinase legalmente la improcedencia de la prórroga forzosa cuando el arrendatario necesitase para sí o para sus familiares de primer grado la vivienda y acreditase dicha necesidad. A mi juicio, es cierto que la generalización de la cláusula de improcedencia de la prórroga y su conversión en cláusula de estilo permitirían al legislador incorporarla sin mayores problemas al texto legal. En tal caso, concurriendo la situación de necesidad, sería necesario probarla para que la prórroga forzosa se inaplicase. Precisamente por ello, si el legislador ha decidido mantener la exigencia de constancia expresa en una cláusula contractual, ello puede que se deba a que dicha previsión hace que sea innecesaria la prueba de la situación de necesidad (38), corriendo a cargo del arrendatario la prueba de la desocupación de la vivienda una vez liberada la misma.

Esta afirmación relativa a la inexigibilidad de acreditar la necesidad de vivienda no parece, sin embargo, haber sido seguida por las Audiencias Provinciales, al menos si atendemos a lo que afirma la SAP Albacete 14 enero 2004, en la que se señala que la mayoría de las Audiencias Provinciales se inclinan a favor de permitir que la cláusula previsora de la causa de necesidad se refiera a ésta de forma inconcreta o genérica "siempre y cuando la causa de necesidad real *llegue efectivamente a producirse y acreditarse*" (39).

(38) Sin duda esta era la idea que presidía el artículo tercero de la Proposición de Ley Orgánica 122/000010 planteada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), una de las dos propuestas legislativas de las que trae causa la Ley 19/2009. En el mismo, se atribuía al artículo 9.3 LAU un párrafo segundo en el que se afirmaba que "para el ejercicio de la denegación de prórroga será suficiente un *requerimiento de forma fehaciente* del arrendador al inquilino con tres meses de antelación y en el que se indicará el nombre de la persona y la relación familiar con aquel y *sin necesidad de especificar otra causa*". *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, número 28-1, 11 de abril de 2008.

(39) En la doctrina, *vid*. Marín López, *op. cit*., p. 209, quien en la nota 54 afirma que en la comunicación o requerimiento de desalojo, "el arrendador habrá de exponer las concretas razones de su necesidad de recuperar la vivienda alquilada para destinarla a vivienda permanente para sí". Y añade que en caso de negativa del arrendatario a reconocer la improcedencia de la prórroga forzosa, corresponderá al arrendador probar tanto la existencia de la cláusula contractual como "la concreta situación de necesidad concurrente en su persona".

Ahora bien, pese a las ventajas derivadas de una visión genérica de la causa de necesidad, no es menos cierto que esta interpretación presenta también ciertas dificultades, principalmente la incardinación del artículo 9.3 así interpretado con el artículo 14 LAU. Y es que si el adquirente de la vivienda arrendada se subroga en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, esa cesión *ex lege* del contrato le permitiría invocar la causa de necesidad del artículo 9.3 para así suprimir la aplicación de la prórroga forzosa. Dado que lo más probable es que quien compre la vivienda lo haga con la intención de habitar en ella, la concurrencia de una necesidad sobrevenida de vivienda en el arrendador (en este caso, en el nuevo arrendador) permitiría inaplicar la prórroga forzosa y privar de eficacia práctica al artículo 14 LAU. Invocando el artículo 9.3, así interpretado, el tercero adquirente de la vivienda no tendría que soportar la prórroga forzosa a la que le sometería el artículo 14. Todo lo cual no resulta coherente y constituye un grave problema que, en cambio, no concurre en una visión causalizada de la necesidad en la cual se prevea anticipadamente la necesidad futura de una persona concreta (quien fuera arrendador en el momento de contratar) (40).

3.2.4. Valoración personal

Como señalábamos *supra*, ante las dudas que suscita la interpretación del artículo 9.3 LAU y ante las dificultades que pueden derivarse de su aplicación, no hubiera estado de más una manifestación expresa del legislador en torno a los requisitos necesarios para la aplicación de la supresión de la prórroga forzosa, esto es, una clarificación expresa del contenido del precepto, para así evitar una multiplicidad de interpretaciones que pueda dañar a la seguridad jurídica cuya protección, según el propio Preámbulo de la Ley 19/2009, es uno de los objetivos del texto legal.

(40) Plantea el problema LLÁCER MATACÁS, *op. cit.*, p. 157, nota 21, quien señala que "si el arrendatario debe concretar la necesidad y ésta debe ser suya propia y motivar la ocupación de la vivienda para sí, puede ocurrir que el arrendador subrogado (art. 14.1 LAU) no esté en condiciones de aprovechar el mecanismo de la subrogación y utilizar la cláusula para promover su propia necesidad –que debería coincidir con la de su antecesor– para oponerse a la prórroga".

Dice el artículo 3.1 del Código Civil que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Una interpretación literal del artículo 9.3 no arroja luces sobre la controversia, que gira precisamente en torno a qué se entiende por "hacer constar en el mismo (en el contrato), de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda". El contexto legal tampoco resulta especialmente esclarecedor, pues si bien el Preámbulo y la salvaguarda del artículo 14 LAU nos llevarían a proponer una visión restrictiva y una concreción de la causa de necesidad, también es cierto que la solución sancionadora del párrafo segundo del artículo 9.3 casa mal con dicha interpretación.

Por su parte, los antecedentes históricos y legislativos (más bien, el proceso de elaboración legal) tampoco nos sacan de dudas, pues si bien el apartado tercero es el resultado de una enmienda no pensada para situaciones de necesidad sobrevenida, también es verdad que la inclusión en el Senado del citado apartado segundo introdujo un elemento que no termina de encajar en un sistema causalista, lo que demostraría que los antecedentes no fueron unívocos.

En cuanto a la realidad social, ésta viene marcada a nuestros efectos por dos datos de interés: el reducido volumen del mercado de alquiler de viviendas (que según el Preámbulo de la Ley 19/2009 representa en España tan sólo el 11 por 100 del mercado de vivienda, cuando la media europea estaría situada en el entorno del 40 por 100) y la creciente inestabilidad en algunas de las principales relaciones en las que se ven implicadas las personas (inestabilidad familiar, con un notable incremento de crisis matrimoniales; inestabilidad laboral, que puede traducirse en una necesaria movilidad geográfica), lo que genera un mayor número de necesidades imprevistas cuya ausencia de cobertura legal podría dar lugar a una reticencia a la hora de alquilar.

Por último, el espíritu y finalidad de la norma parece claro: en lo sustantivo, utilizar la facultad de supresión de la prórroga forzosa como un incentivo para la colocación de viviendas en régimen de alquiler; en lo procedimental, simplificar la manera de hacer efectiva dicha recuperación de la vivienda, huyendo de la prueba de la situación de necesidad para decantarse por el control *a posteriori* de la real y efectiva ocupación de la vivienda que se necesitaba. Y

ambas finalidades se consiguen mejor con una interpretación amplia de la necesidad de vivienda, que admita las necesidades sobrevenidas y que no se circunscriba a determinadas causas recogidas en el contrato.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la seguridad jurídica es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico y que goza de respaldo constitucional (art. 9.3 de la Constitución Española), hay que admitir que flaco favor le hacemos si permitimos una interpretación del artículo 9.3 LAU que determine la inaplicación de otro precepto legal (el art. 14 LAU) en perjuicio del arrendatario, quien a la postre es el destinatario básico, aunque no exclusivo, de la protección dispensada por la vigente Ley 29/1994.

En el conflicto entre seguridad jurídica, de un lado, y eficacia de la norma y consecución de los fines pretendidos por ella, de otro, no queda más remedio que optar por lo primero e interpretar de manera consecuente el precepto legal objeto de este comentario.

4. LA REFORMA DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 9.3 LAU: DE LO MEJORADO A LO MEJORABLE, PASANDO POR LO AÚN PENDIENTE

Los esfuerzos interpretativos de la doctrina y la jurisprudencia y la reciente modificación experimentada por el artículo 9.3 LAU no obstan a que siga siendo necesaria una reforma legal que mejore definitivamente el texto del citado precepto. A mi parecer, dicha reforma es absolutamente imprescindible, pues las variaciones introducidas por la Ley 19/2009 abordan alguna de las cuestiones que necesitaban ser revisadas pero no todas, y tampoco siempre de la mejor manera posible.

4.1. MODIFICACIONES CORRECTAMENTE ABORDADAS

A) *El desalojo efectivo como dies a quo del plazo de ocupación de la vivienda*. Señalaba el artículo 9.3 antes de su reforma de 2009 que el deber de reposición o indemnización a cargo del arrendador tendría lugar en caso de no haber ocupado éste la vivienda por sí "transcurridos tres meses a contar de la extinción del contrato". Una vez instada por el arrendador la supresión de la

prórroga forzosa, al llegar la fecha pactada para la finalización del contrato o al vencer la prórroga en curso, el contrato se extinguiría y el arrendatario abandonaría la vivienda. Ahora bien, de no ser así las cosas, esto es, de oponerse el arrendatario al abandono de la vivienda, el plazo legal para la ocupación de la vivienda estaría ya corriendo, pese a no serle jurídicamente posible al arrendador hacer efectivo su deber de ocupación (41). Consciente de ello, el legislador ha optado por añadir el desalojo efectivo de la vivienda como momento a partir del cual, en tales situaciones, habrá de comenzar el cómputo del plazo.

B) *Reocupación de la vivienda y recuperación mejorada del contrato extinguido*. En caso de injustificada falta de ocupación de la vivienda por parte del arrendador o de las personas cuya situación de necesidad goza ahora del amparo legal, dispone el nuevo texto del artículo 9.3 que "el arrendador deberá reponer al arrendatario en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo período de hasta cinco años, *respetando, en lo demás, las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción*". De esta manera se pone de manifiesto que el arrendatario que inste la reposición tendrá derecho a reinstaurar el mismo contrato que había regido anteriormente su relación contractual (42), no siendo necesaria una nueva prestación de consentimientos contractuales (se trataría de una modalidad de contrato forzoso para el arrendador).

Sin embargo, el carácter sancionador del artículo 9.3, párrafo segundo, LAU va a traducirse en un agravamiento de la situación del arrendador, y ello por partida doble: 1) por el deber de indemni-

(41) Entre los análisis doctrinales inmediatamente posteriores a la aprobación de la LAU 1994, afirmaba Larrosa Amante, *op. cit.*, p. 219, que "los tribunales podrán modular el plazo citado en determinados supuestos en los cuales la extinción del contrato no lleve aparejada de forma inmediata la puesta a disposición del arrendador de la vivienda, pues sólo cuando la misma sea entregada podrá dar cumplimiento el arrendador del deber de ocupación que le es impuesto".

(42) En opinión de Llácer Matacás, *op. cit*., p. 159, se produce la "reanudación del anterior contrato indebidamente extinguido, con las modificaciones temporales y las actualizaciones de renta pertinentes", lo que, en su opinión (nota 30), permitiría al arrendatario optar por la reocupación de la vivienda a pesar de haber sido ésta enajenada en el ínterin por el arrendador, idea ésta que, a mi juicio, resulta mucho más discutible.

zar al arrendatario (43) los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación (44); 2) por

(43) Arrendatario que debe haber cumplido previamente con todos sus deberes contractuales pues, como señala REBOLLEDO VARELA, *op. cit*., BIB 2010/271, la solución del artículo 9.3, párrafo segundo, "supone exigir del arrendador el cumplimiento de una obligación, lo que el arrendatario sólo podrá hacer si previamente ha cumplido con todas las suyas. En otras palabras, también en esta materia se aplica la excepción de contrato no cumplido que implica que la acción indemnizatoria del arrendatario debe ser desestimada cuando si bien ha desalojado la vivienda por el juego de la excepción a la prórroga, lo ha hecho dejando a deber rentas u otras cantidades a las que contractualmente o por Ley viniere obligado", solución que se desprende también de la STS 30 octubre 2008, en la que se desestima el recurso planteado contra la sentencia de la Audiencia, que había rechazado la pretensión indemnizatoria de la arrendataria con base precisamente en el incumplimiento previo de sus obligaciones.

(44) Entre los cuales se encuentran, sin duda, los costes derivados de las mudanzas para el desalojo y posterior realojo en la vivienda. Más discutible resulta incluir en este concepto las rentas derivadas del alquiler de la vivienda a la que el arrendatario se desplaza después del desalojo. En la doctrina, excluye dicho concepto, por tratarse de una indemnización complementaria al beneficio derivado del realojo por un período de hasta cinco años, GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit*., p. 100, quien excluye incluso la indemnización de la diferencia de rentas entre el alquiler inicial y el alquiler ulterior, cuando aquél fuera más barato que éste. Por el contrario, LLÁCER MATACÁS, *op. cit*., p. 159, sí que considera englobados entre los gastos de desalojo los costes adicionales que le suponga la renta más elevada de la nueva vivienda.

En mi opinión, tanto la literalidad de la norma como su carácter sancionador permitirían incluir dentro de esos gastos derivados del desalojo la renta del nuevo arrendamiento, pues ésta trae causa precisamente de ese desalojo previo y forzoso de la vivienda arrendada. El problema surge por la falta de previsión acerca del plazo en el que se tiene que plantear esa acción personal de reposición o de indemnización. Un plazo breve (como sería el de tres meses previsto en el TRLAU 1964) permitiría incluir la nueva renta arrendaticia dentro de los conceptos indemnizables, pues nos moveríamos en los límites de una sanción al arrendador que podría ser razonable. Ahora bien, al no preverse un plazo de prescripción y regir el general de quince años del artículo 1964 CC, y al cubrirse los gastos generados por el desalojo *hasta el momento de la reocupación*, la inclusión de la nueva renta arrendaticia resulta totalmente inadmisible, pues perfectamente podría ejercitarse la acción doce años después del desalojo, en cuyo caso, ¿sería lógico imponer al arrendador el deber de pagar al arrendatario que fuera en su día indebidamente desalojado las rentas de esos doce años, o incluso

la vuelta a la duración legal mínima del contrato de arrendamiento: no se hace revivir el contrato para que dure el tiempo pactado y, descontado el tiempo ya transcurrido, para que sea objeto de prórrogas hasta cumplir los cinco años de ocupación efectiva (aunque interrumpida) de la vivienda, sino que se pone el contador a cero (pues estamos ante un nuevo contrato) y se posibilita al arrendatario repuesto el disfrute de la vivienda durante el plazo mínimo legal resultante del régimen de prórrogas forzosas a su servicio.

Surge la duda en torno a la regulación de la duración de ese repuesto contrato de arrendamiento. En concreto, no queda claro si ha de durar el plazo que se hubiese pactado en el contrato, con la correspondiente prórroga anual a disposición del arrendatario hasta cumplir cinco años, o si por el contrario ha de durar un año, por aplicación del artículo 9.2 LAU. La literalidad del nuevo artículo 9.3 parece abogar por la primera solución, pues se respetan las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción, que en materia de plazo eran las inicialmente pactadas (45). Sin embargo, esta solución puede resultar en algunos casos perjudicial para el arrendatario, en la medida que puede suponerle una vinculación contractual que vaya más allá de su interés a la hora de celebrar en su día el contrato de arrendamiento, todo lo cual podría frenar la eficacia de su derecho a la reocupación de la vivienda (46).

---

la diferencia de rentas? No lo parece, lo cual aboca a una interpretación restrictiva del concepto "gastos de desalojo".

(45) No así en materia de renta a pagar, pues ésta puede haber sido objeto de actualizaciones en los términos del artículo 18 LAU, en cuyo caso parece que la nueva renta a abonar será la que se pagaba en la fecha de su extinción.

(46) Así sucedería, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento de vivienda pactado con tres años de duración, en el que el arrendador invocase la necesidad de vivienda para evitar su prórroga forzosa. La falta de ocupación en el plazo legal por parte del arrendador permitiría al arrendatario exigir la restauración del contrato anterior. Ahora bien, de hacerse en sus mismos términos, ello implicaría que el arrendatario asumiría un vínculo contractual por otros tres años con posibilidad de prórroga, cosa que puede no interesarle. Es por ello que tal vez resulte más acorde a la *ratio legis*, que en último término no es otra que proteger al arrendatario defraudado por la conducta del arrendador, establecer una duración anual con sucesivas prórrogas anuales (en coherencia con el art. 9.2 LAU), pues sólo así se logra que ese contrato de arrendamiento vuelva a ser para el

Por otra parte, no hubiese estado de más la determinación del *dies a quo* de ese nuevo plazo de hasta cinco años, por coherencia con lo dispuesto en materia de desalojo, siendo razonable que se compute no tanto desde la decisión judicial que rehabilite el contrato extinto, sino desde la puesta del inmueble a disposición de nuevo del arrendatario (por aplicación del art. 9.1, párrafo segundo, LAU).

C) *Las razones de fuerza mayor como eximentes de la sanción al arrendador.* El arrendador que invoca la improcedencia de la prórroga forzosa con base en la situación de necesidad propia, de un familiar en primer grado o de su cónyuge en los casos legalmente previstos, tiene el deber de procurar que dicha ocupación de la vivienda sea efectiva en el plazo de tres meses establecido por el párrafo segundo del artículo 9.3 LAU.

Ahora bien, pueden existir razones justificadas que imposibiliten el cumplimiento en plazo de dicho deber (enfermedad del arrendador, duración de las obras de restauración o de adaptación de la vivienda a las necesidades del arrendador o del familiar que va a ocuparla, etc.). En tales casos, aplicar la sanción legal puede resultar excesivo e injusto para el arrendador, quien tendrá la carga de justificar la circunstancia que le impide la ocupación de la vivienda.

Una vez superado dicho impedimento, procederá la ocupación de inmediato, so pena de permitir al arrendatario acudir al Juzgado para exigir la recuperación de la vivienda o la indemnización del artículo 9.3, párrafo segundo. Me parece dudoso que se pueda restablecer el plazo legal de tres meses, pues las denominadas causas de fuerza mayor eximen de la sanción pero no impiden el transcurso del plazo legal, no sirviendo la fecha de su superación como un nuevo *dies a quo* a efectos del plazo legal de tres meses para la ocupación del inmueble.

Si con el citado párrafo segundo se pretende evitar actuaciones fraudulentas de los arrendadores y sancionar los perjuicios que voluntariamente causen a los arrendatarios desalojados, no parece razonable aplicar dichas sanciones cuando el incumplimiento del plazo legal deriva de circunstancias que no son imputables al antiguo arrendador (47). La solución legal, sin perjuicio de que se pueda

---

arrendatario un negocio plenamente acorde a los intereses (y expectativas vitales, familiares o profesionales) que tenía en el momento de contratar.

(47) Con base en el texto anterior a la reforma de 2009, señalaba LARROSA, *op. cit*., p. 219, que, "obviamente del mismo modo, los tribunales

discutir la oportunidad o no del término fuerza mayor, responde pues a criterios de equidad y permitirá revitalizar la aplicación de la jurisprudencia consolidada surgida en la interpretación del artículo 68 TRLAU 1964 y que se materializó en el reconocimiento de justas causas de desocupación provisional de la vivienda (48).

En todo caso, la lógica del precepto exige que, pese a la demora en la ocupación material de la vivienda, ésta finalmente haya de producirse. Puede dar lugar a equívocos la doctrina seguida en este punto por la SAP Zaragoza 26 enero 2005 que, con base en una muy nutrida jurisprudencia (49) relativa al artículo 68 TRLAU 1964, afirma que "aún cuando la ocupación a que se refiere el precepto arrendaticio ha de ser reconducida a la idea de habitación del piso a que se refiere el contrato locativo, *esta ocupación ha de entenderse ocurrida* cuando se llevan a cabo actuaciones serias que evidencian la intención de habitar el inmueble, como lo son el comienzo de obras de adaptación o reparación, aun cuando éstas no sean terminadas dentro del limitado período de tres meses marcado en la Ley por razones justificadas".

A mi parecer, en tal caso no se está respetando el concepto de ocupación en el que está pensando el precepto legal (en lo que ahora nos interesa, el reformado art. 9.3 LAU), pues la mera realización de esas obras de adaptación no garantiza por sí misma la ocupación de la vivienda por el arrendador, quien, si diésemos ya por satisfecha la exigencia de ocupación, podría perfectamente, una vez terminadas las mismas, poner en venta la casa o celebrar un nuevo arrendamiento.

Más razonable parece el criterio sentado por la SAP Almería 30 marzo 2006, en la que, tras recordar que el concepto de *ocupación* al que se refiere el artículo 68.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos "no puede ser entendido de modo rigorista como toma de posesión material y física para utilizar directamente la vivienda como mora-

---

deberán modular el plazo en el caso de que concurra causa justificada que impida la ocupación a pesar de la actuación diligente del arrendador, examinando tanto las circunstancias objetivas como subjetivas que concurran".

(48) Castro Reina, *op. cit*., p. 88.

(49) SAP Orense 27 febrero 1997, SAP Madrid 23 mayo 1995 y 24 abril 1995, SAP Asturias 16 septiembre 1994 y 9 diciembre 1983, SAP Salamanca 25 octubre 1990 y otras muchas.

da, sino que por tal ha de conceptuarse igualmente la realización de actos inherentes a la posesión y tendentes a habilitar o posibilitar dicho uso, tales como obras de mejora o acondicionamiento", y tras añadir a ello que sin duda "la *ratio essendi* del precepto en cuestión estriba en la voluntad de evitar situaciones fraudulentas en las que se trate de obtener el cese de un arrendamiento mediante una necesidad no real o que luego no se satisface mediante la vivienda cuyo inquilinato se extingue", concluye afirmando que "la rigurosidad de la norma ha de ser moderada cuando lo que se aprecia no es una falta de necesidad, sino la existencia de causas que llevan razonablemente a *demorar la ocupación física*".

Dicho de otro modo, se admiten las obras de mejora y acondicionamiento en cuanto que actos manifestativos de una voluntad de ocupación física e impeditivos de la sanción legal, pero esta ocupación física sigue resultando en último término necesaria (50). Cuestión distinta es que, habiéndose producido ya el desalojo del arrendatario y estando aún pendiente el arrendador o el familiar protegido por la LAU de ocupar efectivamente la vivienda, concurra una razón de fuerza mayor (enfermedad que exige un tratamiento prolongado en el extranjero o asistencia en un centro médico especializado, traslado laboral forzoso, etc.) que le impida definitivamente llegar a entrar en la vivienda. En tal caso, imponer al arrendador la solución sancionadora prevista por la norma resultaría excesivamente riguroso, lo que permite entender que dicho supuesto tenga perfecta cabida en el inciso final del artículo 9.3, párrafo segundo, LAU.

4.2. MODIFICACIONES ABORDADAS PERO DISCUTIBLES

Una de las críticas principales que se podían formular al texto de 1994 era que al circunscribir (a efectos denegatorios de la prórroga forzosa) la necesidad de vivienda únicamente al arrendador, éste

(50) LLÁCER MATACÁS, *op. cit.*, p. 158, tras afirmar que "parece más coherente atender a la intención que legitima al arrendador para recuperar la posesión (arts. 430 y 433) y apreciar si, durante este tiempo, tomó posesión del inmueble llevando a cabo una actividad que denote de forma inequívoca su propósito de destinarla a vivienda", añade que ello es así "siempre que posteriormente los hechos no contradigan la intención anunciada y el arrendador ocupe materialmente la vivienda en calidad de residencia habitual".

podía verse desincentivado a la hora de arrendar la vivienda, ante la posibilidad de que algún familiar próximo la necesitase en el corto o medio plazo (51). Consciente de ello y en coherencia con la intención expresa de reformar la Ley de Arrendamientos Urbanos para lograr un fomento del alquiler de vivienda, el legislador ha optado por ampliar el número de beneficiarios de la excepción a la prórroga, de la cual podrán servirse también, por medio del arrendador, "sus familiares en primer grado de consanguinidad o adopción" o "su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o de nulidad matrimonial".

Varios comentarios merece dicha previsión legal:

A) *Limitación al primer grado de parentesco*. Amén de la seguramente innecesaria referencia al parentesco en primer grado *de consanguinidad o por adopción* (52), llama la atención no tanto la exclusión de los hermanos como de los demás ascendientes o descendientes, dentro del ámbito de los posibles beneficiarios de la excepción a la prórroga legal.

La no inclusión de los hermanos ya estaba prevista en el artículo 62.1 TRLAU 1964 y parece coherente con la consolidación social y jurídica de un modelo de familia nuclear e, incluso, con la posición subordinada que ocupan los hermanos a efectos de la obligación alimenticia. Más llamativa resulta la exclusión de los abuelos o de los nietos, quienes no han sido tenidos en cuenta por el nuevo artículo 9.3 LAU, sin que se sepa muy bien por qué (53).

B) *Cobertura de las necesidades del cónyuge del arrendador*. En tal caso, el precepto parece estar pensando en la inclusión en el contrato de una cláusula en la que se prevea la situación de ne-

(51) *Vid.* ROJO AJURIA, *op. cit*., pp. 150-151.

(52) Pues si la adopción es filiación y la filiación por naturaleza y adoptiva surten los mismos efectos (art. 108 CC), no se ve la necesidad de dicha distinción.

(53) La enmienda 26 en el Congreso del Grupo Parlamentario Popular proponía la extensión de la protección de la norma a los familiares en segundo grado de consanguinidad o por adopción, lo cual se justificaba por el deseo de abarcar situaciones que se consideraban habituales (la de los nietos y hermanos del arrendador) y que la norma no contemplaba. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, número 16-6, 20 de marzo de 2009. La enmienda, sin embargo, fue rechazada.

cesidad en la que puede encontrarse el cónyuge del arrendador en caso de divorcio o de nulidad matrimonial. Resulta poderosamente llamativo que se excluyan los supuestos de separación matrimonial (54), en los cuales existirá la misma situación de necesidad para el cónyuge del arrendador que en los otros (55). No parece que ni el cambio en el tratamiento legal de la separación (que tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, pasó de ser una fase previa y prácticamente ineludible para la disolución del matrimonio a ser una más de las opciones con la que cuentan los cónyuges) ni su cada vez más menguada proyección práctica (56) justifiquen la imprevisión del nuevo artículo 9.3 LAU.

Asimismo, no queda del todo claro el supuesto de hecho contemplado por la norma. Tratándose de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, estaríamos ante un cónyuge que arrendaría una vivienda de su propiedad (pero distinta de aquella que sirve

(54) Ausente la referencia al cónyuge del Proyecto de Ley, será la enmienda 44 del Grupo Parlamentario catalán (CIU) la que promueva la cobertura de la necesidad de vivienda del cónyuge del arrendador en los casos de separación, divorcio o nulidad. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, número 16-6, 20 de marzo de 2009. La redacción actual del precepto, con su exclusión de los supuestos de separación matrimonial, arranca ya del Informe de la Ponencia al texto único resultante de la unificación de las dos propuestas legislativas señaladas *supra*, BOCG, Congreso de los Diputados, número 32-1, 6 de julio de 2009, pasando por el Senado, sin que en éste se plantease enmienda alguna al respecto.

(55) Como señala LOSCERTALES FUERTES, *op. cit.*, 7.ª edición, 2009, p. 163, "parece excesivo que cuando se habla del cónyuge sólo se haga mención al divorcio o nulidad, de tal forma que la necesidad no aparece si lo que se produce es solamente la separación. No tiene justificación excluir esta situación para que aparezca la causa de denegación de prórroga, pues es evidente que, al separarse, cada uno de los cónyuges tiene necesidad de vivienda".

(56) En el año 2008, el número de separaciones ingresadas en los Juzgados fue de 9.071, frente a 121.814 divorcios y 175 nulidades (*La Justicia dato a dato: 2008,* Consejo General del Poder Judicial, Sección Estadística Judicial, 2 julio 2009, p. 58). Por su parte, en los tres primeros trimestres de 2009, el número total de separaciones ascendía a 6.145, frente a 83.616 divorcios y 122 nulidades (*Datos de Nulidades, Separaciones y Divorcios ingresados en los trimestres primero a tercero*, Consejo General del Poder Judicial, Sección Estadística Judicial, fechas 30 junio 2009, 30 septiembre 2009 y 15 diciembre 2009).

como domicilio familiar) y que se la reservaría para que, en caso de ruptura del matrimonio, su ya no cónyuge pudiera ocupar la vivienda en detrimento del arrendatario, al que se privaría de la prórroga forzosa. El supuesto parece totalmente forzado y es muy dudoso que una solución así sea justa para el arrendatario.

Si los cónyuges están casados bajo un régimen de gananciales, ostentando la vivienda arrendada dicha condición, la celebración del contrato de arrendamiento exigiría el consentimiento de ambos cónyuges, en cuanto que acto de administración de un bien común (art. 1375 CC). Así las cosas, parece que la protección del cónyuge en situación de necesidad vendría más bien por la vía de la acción de anulabilidad (art. 1322 en conexión con el art. 1301, párrafo final, CC). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo que la administración conjunta no implica necesariamente coactuación, siendo suficiente a tal efecto con la actuación individual de uno de los cónyuges y el asentimiento expreso, tácito o implícito del otro al negocio así concluido, pudiendo incluso deducirse dicho asentimiento de la pasividad y del silencio y no impugnación por parte del cónyuge no firmante, conocedor del negocio concluido por el otro (57).

La duda surge entonces acerca de si dicho asentimiento implícito o tácito convierte a dicho cónyuge en coarrendador. De ser así, la reforma del artículo 9.3 carecería en este punto de sentido. Más bien parece que el legislador ha considerado que ese asentimiento no le confiere formalmente la cualidad de arrendador, razón por la cual puede tener sentido que quien sí celebró el contrato en tal condición decida incluir una cláusula de supresión de la prórroga forzosa para el caso de quiebra matrimonial y, tras la atribución del uso de la vivienda familiar a quien figura como arrendador, necesidad sobrevenida de vivienda en su ex cónyuge.

Al margen de las críticas precedentes, la ampliación al cónyuge del número de beneficiarios de la excepción a la prórroga puede arrojar algo de luz sobre la visión que tenía nuestro legislador acerca de la concreción o no en el contrato de la causa de necesidad de

(57) *Vid.* STS 7 junio 1990, 11 octubre 1990, 20 junio 1991, 22 diciembre 1993 o 15 julio 1999. En la doctrina, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, IV, volumen 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 458-459.

vivienda. Parece poco probable que el legislador estuviera pensando en un arrendador que, consciente de la crisis matrimonial inminente o, aún mejor, de la nulidad del matrimonio contraído, celebre un contrato de arrendamiento en el que haga constar ante el arrendatario la necesidad de vivienda que puede tener en un futuro inmediato su cónyuge. Más razonable parece pensar que el legislador ha tenido en cuenta el contexto divorcista que caracteriza en la actualidad a la sociedad española y que ha otorgado a quien se esté planteando realizar un contrato de arrendamiento, la posibilidad de recuperar la vivienda en caso de que una eventual crisis matrimonial genere la necesidad de recuperar la vivienda arrendada para sí mismo o para su cónyuge (en función de quién se quede con la vivienda en la que el matrimonio tiene su domicilio). Esto es, una visión del concepto de necesidad desvinculado de la previsión consciente y ya conocida de la necesidad futura.

4.3 CUESTIONES DEJADAS SIN TRATAR

Para terminar, hay que comentar algunos aspectos que el legislador debió afrontar en su reforma de 2009 y que, voluntariamente o no, pasó por alto.

A) *Establecimiento de un plazo para el abandono de la vivienda arrendada*. El texto legal prevé la constancia en el contrato de la necesidad del arrendador como causa de inaplicación de la prórroga forzosa, pero no indica en qué momento debe el arrendador notificar al arrendatario la situación de necesidad contractualmente prevista y la procedencia del abandono de la vivienda. Llevado al extremo, si el arrendador notificase la situación de necesidad unos días antes del vencimiento del plazo pactado o de la prórroga en curso, el arrendatario se vería forzado a desalojar la vivienda, lo que le colocaría en una situación francamente complicada, al tener que buscar apresuradamente una nueva vivienda familiar.

A tal efecto, disponía el artículo 65.1 TRLAU 1964 que la denegación de la prórroga forzosa exigía la práctica de un requerimiento fehaciente al inquilino con un año de antelación, disponiendo de todo ese año (ampliable hasta seis meses más, por razones de equidad: art. 67) para proceder al desalojo. La vigente Ley 29/1994 guarda silencio al respecto.

A mi modo de ver, la solución no pasaría por establecer un plazo de preaviso al que se supeditase la eficacia de la supresión de la prórroga forzosa (58), pues la situación de necesidad puede surgir precisamente cuando ya se ha superado el plazo mínimo de preaviso, impidiendo pues la supresión de la prórroga forzosa. Más bien, se trataría de otorgar al arrendatario un plazo razonable para el abandono de la vivienda (59), plazo que debería ser breve para evitar que el mismo impidiese la satisfacción de la necesidad de vivienda del arrendador o sus familiares legalmente protegidos (60).

B) *¿Previsión de un plazo mínimo de duración del arrendador en la vivienda*? La Ley tampoco aborda el tema de qué sucede si, tras ocupar el arrendador, su ascendiente o descendiente de primer grado o su excónyuge, la vivienda recuperada, ésta queda posteriormente desocupada, o pasa a vivir en ella un familiar con distinto grado de parentesco, o resulta vendida o alquilada a un tercero (61).

(58) Es lo que hacía el artículo tercero de la Proposición de Ley Orgánica 122/000010 planteada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). En dicho precepto se atribuía al artículo 9.3 LAU un párrafo segundo en el que se exigía un requerimiento de forma fehaciente del arrendador al inquilino "*con tres meses de antelación…*". *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, número 28-1, 11 de abril de 2008.

(59) MARÍN LÓPEZ, *op. cit*., p. 209, nota 53, entiende que "basta con reclamar con la antelación acorde con la buena fe en el ejercicio de los derechos". LLÁCER MATACÁS, *op. cit*., p. 157, considera que "analógicamente debería aplicarse el mismo plazo que debe respetar el arrendatario para manifestar su voluntad de no renovar el contrato", añadiendo que "en cualquier caso, los derechos no pueden ejercerse sorpresivamente, causando perjuicio a la contraparte y provocándole indefensión a la hora de gestionar adecuadamente sus intereses (art. 7 CC)".

(60) LOSCERTALES, *op. cit*., 7.ª edición, 2009, p. 164, ante la falta de establecimiento de requisitos concretos para la denegación de la prórroga, estima "suficiente remitir al arrendatario un requerimiento fehaciente (bastará un burofax con acuse de recibo y certificado de texto)… donde se conceda un plazo para el abandono de la vivienda, que objetivamente sea suficiente para ello, considerando por nuestra parte que habría de conceder un mínimo de un mes".

(61) MUNAR, *op. cit*., p. 177, lo ve como un problema no resuelto (a diferencia de lo que pasaba en 1964), lo que puede dar lugar a que "el arrendador ocupe la vivienda y al cabo de un mes la vuelva a arrendar, sin que en este supuesto tenga el antiguo arrendatario arma legal alguna para atacar la actuación del arrendador".

El artículo 9.3 se limita a exigir que el arrendador haga constar en el contrato "la necesidad de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a *vivienda permanente* para sí…". Esta exigencia de permanencia impide aceptar una ocupación por un plazo breve (62). Ahora bien, ¿qué se entiende por permanencia? ¿Cuándo la ocupación es lo suficientemente breve para considerar que no se ha respetado la vocación de permanencia que preside la Ley?

Aunque parte de la doctrina ha propuesto como plazo mínimo el que faltase al arrendatario para completar los cinco años de duración mínima legal (63), parece más razonable aplicar en estos casos "una interpretación del plazo de ocupación alejada de posiciones fijas y en atención a las circunstancias subjetivas del arrendador que hayan motivado el abandono de la vivienda y con la posibilidad de aplicar el fraude de ley cuando exista una manifiesta intención defraudatoria del arrendador" (64). Es esta la posición de la SAP Burgos 31 enero 2002, en la que, tras señalar que "para evitar fraudes en la utilización de la facultad prevista en el artículo 9.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debe exigirse, en recta interpretación de dicho precepto, que el arrendador, tras desalojar al arrendatario por causa de necesidad, ocupe la vivienda durante un espacio de tiempo que acredite que la necesidad no sólo era real, y no mera conve-

(62) La SAP Baleares 25 noviembre 2004 no considera que exista situación de necesidad a los efectos del artículo 9.3 LAU cuando se exige la recuperación de la vivienda para habitarla el tiempo que duren las obras en su propia vivienda familiar, pues ha de tratarse de una necesidad permanente de vivienda. En este caso, además, los arrendadores procedieron de inmediato a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento con un tercero, lo que justificó la aplicación de la pretensión indemnizatoria del artículo 9.3, párrafo segundo, LAU.

(63) Castro Reina, *op. cit*., p. 88; Rojo Ajuria, *op. cit.,* p. 149.

(64) Larrosa Amante, *op. cit*., p. 221. Marín López, *op. cit*., p. 214, afirma que "como tampoco es dable pretender la amortización indefinida de la vivienda recuperada en manos del arrendador (quien acaso la necesitaba ciertamente en el momento de la recuperación, pero dejó de necesitarla algún tiempo después), habrá que decir ante cada caso concreto sobre si la vivienda recuperada satisfizo o no, durante un tiempo razonable, una real necesidad de vivienda permanente para sí del arrendador", proponiendo como dato significativo al respecto el tiempo transcurrido desde la ocupación por el arrendador hasta su cesión o venta a un tercero.

niencia, sino también una necesidad de ocupación efectiva para destinar el piso arrendado a vivienda permanente", se afirma que ante la ausencia de normas que fijen el tiempo suficiente de ocupación, habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto (65).

No hubiese estado de más prever las consecuencias de la enajenación de la vivienda o de la celebración de un nuevo alquiler por parte del arrendador. En tales casos, cabe plantearse si la obligación alternativa impuesta por el artículo 9.3 al arrendador se convierte en obligación simple, al no poder reponer al arrendatario en la vivienda en perjuicio de terceros (del nuevo propietario o del nuevo inquilino); o si por el contrario ese derecho de reposición del arrendatario desalojado es oponible frente al nuevo propietario o frente al nuevo inquilino. Aun siendo una cuestión discutible, me inclino por la primera solución, en la medida que el artículo 9.3 habla de extinción del contrato de arrendamiento primitivo, de modo que, por mucho que se rehabilite el contrato preexistente y se recuperen las condiciones contractuales del mismo, lo que parece claro es que en el momento de celebrarse esa enajenación o ese nuevo arrendamiento, la vivienda estaba libre y no existía un arrendatario que pudiese invocar el artículo 14 LAU para proteger su derecho (66).

C) *Fijación de un plazo para el ejercicio de la acción de reocupación o de indemnización*. En caso de falta de ocupación de la vivienda por el arrendador, siempre y cuando ello no se deba a las razones de fuerza mayor mencionadas en el propio precepto, dispo-

(65) En el caso de autos, la arrendadora había alegado la necesidad de vivienda tras denunciar a su compañero sentimental por violencia doméstica. El arrendatario, sensible a la urgencia de la petición, dejó libre la vivienda incluso antes de cumplirse el año pactado en el contrato. La arrendadora se reconcilió con su pareja y reanudó la convivencia en su anterior vivienda familiar, no quedando probado si la arrendadora llegó a ocupar la vivienda durante cuatro meses, como alega. En todo caso, se señala que la situación del arrendatario no puede quedar sujeta a las contingencias de la vida sentimental de la arrendadora, quien "pudo y debió ofrecer de nuevo el piso al arrendatario desalojado con la consiguiente indemnización por los perjuicios causados, o haber intentado paliar de otro modo tales perjuicios".

(66) Señala Marín López, *op. cit.,* p. 211, que "la acción de recuperación de la vivienda por el antiguo arrendatario… sólo es ejercitable si el inmueble permanece en la esfera jurídica del arrendador, pero no si ha pasado a manos de un tercero, pues este derecho recuperatorio carece de eficacia real", salvo que la tenga por acceder al Registro de la Propiedad.

ne el artículo 9.3 LAU que el arrendatario puede forzar al arrendador a reponerle en el uso y disfrute de la vivienda o a indemnizarle. Lo que no establece el precepto es en qué plazo debe ejercitarse una u otra acción por parte del arrendatario cuyo derecho a proseguir viviendo en el inmueble arrendado se ha visto defraudado.

El artículo 68.1 TRLAU 1964 establecía que la falta de ocupación por el arrendador durante tres meses de la vivienda desalojada permitía al inquilino recuperarla durante otro plazo igual. La vigente ley arrendaticia guarda silencio al respecto y no ha sido modificada por la Ley 19/2009, lo que nos aboca a la aplicación del plazo general de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, esto es, a un plazo de prescripción de quince años (art. 1964 CC y Disposición Adicional Décima de la LAU 1994), lo que parece a todas luces excesivo (67). Piénsese en qué sucedería si el arrendatario ejercitase varios años después la acción de reocupación de la vivienda y exigiese los gastos experimentados por haber estado todo ese tiempo pagando la renta arrendaticia de otra vivienda: la concesión de un plazo tan amplio dejaría en sus manos la imposición de una sanción al arrendador totalmente desorbitada.

D) *Exclusión del tercero adquirente de la vivienda arrendada del ámbito de sujetos protegidos por el artículo 9.3 LAU*. Como he señalado con anterioridad, la interpretación del artículo 9.3 LAU y de la exigencia de que conste expresamente la necesidad de vivienda, se ve condicionada por el juego de dicho precepto con el artículo 14 LAU. Una visión casualizada de la necesidad permite respetar la protección del arrendatario frente al tercero adquirente de la vivienda, sometiendo a éste al régimen de prórrogas forzosas. Una visión genérica de la mención a la necesidad de vivienda, permitiría a este tercero adquirente soslayar los límites derivados del artículo 14 LAU, pues en la inmensa mayoría de casos quien adquiere una vivienda lo hace precisamente para satisfacer dicha necesidad. Con esta interpretación, sólo quienes adquirieran la vivienda arrendada como inversión o como residencia vacacional no podrían invocar el artículo 9.3 y se verían afectados por el artículo 14 LAU.

(67) En opinión de ROJO AJURIA, *op. cit.,* p. 149, "parece mejor solución la de establecer el mismo plazo de tres meses tanto para la ocupación del arrendador, como para la recuperación del arrendatario".

Ahora bien, sabemos que la intención expresa del legislador es promover el mercado del alquiler de viviendas e incentivar a los propietarios a colocar esos inmuebles en dicho mercado. Y parece claro que la mejor manera de conseguir este objetivo pasa no sólo por ampliar el número de beneficiarios de la protección legal, sino también por extender ésta a nuevas situaciones de necesidad que puedan surgir en los arrendadores, lo que parece poco compatible con un sistema de causalización de la necesidad.

¿Cómo cuadrar el círculo? Mediante una reforma del texto del artículo 9.3 LAU en la que se añada que el tercero adquirente de la vivienda arrendada no podrá hacer uso de la cláusula de supresión de la prórroga forzosa por razón de necesidad (68), pese a disponer el artículo 14 que dicho adquirente queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador. Todo ello a menos que tal adquirente sea una de las personas protegidas por la nueva redacción del artículo 9.3 LAU (ascendientes o descendientes de primer grado del arrendador, o su excónyuge cuando proceda), pues en ese caso no parece que tenga sentido que quien gozaba de protección legal por ser pariente del arrendador, no la tenga al subrogarse él mismo en la posición de arrendador.

Hecha esta excepción, la prohibición me parece coherente, pues en el fondo ambos preceptos responden a lógicas y a finalidades diversas, que han de ser preservadas.

El artículo 9.3, guiado por esa finalidad de promoción arrendaticia, busca proteger al arrendador frente a la eventual situación de necesidad y le permite la inclusión de una cláusula que, no lo olvidemos, tiene que ser admitida también por el arrendatario. Es decir, ambos pactan que en caso de sobrevenir la necesidad de vivienda

(68) En sentido totalmente opuesto y a mi juicio criticable, la enmienda 26 en el Congreso a cargo del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Congreso de los Diputados, número 16-6, 20 marzo 2009) y la enmienda 1 en el Senado a cargo del mismo grupo (BOCG, Senado, núm. 19-c, 22 septiembre 2009), pretendían incluir en el artículo 9.3 LAU una frase según la cual "este mismo derecho (esto es, el configurado por la propia enmienda como derecho de impedir la prórroga forzosa del contrato cuando, por causas previstas en el contrato o por circunstancias sobrevenidas o de fuerza mayor, imprevistas al tiempo de su formalización, que estén debidamente acreditadas, el arrendador necesitase la vivienda) asistirá al adquirente de la vivienda, en caso de venta".

al arrendador dentro de los cinco años siguientes a la celebración del contrato, se antepondrá la necesidad de vivienda del arrendador a la del arrendatario y no procederán las prórrogas legales. Y si el legislador permite ese pacto, que claramente va en contra de los intereses del arrendatario, es porque con su tolerancia persigue un fin superior, como es incrementar el número de viviendas en alquiler.

Por el contrario, el artículo 14 busca proteger al arrendatario frente a los actos de enajenación de la vivienda por parte de su arrendador. No busca estimular la enajenación de viviendas arrendadas (tampoco proscribirla), sino más bien evitar que, en la hipótesis típica, la venta de la vivienda provoque la extinción del derecho del arrendatario. En definitiva, huir del aforismo "venta quita renta" contenido en el artículo 1571 CC y convertir al arrendamiento en una suerte de gravamen oculto que será oponible al adquirente con independencia de su no constancia registral y de que ese tercero ignorase la existencia del arrendamiento.

Interpretar la necesidad en un sentido genérico constituiría un incentivo no sólo al alquiler de viviendas, sino también a su enajenación posterior en perjuicio del arrendatario. Es por ello que para poder seguir esa interpretación, beneficiosa por las razones ya expuestas, se tendría que introducir una disposición correctora, con la que se evitaría alterar el sentido último del precepto y se evitaría la vulneración del artículo 14 LAU.

EL RENACIMIENTO DEL NOTARIADO Y DEL DOCUMENTO PÚBLICO. PROCESO HISTÓRICO (*)

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Profesor Titular de Universidad
Área de Derecho Romano
Universidad de Valencia

SUMARIO

I. LAS PRIMERAS *SUMMAE* MEDIEVALES
1.1. *Summa Perusina*
1.2. *Petri Exceptiones Legum Romanorum*
1.3. *Summa Codicis Trecensis*
1.4. *Lo Codi*
1.5. *Brachylogus Iuris Civilis*

II. LA DOCTRINA DE LOS GLOSADORES

III. *INSTRUMENTUM PUBLICUM* EN LAS FUENTES Y EN LA DOCTRINA CANÓNICA
3.1. *Decretales Gregorii IX*
3.2. Goffredus Tranensis, *Summa Super Titulis Decretalium*
3.3. Baldus de Ubaldis, *Ad Tres Priores Libros Decretalium*
3.4. Bernardus Papiensis, *Summa Decretalium*

IV. *LIBRI DE IUDICIORUM ORDINE: PILLIUS - TANCREDUS - GRATIA - AEGIDIUS*

V. *STILUS NOTARIAE*

VI. *STILUS VEL CURSUS NOTARIAE*

(*) El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación *La jurisdicción voluntaria: un mandato legislativo pendiente de*

La Recepción del *ius commune* y la consiguiente renovación procesal que supuso el *ordo iudiciorum* motivó el renacimiento de la institución notarial y del documento público, al transformarse la figura del *scriptor* y la *scriptura* privada alto-medieval en el *publicus notarius* (1) y en el *instrumentum publicum* (2).

---

cumplimiento. Cuestiones generales. Ministerio de Educación y Ciencia, Ref. DER 2008-0640-c02-01. Proyecto dirigido y coordinado por el Dr. Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN.

(1) NEBRIJA, A. DE: *Vocabularium iuris utriusque,* voz *Notarius: Notarius est publica persona quod a eius officium ad publicam utilitatem inventum est, et dicitur a notando quod est negotia hominis publice, et authentice in publicam, et authenticam formam redigere. Et item dicitur scriba a scribendo, et tabellio, seu tabellarius, a tabula. Require supra locis suis; voz Tabellarius:Tabellarius sive tabellio est publica persona sacramento astricta ciuitati ut rationes et acta in formam publicam redigat, a principe ad hoc officium deputatus, et confirmatus, vel sic. Est persona publica habens officium scribendi instrumenta super contractibus vel aliis rebus ad faciendam fidem super eisdem*.

(2) BONO, J.: *Historia del Derecho notarial español*. I. Madrid, 1979, p. 231. NEBRIJA, A. DE: *Vocabularium iuris utriusque*, Voz *Instrumentum*: *Secundum Hostiensem in Summa titulo de fide instrumentorum et secundum Speculum titulo de editione instrumentorum in principio est scriptura ad assertionen seu probationem alicuis rei facta. Est autem instrumenti appellatio generalis, qua continentur omnia ea quibus causa instrui potest. Et sic testamentum, codicillus, testimonia, et personae testes, quibus causae instrui debentur, loco instrumentorum habentur. ... Sunt autem instrumentorum duae species. Nam aliud publicum, aliud priuatum instrumentum. Publicum est solennis et rite ordinata scriptura, per authenticae personae, manum publice facta, ex causa memoriae. Et sunt illa solennitate qua faciunt instrumentum publicum, et authenticum regulariter, ut scilicet praeponatur nomem Imperatoris et annus imperii, nomen consulis, et annus consulatus. Hodie vero ponitur nomem summi Pontificis cum aliis septem, ut sunt annus domini, indictio, mensis, dies, locus, cum nomine notarii. Et dicitur publicum instrumentum quia iudicis auctoritate, est exemplificatum et authenticatum. Item publicum instrumentum, quia authentico sigillo est sigillatum. Item dicitur publicum instrumentum, quod in iudicio dicitur, seu scribitur apud acta publica, et valet etiam per quemcumque scriptum fit de probatione quoniam. Item dicitur publicum instrumentum, quod habet subscriptionem trium testium viventium. Item dicitur publicum instrumentum quod de archivo publico vel armario producitur, ut liber censualis in quo scribuntur census, vel liber annotationum, et ei creditur si habet publicum testimonium, scilicet quod iudex confiteatur illud de archivo publico esse productum. Et cui libet*

Con el renacimiento de la Ciencia jurídica, los *notarii* o *scribae publici* desarrollaron, conforme a unas reglas gramaticales y estilísticas muy precisas –*ordo scripturae*–, una nueva técnica de redacción de los documentos y contratos denominada *ars dictandi* (3), formularios que, al estar inspirados en la nueva recepción del Derecho romano-canónico, favorecieron, en palabras de FONT RIUS, la introducción del nuevo *ius* en el ámbito hereditario, contractual y judicial (4):

> PERERA y BLASCO: *...; sed hinc est, quod isti tales appellantur Notaris de formulari, in quibus quotidie errores maximi, et graves commissi agnoscuntur ea certe de causa, quia in ordinatione instrumentorum sequuntur illam formulam, quam scriptam inveniunt, eisque videtur accommodari contractui, quem perficiunt, et saepe saepius scribunt clausulas, et renuntiationes, quae minime tali conveniunt contractui, et hoc vere procedit ex defectu Theoricae, quia non recte procedi potest ad practicalis industriae promptitudinem absque artificialis Theoricae rationibus, hoc est, absque illuminatione intellectus, et cogitatione veritatis; nullus enim esse valet in illa, quam profitetur arte perfectus, si in istius meditatione opera non quiescunt; ...* (5).

---

instrumento fides adhibetur, ut patet per iam dicta et per multa alia iura. Instrumentum priuatum est quod per manum priuatam confectum est, ut a tabellionem, non tamen in forma publicam scriptum, ut quia nec nomen Imperatoris, nec Consulis, nec Papae apposuit. Et tale instrumentum debet habere trium testium subscriptionem. Et priuatum instrumentum a quoacumque fit scriptum nisi aliquod dictorum modorum fit roboratum non valet.

(3) GIBERT, V.: *Ars nostra Notariae, sicut, et aliae omnes Artes, et Scientiae, Theoricam, et Praxim complectitur. Illa in cognitione regularum consistit. Ista in earundem exercitio, et debita applicatione versatur. Theorica enim nihil aliud est, quam Illuminatio intellectus, et cognitio veritatis, nam qui Theoricam habet, intellectum habet illustratum regulis, et praeceptis Artis, vel Scientiae illius, quam profitetur. Theorica nostra definitur: Artis Notaria scientia comprehendens naturas personarum, rerum, ac negotiorum, quae ab hominibus licite geruntur, et posterioritati commendantur*.

(4) FONT RIUS, J. M.ª: "La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media", *Recuil de Memoires et travaux*. Montellier, 1966, p. 92.

(5) PERERA y BLASCO, P. J.: *Compendium Theoricae seu rudimenta artis notarie, ex quamplurimus ejusdem artis auctoribus compilata*. Figueriis, 1772. *Proemium*, *Ad lectorem*.

Supuesto que la tradición documental no ha sido uniforme, ni su continuidad puede ser interpretada como un proceso histórico lineal, entendemos necesario, para una mejor comprensión del Notariado y del documento público en el Reino Valenciano, exponer las líneas evolutivas de la institución objeto de estudio durante la Alta y Baja Edad Media.

I. LAS PRIMERAS *SUMMAE* MEDIEVALES

Un primer estadio de esta evolución lo hallamos en las primeras *Summae*, en las que sólo cabe ver un conocimiento fragmentario e incompleto del *Corpus Iuris Civilis*, obras en las que, de una forma abreviada, intentan dar una difusión a la Compilación justinianea adecuada a la simplificación de la cultura jurídica de la Alta Edad Media.

1.1. *SUMMA PERUSINA*

Un ejemplo notable de esta forma de proceder cabe observarlo en la *Summa Perusina* (6), donde vemos no sólo la ausencia de una elaboración doctrinal, como lo demuestra la falta de anotaciones marginales o formulaciones complementarias, sino importantes variantes textuales al *Codex*.

Teniendo presente la finalidad esencialmente práctica de estas primeras redacciones del período alto-medieval, la terminología empleada se reduce a fórmulas breves y sintéticas, asumiendo únicamente determinados supuestos de su enunciado normativo, lo que determinará que se sustituya el estilo epistolar de los rescriptos imperiales por la técnica de la formulación de *regulae iuris*, de principios de experiencia práctica.

Esta tendencia cabe constatarla en las breves referencias en torno al documento público.

[1] En concreto, a la fe del documento público:

(6) *Adnotationes Codicum Domini Justiniani [Summa Perugina]*. Ed. Pateta, F., *BIRD*, 12 (1930).

ADNOTATIO: *Fides veritatis et per publica scrinia amittantur* (7).

[2] Al idéntico valor alcanzado por la prueba documental y testifical (8):

ADNOTATIO: *Si probationibus constituisti ostendere et non potuisti, si per fidem publicam ostendere potest, firmum est* (9).

[3] A la necesidad de que el documento esté plenamente redactado por el notario, para que éste pueda alcanzar *plena fides*:

ADNOTATIO: *Instrumenta in sceda facta aut non completa a scriba non valet* (10).

[4] Finalmente, se recoge la necesidad del juramento contra la imputación de falsedad en un documento extraviado:

ADNOTATIO: *Factam fidem chartulae pulsatus et accusare voluerit et iuraverit se potuisset probare et petitor iuraverit eam perdidisse, evaserunt ambo* (11).

1.2. *PETRI EXCEPTIONES LEGUM ROMANORUM* (12)

En esta *Summa* provenzal del siglo XII, si bien aún no se hallan referencias directas al término *notarius*, sí se pueden ver, como atestigua BONO (13), algunos aspectos de la práctica documental, como la *firmantia* (14) o la *securitas* (15), y, fundamentalmente,

(7) S. P. 2,1,2.
(8) Documento que no se viciaba por un mero error del escriba. Cfr. S. P. 4,23,23: *Si ad scriba fallit textum testamenti legibus facere, non impedit testamentum*.
(9) S. P. 4,21,4.
(10) S. P. 4,21,17.
(11) S. P. 4,21,21.
(12) *Petri Exceptiones Legum Romanorum*. Ed. SAVIGNI, F. C., *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*. III. Roma, 1972.
(13) BONO, J.: *Historia del Derecho notarial Español. I. La Edad Media*. 1. Madrid, 1979, p. 166.
(14) PETRI EXCEPTIONES 4,1.
(15) PETRI EXCEPTIONES 1,3.

un reconocimiento de la prueba testifical, de los indicios y de *carta publice facta* como medios de prueba preferentes:

> *Actoris enim officium est intendere et probare testibus idoneis, vel chartis publice factis, vel veresimilibus iudiciis* (16).
>
> *Probatio fit aut testibus aut chartis aut argumentis aut indiciis verisimilibus* (17).

La correlación entre *instrumenta –falsa instrumenta–* y *testes –falsos testes–* la hallamos en el capítulo *De facto Placito*:

> *Nam, si per falsa instrumenta vel per falsos testes qui appareant transactio facta est, tunc, etiam si cum iureiurando placitatum est, si veritas rei aperta monstrari possit, totum rescindetur nec intelligas hunc, qui sic deceptus erat, commisisse periurium. Sin autem sine dolo alteutrius transactio facta est, licet postea inveniantur instrumenta vel testes qui veritatem aperiant, rescindi eam minime iura patiuntur, etiam si statim poeniteat eum qui transegit, nisi uterque consentiant* (18).

Frente a la prueba testifical y documental, el *sacramentum* se admite únicamente *in defectum probationis*, "luego, no es prueba":

> *Sacramentum non est probatio, sed in defectum probationis datur reo vel actori quem iudex rei certiorem esse cognoverit, et quem magis iuramentum timere perspexerit. … Ergo sacramentum probatio non est* (19).

1.3. *SUMMA CODICIS TRECENSIS*

Una mayor comprensión de la continuidad de la tradición justinianea la hallamos en la *Summa Codicis Trecensis*, donde aborda el estudio del documento público en la rúbrica *De fide instrumentorum* (20).

Dado el notable influjo que la recepción del *Corpus Iuris Civilis* tuvo en la obra (21), ésta constituye, a nuestro juicio, el primer

(16) PETRI EXCEPTIONES 4,7.
(17) PETRI EXCEPTIONES 4,41.
(18) PETRI EXCEPTIONES 4,27. Cfr. C. 2,4,41-41; D. 2,14,7.
(19) PETRI EXCEPTIONES 4,41. Cfr. D. 12,2,2; C. 3,32,19; C. 4,1,3; C. 4,21,15.
(20) *Summa Codicis Des Irnerius.* Ed. Fitting, H. Berlín, 1894.
(21) DAZA MARTÍNEZ, J.*: Iniciación al estudio histórico del Derecho*

intento por configurar y perfilar la recuperación de la institución del Notariado como *publica persona*, lo que pudo propiciar la creación de un modelo común, que no tardaría en ser aceptado en los distintos reinos del medioevo europeo.

Este impulso renovador se verifica por la definitiva ruptura de los modelos precedentes, así como por la propia construcción conceptual de la institución, formulada sustancialmente al amparo del sistema jurídico romano.

> *Item instrumenta quoque speties probatonium sunt. quorum auctoritas maxima est propter fidem publicam, et ideo de his supponit. Instrumentorum quidem nomine generaliter ea omnia accipiuntur que causam instruunt atque ostendunt, et ideo etiam personae hoc nomine continentur. set hic de his tantum instrumentis tractat que uel publicam fidem habent uel quae a manu propria emissa sunt, equum quippe est publicis instrumentis credi. publica autem instrumenta esse dicuntur que per publicas personas, id est per tabularios, confecta fore dicuntur, uel que apud iudicem in actis recepta sunt, ut depositiones testium. item instrumentis manu propria emissis credendum est, non autem usque adeo, ut ueritati preiudicent: si enim rei ueritas aliter euidentissime ostendi potest, ea magis tenenda est. nam fiunt scripturae ideo, ut ea quae gesta sunt per eas facilius probentur, quia et sine his ualet quod actum est, si probari potest: ideoque uero non preiudicant. Si scriptura uitiosa appareat, ab eo in primis fides ei scripturae scilicet imponenda est qui eam protulit, tum ex comparatione literarum tum ex depositionibus testium, postea uero ab eo qui stricta instantia nititur redarguere falsum. alioquin (si) instrumentum sine omni uitio appareat, tunc ab eo qui falsum dicit probationes exiguntur. Comparationes quidem litterarum faciendae sunt ex instrumentis publico confectis. item ex instrumento quod profertur ex archiuo publico confectis. Item ex archiuo publico et ex carta qua aduersarius tuus utitur, recte petis comparationem fieri. ex chyrographis item aliis instrumentis non publice confectis comparatio facienda non est, nisi cyrographa subscriptionem trium testium habeant: et prius litteris testium fides uel comparatio imponenda est. aliter enim comparatio facienda non est, licet in semet ipsum aliquis proferat cartulam conscriptam. Item uidendum, an facti ueritas propter instrumentorum amissionem corrumpatur uel etiam in aliquo mutilatur. quod nequaquam admittendum est, cum etiam sine his quod gestum est ualeat, si alias probari potest* (22).

---

romano. Experiencia jurídica romana e interrelación con otras experiencias jurídicas. Madrid. 1997, p. 253.

(22) Lib. 4, Tít. 21.

Veamos la literalidad del texto: "Igualmente hay siete tipos de documentos que sirven para probar, de los cuales su máxima autoridad deriva de la fe pública y, por tanto, de ellos –de estos documentos– la fe se supone.

Bajo el nombre de instrumentos se entiende, de manera general, todo aquello que instituye o manifiesta una causa jurídica, y, por tanto, bajo este nombre, se contienen igualmente las personas.

Aquí se trata únicamente de aquellos documentos que, o bien dan fe pública, o que han sido emitidos de propia mano, pues es justo que creamos a los documentos públicos, los que se dicen han sido confeccionados por notarios, o aquellos que han sido incluidos por el juez en sus actos, como las deposiciones de los testigos.

Igualmente hay que dar fe a los documentos emitidos por la propia mano, no hasta el punto que prejuzguen como si fueran la verdad, pues si se puede mostrar de manera evidentísima que la verdad del asunto es otra, ha de ser mantenida más ésta, pues se realizan escrituras de tal manera que aquellas cosas que se han realizado se pruebe más fácilmente por éstas, porque sin ellos también tienen valor lo que se ha realizado si se puede probar, y, por tanto, no prejuzgan la verdad.

Si aparece un escrito vicioso, en principio, de él se ha de sacar la fe, y, por tanto, se ha de imponer al de la escritura, a la que ella muestra, bien por la comparación de la letra, bien por las deposiciones de los testigos, y, posteriormente, redargüir como falso desde aquellos que resplandece en la demostración escrita. Por otra parte, si apareciera un documento sin ningún vicio, en su caso, se exige la prueba por parte de aquél que dice que es falso.

Hay que llevar a cabo cotejos de las letras de los documentos públicos, igualmente de aquel documento que proviene de un archivo público; igualmente, del archivo público y de la carta que usa tu adversario rectamente habrás de pedir el cotejo.

De los quirógrafos (23), así como de otros documentos no realizados públicamente, no hay que pedir cotejo, a no ser que este quirógrafo vaya subscrito por tres testigos, y se ha de imponer,

(23) D. 39,6,18,2; D. 2,10,47,1; D. 10,4,18; D. 19,1,52,pr.; D. 20,1,26,1; D. 20,7,57,pr.; D. 22,1,41,2; D. 30,44,5; D. 34,3,31; D. 49,14,3,pr.; D. 49,14,3,3; C. 4,2,17; C. 8,42,14; C. 15,65,4. Cfr. GARCÍA-GALLO, A.: "Los documentos", ob. cit., p. 130, nota 68.

primeramente, la fe de los testigos de las letras, y ya no hay que hacer otro cotejo, aunque alguien manifieste o presente una carta escrita y firmada por sí mismo.

Igualmente, habrá que considerar si se corrompe la verdad de lo ocurrido por la pérdida de documentos, o incluso si se mutila en parte, lo cual, si se puede probar de otra manera, no debe admitirse, cuando lo que ocurrió prevalece, incluso, sin la existencia de aquellos documentos".

Del tenor de lo expuesto se desprende el valor de prueba plena que alcanzan los documentos públicos, por lo que, nos dirá su autor, "es justo que creamos a los documentos públicos".

Asimismo, se nos informa que la fe de un documento público puede precluir cuando se demuestra su falsedad, ya sea por la comparación con otros documentos o con las declaraciones de los testigos presenciales, recayendo la carga de la prueba en quien sostiene la misma.

Finalmente, la necesidad de que prevalezca la veracidad del documento lleva al redactor de la *Summa* a exigir, no sólo el cotejo con otros *documenta*, sino a que puedan valer otros medios de prueba cuando éste se hubiera perdido o mutilado.

1.4. *LO CODI*

Teniendo presente la finalidad esencialmente práctica de estas primeras *Summae*, las referencias al documento público que hallamos en *Lo Codi*, tanto en su rúbrica *De illis probacionibus que fiunt per cartulam, et que racio est, si cartula illa est perdita*, como, en menor medida, en *Si aliquis alligauit se de eo quod non recepit et alius petit ei* (24), lejos de precisar el alcance de la institución o de

(24) Texto donde se hace referencia al valor probatorio del documento privado. Cfr. LO CODI, 4,49: *Si aliquis uult manuleuare pecuniam ab alio et facit scripturam quod receperit pecuniam ante quam accepisset, et hoc ideo quia putabat accipere, set postea non accepit: si aliquis uult ei petere pecuniam idcirco quia fecit talem scripturam, ipse potest se defendere usque ad duos annos, si ille qui petit non potest probare quod dederit pecuniam illam, et dicet hoc modo: "Frater, pecuniam quam tu petis michi ego non debeo tibi, quamuis ego feci tibi scripturam in qua dixi quod ego accepissem a te pecuniam, quia ideo scripsi quod putabam a te recipere et non recepi". Similiter ego possum te cogere ut reddas michi illam scripturam quam tibi*

configurar un planteamiento teórico uniforme, vienen a presentar formulaciones breves, indicativas del estado de la cultura medieval.

Partiendo de esta concepción, del estudio de las disposiciones contenidas en ambas rúbricas se pueden extraer las siguientes líneas argumentales:

Primo. Constatación de la coexistencia de dos medios de prueba preferentes: testifical y documental:

> *Ex quo dictum est de illis probacionibus que sunt facte per testimonia, modo dicamus de illis probacionibus que fiunt per instrumenta, id est per cartulas* (25).

Secundo. A diferencia del *scriptor* alto-medieval, el *notarius* se concibe ya como una *publica persona*, por lo que sus escritos, a diferencia de las *apocas*, alcanzaban plena prueba, cuando de los mismos no se podía verificar falsedad alguna.

Tertio. Dada la *auctoritas* adquirida por el *scriptor publicus*, si surgía una duda en torno a su persona, el juez debía conocerlo y cotejar el texto con otros documentos y, si de esta comparación concluía que el documento había sido redactado por el *notarius*, debía

---

feci, siue dederam pignora siue non, si ille qui petit pecuniam non potest probare quod ei deberem illam pecuniam reddere. Set postquam duo anni sunt transacti, non potest se defendere aliquis, quamuis non sit ei pagata pecunia: nam uerum uidetur esse, quia scriptura inda facta est et quia duo anni sunt transacti et quia pignora data sunt, nisi sit minor XXV annis, uel nisi fecerit reclamacionem legitime infra duos annos, quia tunc nichil nocet ei, licet duo anni sint transacti. isti duo anni debent computari ab eo die in antea ex quo scriptura facta est. set quidam sapientes dicunt quod, si ille qui fecit illam scripturam poterit probare post duos annos quod non fuisset ei data illa pecunia, poterit omni tempore se defendere quod non pagabit pecuniam illam, quamuis duo anni transacti sunt sine reclamacione. et de hoc est tale argumentum: si aliquis putabat se debitorem esse alicuius et non est, et persoluit illud, ipse poterit recuperare usque ad XXX annos, et si poterit recuperare usque ad XXX annos, multo magis potest illud retinere. et hec est racio et uidetur maior dirictura. Quod autem dictum est quod ille qui fecit scripturam quod receperit pecuniam et non recipit potest se defendere, hoc uerum est etiam, si non fecit scripturam, set promisit se facturum, uel si donauit ei pignora uel firmanciam.

(25) LO CODI 4,34.

proceder a dar crédito al mismo, salvo que se pudiera demostrar su falsedad:

> *Ille carte debent recipi in placito per probaciones que sunt facte a publica persona, ut a notario. aliquando ille cartule recipiuntur in placito de eo quod carta dicit, sicuti aphoca et antiphoca. aphoca est scriptura quam fecit creditor hoc modo: "Ego Ricardus recepi a te, Geralde, III libras quas michi debebas". et hanc cartulam ego creditor debeo dare tibi meo debitori, et si postea ego uolo petere illas III libras, tu debitor olim meus poteris te defendere per illam scripturam quam ego tibi feci, si ego creditor non potero monstrare aperte quod istud auere non sit michi pagatum. Si aliqua cartula fuerit portata in placito per quam uult se adiuuare aliquis homo: si habet publicam formam, debet esse credita, si aliquis non potest probare quod ipsa sit falsa. set si est dubitacio quis homo scripsit eam, iudex debebit hoc cognoscere et considerare alias literas quas ille idem homo fecit qui illam cartam scripsit. et iudex debet cognoscere si ipse fecit eam, per similitudinem aliarum literarum quas fecit. et post quam poterit cognoscere hoc, debet cartulam illam ita credere, sicuti faceret alia testimonia, si non potest monstrari quod illa carta sit falsa* (26).

Quarto. Por el contrario, el documento privado no debía ser presentado a juicio por no alcanzar valor probatorio pleno:

> *set si ipsa est talis cartula que non fuit facta per comunem personam uel per illam personam que dimandat contra illud quod carta dicit, illa non debet recipi in placito* (27).

(26) LO CODI 4,34.

(27) LO CODI 4,34: *Si aliquis homo habet dirictarum petendi aliquam rem alicui: quamuis perdicerit cartulam, ideo non perdidit dirictarum suam, solum modo possit alio modo dirictarum suam probare, quia per cartulam non ualet negocium neque plus neque minus, si ueritas potest monstrari alio modo. Sed tamen quedam negocia sunt que non ualent nisi sint facta per cartulam, sicuti donacio facta ultra D sol, uel sicuti est si ego do terram meam alii ut melioraretur eam et ut det michi censum et ut ipse teneat eam et heres ipsius: in istis causis omni tempore sunt necessarie scripture ad hoc ut possit eam petere ille qui fecit negocium. similiter si aliquis uendit rem aliquam alicui et fuit conuencio ut faciat cartulam, non ualet uendicio donec cartula sit facta. set si uenditor dedit possessionem comparatori, ideo quia putabat quod uendicio ualere iure: quamuis non sit facta cartula, ben ualet uendicio. consimilis racio est, si fuit facta donacio alicuius rei et fuit facta conuencio ut faceret cartulam*.

1.5. *BRACHYLOGUS IURIS CIVILIS*

Otro ejemplo ilustrativo de este tipo de literatura lo hallamos en la *Summa* provenzal denominada *Brachylogus Iuris Civilis* (28).

En torno a la institución objeto del presente estudio, sólo hallamos, en la *Rubrica De fide intrumentorum*, un desarrollo fragmentario e incompleto de los textos del *Corpus Iuris*.

> *Titulus* XVI
> *De fide instrumentorum*
> [1] *Instrumentis quaestio probatur cum scriptum aliquod ad probandum factum, quod in quaestione est, inducitur. hoc autem tale esse debet, ut tabularii publici conscriptione et testium subscriptione roboretur. Quod si tabularii conscriptionem non habeat, testium sacramento firmetur; si vero et testes et tabularius mortuus sit, dubitatio autem emergat, utrum tabularius scripserit, tribus publicis instrumentis, et de quibus dubium non sit, dato sacramento comparantis comparatio litterarum fiat*.
> [2] *Consentiente fama probatur cum factum omnibus patet et probatione non indiget.* [3] *Cum autem quaestio iuris est, per ius scriptum vel per aequitatem vel per simile probari debet.* [4] *sin vero aequitas iuri scripto contraria videatur, secundum ipsam iudicandum est: ait enim* [*constitutio*]*: "Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam striciti iuris rationem" huic vero adversari videtur lex posita in primo libro codicis, titulo de legibus et constitutionibus: "Inter ius et aequitatem interpositam interpretationem nobis soli licet et oportet inspicere.* [5] *Cum autem nominis est quaestio, per definitiones vel per scriptam legem probari oportet*.

Veamos el tenor literal del texto:

[1] "La cuestión de los documentos se plantea cuando se introduce algún escrito para probar un hecho que se cuestiona. Éste debe ser de tal manera que se corrobore o se confirme por la firma de un notario y la subscripción de los testigos. Por lo cual, si no tiene la conscripción de un notario, deberá ser confirmado por el juramento de los testigos. Ahora bien, si los testigos y el notario han muerto y aflora duda de si fue un notario quien lo escribió, mediando juramento del que las compara, deberá hacerse un cotejo

(28) *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*. Ed. Böking, E. Berlín, 1829, Reprod. Fac. Goldbach, 2002.

de la letra de otros tres documentos públicos, de los que no hay duda" –de que es la letra de un notario.

[2] "Se prueba por consentimiento de la fama cuando un hecho es manifiesto a todos y no requiere prueba."

[3] "Cuando existe una duda, una cuestión en Derecho, se debe probar por el derecho escrito, o por la equidad o por la semejanza."

[4] "Pero si la equidad aparece contraria al Derecho escrito, habrá que juzgar de acuerdo con ésta, pues dice –la constitución– «place en todos los asuntos ser más importante la razón de justicia y equidad que la del derecho escrito». A esta ley propuesta en el primer libro del Códice, parece que se opone el titular de las leyes y constituciones cuando dice: entre el Derecho y la equidad, a nosotros sólo nos está permitido estudiar la interpretación interpuesta."

[5] "Dado que es una cuestión de nombres, la cuestión debe probarse por definiciones o por la ley escrita."

II. LA DOCTRINA DE LOS GLOSADORES

A diferencia de las primeras *Summae*, los glosadores, sin llegar a ofrecer soluciones teóricas innovadoras, establecen, de forma precisa e inequívoca, los caracteres del documento público, cuyo significado y alcance pueden sintetizarse en las siguientes líneas argumentales:

[*Primo*] Establecida por PLACENTINUS (29) y ROGERIUS (30) la clásica

(29) PLACENTINUS, *Summa Institutionum. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. Ed. Viora, M. Augustae Taurinorum, 1973. Lib. 4, Tít. 18, *De instrumentis*: *Item instrumenta speties probationis sunt. autoritas quoque, propter publicam fidem, maxima est. Publica autem instrumenta sunt,quorum omnium conditio par est, sed et quaedam privat dicuntur, hoc est propria manu emissa, quae quidam alias attestationes, hoc est sine testibus composita, quibus simpliciter omnino credi ius non patitur, ubi ali quoque adminicula inveniuntur, quae erunt vel unius testis vox, vel forsam autoritas, dignatis personae, proferens quoque nonnihil causae praestat momenti, hoc quidem ita, si talia proferat instrumenta quae nulla vituperatione sint digna*.

(30) ROGERIUS, *Summa Codicis, de fide instrumentorum et de amissione eorum: Instrumentum dicitur omne quod causam instruit, sed hic specialiter tractat de instrumentis sciptura comprehensis. Quorum instrumentorum fit*

división entre documento público y privado, por notario, en palabras de AZÓN, se entiende el servidor público, la persona pública que otorga, mediante su *auctoritas*, fe plena a los documentos, *sine aliquo altro adminiculo* –en clara contraposición al *instrumentum privatum*: *fides non habet et nisi per testes id probetur vel per comparatione literatum* (31)*:*

> AZÓN: *... Est autem tabellio publica persona quae scribit contractus..., id est fidei cuius scripture creditur, et probationem facit sicut duo testes, ut C. de fi. instrum. l. in exercendis* [C. 4,21,15], *et ff. de fi. instru. l. in re.* [D. 4,21,15]*, et ff. de pig. l. contrahitur* [D. 20,1,4]. *Et quia est publicum officium non potest esse servus homo, ut C. eodem, l. generali. li x.*[C. 10,71,3] *Et dicitur tabellio, ut hic, quia forte in tabulis olim faciebant imbreviationes suas, vel de cera vel de aliis, ut ar. ff. commo. l. in commodato, sicut.* [D. 13,6,17,3]. *Item dicitur servus publicus, ut ff. de adopt. l. non aliter.* [D. 1,17,18]. *Item dicitur tabularius et scriba et logographus, ut C. eodem. l. j. li. x.*[C. 10,71,1]. *Item dicitur scriniarius, ut C. de testa. mili. l. scriniarios* [C. 6,21,13]*. Item dicitur exceptor, ut supra de defen.ci. et nulla., in fine* [Nov. 15,2] (32).

[*Secundo*] El oficio de *notarius publicus –servi publici appellantur* (33)– estaba reservado únicamente a las personas libres, lo que impedía su acceso a los esclavos y a los colonos –*Tabellio servus esse non potest*:

---

talis divisio, quod aliud dicitur publicum, aliud privatum. Publicum aliud forma et utilitate, ut instrumentum quod per tabellionem conficitur de re publica, ut puta monumenta publica; aliud utilitate publicim, forma privatum, ut puta si quis privatus confiteatur in scripturis se debere censum publicum; aliud utilitate privatum et forma publicum, ut instrumentum quod de re privatorum per tabellionem conficitur.

(31) AZO: *Lectura Super Codicem, De fide instrumentorum*, Tít. 21, *lex* 14, núm. 1: *Privata scriptura non facit fidem*; ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In semetipsium Lex* 19: *hoc refertur ad id, quod secundum dictum est ex private scriptura non fieri comparationem, nisi habeat subscriptionem trium testium, …*

(32) AZO: *Summa Super Codicem*, *De tabellionibus et prothocollis rubrica*.

(33) AZO: *Lectura Super Codicem, Quando mulier tutelae officio*, Tít. 25, núm. 3.

AZO: *Porro quamvis servi publici denominantur, tamen ad hoc officium in singulis civitatibus et provinciis non nisi liberi homines debent promoveri* (34).

AZO*: Notarios, tabellio autem esse non potest, nisi sit liber* (35).

AZO*: Si tibi notarium. Quia sciebat scribere, non intellige de tabellione, quia servus tabellio esse non potest* (36).

[*Tertio*] El documento público requería *forma publica* para alcanzar plena validez jurídica:

AZO: *Illud quoque notandum est quod potestati scriptores in omnibus documentis quae fiunt in iudicio vel extra nomem imperatoris et annos imperio eiusdem proponere debent. Secundo appellatione consulis qui illo anno est conferre. Tertio mensem et diem quo instrumentum conficitur. Quarto civitatis annus scribatur. Quinto negocii feries. Sexto quo loco. Septimo contrahentium et testium subscriptio. Octavo tabellionis sub scriptio ut Codex De fide instrumentorum, lex contractus, hoc de consuetudine provincia fuerit, …, apud Italia vero principuam partem nomem Christi proponitur anni incarnationis eiusdem sequitur nomem imperatoris et imperii annus sic deinde mensis et dies et cetera quae sequuntur* (37).

ACCURSIUS*: Item ordo instrumentorum est ut primo nomen imperatoris et annus imperii, secundo nomen consulis et annus consulatus, tertio*

(34) AZO: *Summa Super Codicem*, *De tabellionibus et prothocollis rubrica*.

(35) AZO: *Lectura Super Codicem,* Lib. 6, *Communia de legatis et fideicommissis*, Cap. 43, *Lex* 3, núm. 1.

(36) AZO: *Lectura Super Codicem, De pignoribus,* Tít. 13, Lib. 8, *Lex* 26, núm. 1.

(37) AZO: *Summa Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. II. Augustae taurinorum, 1966. *De tabulariis scribis logograhis et censualibus Rubrica*; *Summa Super Codicem*, Lib 4, *De fide instrumentorum*, *Lex* 15, núm. 7: *Mundum dicitur scriptura in quo omnia continentur quae aguntur inter partes, sicut in mundo, vel quia debet esse munda, non vitiata, non cancellata... Antiqui tabelliones consueverunt facere ex parte pili in schedula rogationes, et post recipere mundum ex parte carnis, et ita videtur secundum authentica ...;* núm. 8*: Non est necessarium quod tabellio scribat imo sufficeret si scriberent contrahentes, sed si intervenerit tabellio debet scribere omnia quae conveniunt, in principio annum domini, in fine actum in loco tali, illis praesentibus, postea nomen suum, quod antiqui consueverunt omittere, et fatue, ne dubitetur auctoritas instrumenti absoluta, cum enim scripsit, debet a partibus quaerere si placet etsi sicut scripsit*; *Lex* 16, número 4: *quod per sigillum fiat fides eius de quo quaeritur...*

mensis et dies, quarto dies civitatis facte, si hoc fit de consuetudine, quinto series, sexto locus, septimo subscriptio testium et contrahentium, octavo subscriptio tabellionis inseratur, ut supra, de fide instru. l. contractus; sed in Italia anteponuntur anni Domini (38).

BASSIANUS*: Et ad hoc ut instrumentum cum cautelata fiat, xiii sunt necessaria, immo videtur quod xv sunt necessaria, si bene computentur que infra dicuntur, quorum quedam naturaliter, alias comuniter, alias simul, alias utrumque, et significationem respiciunt et scripturam, hoc est ordinem, alias significationem tantum. Utrumque simul respicit annus Domini incarnationis. Et idem dicas de nomine principis, de anno imperii et de nomine consulis, et de die mensis vel de indictione; nam hec omnia debent poni in principio…* (39).

[*Quarto*] Asimismo, el requisito de la forma pública requería, como garantía de la autenticidad legal del documento, la formalización previa de una redacción sumaria del acto jurídico, esto es, de una *schedula*, *breviatura*, *imbreviatura* o *protocollum* (40) *–prima literarum collatio in charta–*, y en la que se debían contener todos los elementos sustanciales *–In hoc autem initio imbreviatura totius contractus fiebat, et anno domini et simila* (41)*–.* Esta primera redacción, lejos de ser un simple apunte desprovisto de valor jurídico, se consideraba como la propia matriz del documento, gracias a la cual quedaba constancia fehaciente del negocio, lo que facilitaba

(38) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti, Libri IX. Priores cum lectionum varietatibus diligentius quam in margine appositis post Accursii commentarios, Duareni, Contiiq; ac aliorum clarissimorum iurisprudentium maxime Gothofredi, additiones. Tomus quartus. Venetiis, 1598. De tabulariis scribis logograhis et censualibus Rubrica, Gl. Sevituti*; Gl. Casus *ad* C. 8,17,11: *… non tamen in forma publica scribentes, quia nequediem, neque consulem, neque alia quae faciunt publicam formam ibi posuit*.

(39) BASSIANUS, I.: *Summa Novellarum*, *De fide instrumentorum Rubrica*.

(40) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum, Gl. In instrumentum, Lex* 17: *Schedule, ut hic subijcit, est breviatura et protocollum …* . NEBRIJA, A. DE: *Vocabularium iuris utriusque,* voz *Protocollum: Protocollum appellatur scriptura tabellionis, in qua breviter annotatur actus gesti substantia, ut deinde extendi atque ab solui possit*.

(41) ACCURSIUS: *Gl. Protocollum, ad* Nov. 44,1. Tomo la nota de nota de BONO, J.: *Historia*, ob. cit., p. 169, not. 19, a quien seguimos en este punto.

que pudieran ser subsanados los errores y lagunas contenidas en el documento definitivo –*in mundum* (42):

> AZO: *Antiqui tabelliones consueverunt facere ex parte pili in schedula rogationes, et post recipere mundum ex parte carnis et ita videtur secundum Auth. de tabell. et protocoll.*
>
> AZO: *Item debet mundum ex toto compleri a tabellione, nec aliter habet vires contractus, adeo ut antequam ista sint completa, quaelibet pars recedere possit a contractu... Queritur si venditor ante mundum completum tradat, an transferat dominium. Quod aliquando dixit Bul(garus)..., sed postea bene mutavit consilium, quia sapientis est mutare suum consilium in melius.*
>
> ODOFREDUS: *Contractus non habebit vires ante, quam scripturam in mundum sit redacta, a partibus subscripta, et per tabellionem completa* (43).

Medio siglo más tarde, Cinus DE PISTOIA reclamará, para la validez del acto, una primera redacción, en forma de *minuta*, seguida de una segunda, y más extensa, en forma de *mundum*:

> *Contractus* (...) *non ante habet efficaciam, quam in scheda fuerit positus, quam vulgus appellat rogationem, sive rogitum: quae est protocollum, sive imbreviatura, et ex scheda sive protocollo redactus fuerit in mundum, et absolutus a partibus, scilicet, quia dicunt partes, placet* (44).

[*Quinto*] La validez del *instrumentum publicum* no precluía con el fallecimiento del notario, cuando, por el cotejo de los documentos, se podía probar su autenticidad, *hoc est per manum publicam*:

> PLACENTINUS: *Quod si tabellio defunctus fuerit, nec ad numerator illius instrumenti, neve qui illud scripsit existat, tunc quasi ad summum refugium venient ad comprobationes literarum quasi aliorum, quando dubium est ab eodem fuisse tabellione confectas, … Debent autem esse*

(42) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In mundum, Lex* 17: *Mundum vocat instrumentum in quo post factam rogationem omnia comprehenduntur, et dicitur a munditia, eto quod sine vituperatione debet esse*.

(43) ODOFREDUS: *Lectura super Codice, De fide instrumentorum, Lex Contractus*, núm. 3.

(44) PISTOIA, C. DE: *Lectura*, *Rubrica De fide instrumentorum, Lex contractum*, núm. 1.

hae literae, e quibus per comparationem probatio sumitur, vel forenses, hoc est in foro apud iudicem confectae, quae alias acta vocatur, vel publicae, hoc est per manum publicam, id est per tabellionem confectae (45).

[*Sexto*] Siguiendo una amplia tradición textual, los glosadores abordaron la cuestión en torno al valor preferente de la prueba documental y testifical (46).

A este respecto, AZO fue explícito en señalar cómo el *instrumentum publicum* no necesitaba del amparo de otros medios probatorios para obtener *plena fide –sine aliquo altro adminiculo–*, por lo que negó que la "viva voz" tuviera mayor fuerza jurídica que la documental (47) *–publicum instrumentum in pluribus casibus validus est testibus duobus vel pluribus* (48)*:*

AZO: *Dictum est supra de probationibus in genere, sequitur videre per species, et quia validior est viva vox quam mortua … vel quia quod in scriptis redigitur primo coram testibus proponitur, ideo primo de testibus videamus–ad* C. 4.21–(49)*.*

(45) PLACENTINUS: *Summa*, Lib. 4, Tít. 18, *De instrumentis*.

(46) Con carácter ejemplificador, LIBER IUDICIORUM 2,2,21; 2,5,5,: *Et ideo que pactis vel placitis continentur vel mostrantur scripta, plenam habeant firmitatem, si tamen quisque illi pactum vel placitum iustissime et de re sibi debita conscripsisse videatur*; L. I. 2,5,4; 2,5,15. Cfr. BONO, J.: *Historia*, I. 1, ob. cit., p. 90.

(47) AZO: *Brocarda*, *Rubrica* 38, *In casibus scriptura es necessaria*: *Et generaliter in omnibus istis casibus maior dignoscitur instrumentorum quam testium auctoritas... In his casibus scriptum, et cetera, generale est nam ut tantam efficaciam habeant testes, quantam instrumenta...*

(48) AZO: *Lectura Super Codicem*, *De testibus*, Tít. 20, *Lex* 15, números 1-2: *Speciale est in casibus, quod maioris auctoritatis est instrumentum quam testes, ..., nunquam tamen inveni quod probatio duorum testium sit validor instrumento, sed quidam contradicunt per auth. de instrum. caut. quia illud intelligendum est de voce viva, quod validor est voce mortua comparationis instrumentorum: comparatio enim non potest aequiparari publico instrumento et testibus, ut ubi dicit: etiam et si tres testes contradicant publico instrumento, poterunt probare contrarium...*

(49) AZO: *Summa Codicis De testibus rubrica*; *Lectura Super Codicem*, *De testibus*, Tít. 20, *Lex* 8, núms. 5-6: *... et verum est quod tabellioni creditur de scriptura, cum testes non supersunt, et est solemnis scriptura, non autem creditur ei ut simplici testi, sed cum sit persona publica, et ad hoc officium destinata, non est mirum si alias solemnis est scriptura, si*

Explicito tractatu probationis que inducitur per vocem vivam, subiiciamus de ea que fit per vocem mortuam, id est per scripturam... Porro, ut generaliter de fide instrumentorum sciamus regula, illa est dicenda que est infra, eadem lege: in exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam testium depositiones –C. 4.21.15–. *Nec admitto in aliquo casu ut vox viva duorum testium tantum validior sit publico instrumento; immo publicum instrumentum in pluribus casibus validius est testibus duobus vel pluribus, ut notari possunt plures casus: supra, si minor se ma. di. si alterius* –C. 2,42,3–, *et infra, de non nu. pec. generaliter* –C. 4,30,13–, *et supra, de testibus. 1. testium* –C. 4,20,18–, *et de sufragio*. l. j. –C. 4,3,1–, *et infra, qui testa. fa. pos. l. hac consultissima*.–C. 6,22,8–, *et ff. de proba. census*.–D. 22,3,10–. *Quidam autem dixerunt vocem vivam duorum testium validiorem esse instrumento, argumento eius quod legitur in Auten. eodem titulo, et si vero tale aliquid*.–Nov. 73,3–(50).

Criterio que no fue asumido por ACCURSIUS, quien, en la glosa a la rúbrica *De fide instrumentoru*m y a la Novela 73,3, sostiene que la declaración de dos testigos equivale al valor del *instrumentum*, por lo que la deposición de dos testimonios –si el documento es privado– o de cuatro –si es público– prevalece sobre éste:

Tantum valent duo testes, quantum instrumentum, ut hic unde licet duo reprobent privatum instrumentum, …, non tamen reprobant publicum, ut hic tres autem vel quator… ubi plus vivae voci credi videtur, quam mortua… (51).

No obstante, el propio ACCURSIUS concluye la glosa con la siguiente y reveladora argumentación:

Et econtra fallitur haec regula in multis casibus qui non probantur nisi per scripturam, … (52).

---

credatur ei: et voluerunt quidam dicere, per lex istam, quod unus testis nullam inducit probationem...

(50) AZO: *Summa Codicis De fide instrumentorum rubrica*.

(51) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In exercendis, lex* 14.

(52) ACCURSIUS: *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In exercendis, lex* 14.

[*Septimo*] Finalmente, AZÓN nos informa de cómo el notario era sancionado con la pena del exilio cuando contravenía las disposiciones de las leyes:

> AZO: *Nota quia cum tabellio scripsit aliquid contra legem, plectendus est exilio* (53).

Por el contrario, cuando era imputado formalmente de falsedad documental, y ésta se probaba fehacientemente, *manus amputari debet*:

> AZO: *… et in Lombarda ponitur casus de tabellione falso, quia dicit quod debet ei manus amputari, ne de caetero falsum possit scribere. Et liceo pro vi publica vel privata legitimae poenae sint constitutae* (54).

La razón, como nos dirá posteriormente la doctrina estatutaria, se hallaba en que ni el juez podía corregir la falsedad de un documento público, por no ser ésta un mero error formal o gramatical:

> BALDUS DE UBALDIS: *Unum scias quod si non esset quaestio erroris, sed fidei, ut quia diceretur instrumentum falsum, vel falso fabricatum a Tabellione, etiam de mandato iudiciis, non posset corrigi cum propter delictum sit privandus authoritate scribendi, et annullandum instrumentum falsum pronuntiatur: unde super eodem instrumento est, sibi impositum silentium corrigendi, ut lege si aliquid de susceptor et arcariis libro X* (55).

(53) AZO: *Lectura Super Codicem, De sacrosanctis ecclesiis*, Tít. 2, núm. 42.

(54) AZO: *Lectura Super Codicem, De Servis futivus*, Lib. 6, *Lex* 2, núm. 3.

(55) UBALDIS, B. DE: *In IIII. et V Codiceis Librum Commentaria, De fide instrumentorum Rubrica, Prohemio*, núm. 61.

III. *INSTRUMENTUM PUBLICUM* EN LAS FUENTES Y EN LA DOCTRINA CANÓNICA

3.1. *DECRETALES GREGORII IX*

Estrechamente vinculado a la renovación de la cultura jurídica, se halla, desde finales del siglo XI, el Derecho canónico, más abierto a la interpretación, al espíritu de la ley, que a los propios textos de la tradición jurídica.

Manifestación visible de la interrelación del Derecho civil y canónico, del *utrumque ius*, son Las Decretales de Gregorio IX, donde en el *Liber secundus*, *titulus* XXII, *De fide instrumentorum*, se pueden observar, a lo largo de sus dieciséis capítulos, las líneas básicas de la concepción canónica del Notariado, las cuales no difieren de los postulados de la civilística. Planteamientos que pasamos a exponer en su práctica literalidad:

[*Si scripturam*] La autenticidad de los documentos se halla en los escritos originales, por lo que las copias no solemnes *fidem non facit absque originali* (56). Criterio del que se hará eco Gregorio IX *[Si instrumenta*] al afirmar que si se solicita la copia de un documento, bien por su antigüedad o por cualquier otra justa causa, ésta debía realizarse en presencia de un *ordinario iudex vel delegato*, quienes, si después de una esmerada inspección no hallan vicio en parte alguna, ordenarán su copia a un notario, y ésta obtendrá *eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura* (57).

(56) c. 1,X,2,22: *Si scriptum authenticam non videmus, ad exemplari nihil facere possumus*. Vemos su reflejo en distintos tratados de Derecho Castellano. Cfr. La "Margarita de los Pleitos", de Fernando MARTÍNEZ DE ZAMORA. Ed. CERDÁ, J., AHDE, 20 (1950), pp. 677-738. [XVI] Título [*DE LOS STRUMENTOS PUBRICOS*`(sic)] [1] *Sepas que por tres guisas es el instrumento publico: si es fecho por tabilio, o por mandado del juez, o si es sellado con sello autentico*. *Ut [Decretal] De fide instrumentorum, capituli I, et per plura alia jura.*

(57) c. 16, X,2,22: *Si instrumenta propter vetustatem vel propter aliam iustam causam exemplari petantut, coram ordinario iudice vel delegato ab eo specialiter praesententur. Quia ea diligenter inspecta in nulla sui parte vititata repererit, per publicam personam illa praecipiat exemplari, eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura*.

[Scripta vero authentica] Alejandro III declaró que no alcanzarían firmeza –*robur firmitatis*– los documentos que no se hubieran redactado por mano pública (58), ni aquellos que no estuvieran dotados de sellos (59). Criterio que le llevará a rechazar el valor probatorio de un privilegio, al considerar que ni había sido *per manum publicam facta*, ni se hallaba provisto de sello auténtico: [*Ceterum*] … *ad fidem instruendam non videbatur sufficere, quia nec erat publica manu confectum, nec sigillum habeas authenticum* (60).

[Ex literas] En el capítulo tercero se señala cómo las cancelaciones o los rasurados inducen a que se sospeche de la falsedad documental. Criterio que se exceptúa en los rescriptos papales, cuando se hallan en un lugar poco sospechoso –*Rescriptum apostolicum propter rasuram in loco non suspecto non censetur vitiosum* (61).

[Quum P. tabellio] Gregorio IX consagra el principio de matricidad, al establecer que, si el notario, autor de la nota, fallecía, su sucesor, al hallarse en posesión de la misma, podía extender el documento si así lo solicitaban las partes y mediaba autorización judicial, lo que permitía gozar al *instrumentum* de *perpertuam firmitatem* (62).

(58) Un ejemplo visible lo hallamos en el canon 14, donde se establece el documento que acredita que una deuda únicamente alcanza validez plena si en él se halla reflejada la causa de la misma, de lo contrario –no constándose la razón de deuda–, el acreedor debe probar la misma. Cfr. c. 14,X,2,22: *Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris, te id indebite promississe*.

(59) c. 2,X,2,22: *Scripta vero autheintica, si testes inscripti decesserint, nisi forte per manum publicam facta fuerint, ita, quod appareant publica, aut authenticum sigillum habuerint, per quod possint probari, non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere*.

(60) c. 6, X,2,22.

(61) c. 3, X,2,22.

(62) c. 3,X,2,22: *Quum P. tabellio morte praeventus quaedam non perfecerit instrumenta, quae in nota redacta fuerant ab eodem, ad petitionem eorum, ad quos pertinent, auctoritate ordinarii iudicis poteris ea fideliter in publicam formam redigere, habitura per hoc perpetuam firmitatem*.

Con relación a la *auctoritas* del *notarius publici* (63), las Decretales nos informan que ésta se constata tanto en los actos y negocios jurídicos de los particulares como en el ámbito procesal, donde el *iudex* puede contar con la presencia de un notario o, en su defecto, con dos personas idóneas, *qui scribant acta iudicii*:

> [*Quoniam*]*… statuimus, ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper ahdibeat aut publicam, si potest habere, personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant, videlicet citationes et dilationes, recusationes et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentorum productiones, interlocutiones et apellationes, renunciationes, conclusiones, et cetera, quae occurrerint, competente ordine conscribenda, loco designando, tempora et personas* (64).

De todo lo actuado en el procedimiento, el notario levantaba acta pública, cuya copia daba traslado a las partes y, del original, procedía a su conservación, por contener éste la declaración fidedigna de lo acontecido (65).

No obstante el juramento de fidelidad a su oficio –*qui suum officium fideliter adimplere praesumitur* (66)–, se admitía la posibilidad de que pudiera ser tachado de falsedad (67) –*a crimine falsitatis non reputamus immunes* (68)–. Así, en el Título *De crimine Falsi*, una vez expuestos los distintos modos en que se podía determinar la falsedad de un documento –*novem modos falsandi literas papales*–,

(63) Autoridad que viene confirmada por su juramento. Cfr. c. 10,X,2,22: *… Satis est etenim si propter tabellionis autoritatem, qui suum officium fideliter adimplere praesumitur, cum ad hoc ex iuramentum teneatur, tanta fides adhibeatur instrumento confecto quanta foret duobus idoneis testibus adhibenda*.

(64) c. 11,X,2,19.

(65) c. 11,X,2,19: *Et omnia* [*acta*] *sic conscripta partibus tribuantur ita, quod originalia penes scriptores remaneant, ut, si super processu iudicis fuerit suborta contentio, per hoc possit veritas declarari, quatenus hoc adhibito moderamine sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium iustitia non ladeatur*.

(66) c. 10,X,2,22.

(67) Falsedad que no se daba por el simple error gramatical. Cfr. c. 11,X,2,22: *Defectus literae non vitiat rescriptum*.

(68) c. 5,X,5,20.

se nos informa que se procedía, (69), siguiendo el estilo de la Curia (70), a verificar minuciosamente los aspectos formales y solemnes del documento (71) por una comisión de expertos –*in stylo dictaminis et forma scripturae aliquantumlum ceperimus dubitare*– (72), a saber:

[1] Ausencia en la datación del documento (73).

[2] Diversidad de estilo (74).

[3] Cláusulas o cautelas insólitas (75).

[4] Inverosimilitud de los testigos. Así, cuando adjuntaban testimonios de fallecidos (76).

[5] Defectos en la materia del documento. De este modo, se distingue entre la vieja escritura y una más reciente, que la imitaba humedeciendo la tinta para dar apariencia de antigüedad (77) –*Quia cuum charta vetustissima videretur, recentior apparebat scriptura, tanquam non illo tempore facta fuisset* (78).

[6] La constatación de un *falsum sigillum* (79).

[7] La presencia de raspados o las cancelaciones. Con relación

(69) c. 5,X,5,20: *Ceterum quum easdem literas, sicut viri providi et discreti ad nostram remisissetis praesentiam, ut ex earum inspectione plenius nosceremus, utrum ex nostra conscientia processissent, plus in eis invenimus, quam vestra fuisset discretio suspicata*.

(70) c. 6,X,5,20: *Ad rescripti caliditatem attendi debet et stylus curiae, litterae praeter stylum factae, praesumuntur falsae*.

(71) c. 8,X,5,20: *Non praesumitur quis falsare literas de simplici iustitia, nec punitur, si, hoc comperto, destiterit illis uti*.

(72) c. 5,X,5,20.

(73) c. 5,X,2,22.

(74) c. 5,X,5,20.

(75) c. 5,X,5,20.

(76) c. 5,X,5,20.

(77) c. 5,X,5,20: *Sexta, quum scriptura literarum, quibus fuerat apposita vera bulla, cum aqua vel vino universaliter abolita seu deleta, eadem charta cum calce et aliis iuxta consuetum artificium dealbata de novo rescribitur.*

(78) c. 5,X,2,22.

(79) c. 5,X,2,22: *Rursus quum cera sigilli ab interiori parte vetustissima esset, cera, quae posita erat ab exteriori parte, quasi ad conservationem sigilli, recens erat et mollis. Quod quum diligenter investigatum fuisset, certo certius est compertum, quod sub vetusto sigillo charta fuerat perforata, et per glutinum novae cerae, quae posita ipsi chartae subiunctum*; c. 8,X,2,22.

a éstas, la canonística distingue entre las que se hallaban en partes no sospechosas del *instrumentum* (80), de aquellas que, por ser muy numerosas o por no proceder del notario que había autorizado el documento, sí viciaban la escritura (81).

[8] Así como las posibles divergencias entre documentos (82).

Una vez declarada la falsedad del documento (83), éste carecía de validez jurídica (84), y su redactor, al que no se le infligían sanciones corporales para evitar peligros en su salud *–nec membrum auferri, nec poenam infligi facias corporalem, per quam periculum mortis possint incurrere* (85)*–,* si era clérigo, se le privaba de su oficio *–si clericus est, officio et beneficio privatur–,* y si era laico, se le excomulgaba *–si laicus, excommunicatus est* (86).

Finalmente se aborda la cuestión del valor preferente de la prueba escrita o testifical, llegándose a la conclusión de que el documento público, dada la autoridad y fidelidad que se extiende a todo *notarius publicus*, alcanza idéntica fuerza probatoria a la testifical, aunque se incide en que un instrumento no tiene más fuerza que lo afirmado por tres, o más, testigos idóneos:

> [*Quum*] *Porro quum dubitatio fuisset exorta, utrius deberet praevalere, pro tua fuit parte propositum, quia, et si secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurimum idoneorum testium depositionibus praeferantur. Satis est etenim, si propter tabellionis auctoritatem, qui suum officium fideliter adimplere praesumitur, quum ad hoc ex iuramento teneatur, tanta fides adhibeatur instrumento confecto, quanta foret duobus idoneis*

(80) c. 3,X,2,22: *Rescriptum apostolicum propter rasuram in loco non suspecto non censetur vitiosum*; c. 9,X,5,20: *Propter paucarum literarum rasuram in loco non suspecto rescriptum non probatur falsum*.

(81) c. 9,X,5,20.

(82) c. 13,X,2,22: *Scripturae contrariae ab eodem productae fidem non faciunt*.

(83) Con relación a su prueba. Cfr. c. 10,X,2,22: *Falsitas instrumenti, vel quod deest instrumento, probari potest per testes*.

(84) c. 2,X,5,20: *Sententia, lata per falsa literas, non debet executioni mandari*.

(85) c. 3,X,5,20: *Clericus, falsans digillum principis, deponitur*.

(86) c. 7,X,5,20.

testibus adhibenda. Sed quum per quatuor testes omni exceptione maiores fuerit manifeste probatum, supra dictam venditionem fuisse conditionaliter celebratam, eorundem depositiones asseruisti instrumento merito praeferendas (87).

3.2. GOFFREDUS TRANENSIS, *SUMMA SUPER TITULIS DECRETALIUM* (88)

Godofredo de TRANO, una vez abordado el primer medio de prueba plena (89), la "voz viva", o prueba testifical (90), señala la conveniencia del estudio del documento, en su doble variante, público y privado:

nunc videamus de specie que fit per vocem mortuam, scilicet per scripturas. Instrumentorum due sunt species aliud publicum, aliud privatum.

Por lo que concierne al documento público, éste, al estar redactado por la mano y la autoridad de un notario *in prima figura*, esto es, sin cancelaciones o rasuras, alcanzaba, por sí mismo, pleno valor probatorio:

Publicum quod fit per manum tabellionis cui si facerit in prima figura hoc est non cancellatum non abolitum non viciatum vel vituperatum… fides adhidetur sine alio adminiculo…

Publicum igitur instrumentum auctoritati tabellionis innititur ut dictum est et probatur… (91).

En virtud de esta argumentación, la autenticidad del documento redactado por un *notarius publicus* no declinaba por un mero error

(87) c. 10,X,2,22.

(88) GOFFREDUS TRANENSIS: *Summa Super Titulis Decretalium*. Lyon, 1519. Reed. Aalen, 1992.

(89) Frente a la prueba documental y testifical, admite otros medios, como la presunción, que únicamente alcanzan el valor de semiprueba. *De preseumptionibus Rubrica*, fo. 111r: *Preseumptio est alicuius facit dubii aliquotiens semiplena aliquotiens plena invenstigatio*.

(90) GOFFREDUS TRANENSIS: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 109v: *Diximus supra de illa specie probatio num qui fit per vocem vivam, scilicet per testes*.

(91) GOFFREDUS TRANENSIS: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 109v.

gramatical, porque, como el propio autor reconoce, la fidelidad de su cargo, su *auctoritas,* prevalecía sobre los defectos gramaticales:

> *Vitium grammatice non vitiat instrumenta, nec enim error scripturae impedit causam iuris… Et est ratio in instrumentis quia eorum fides auctoritati tabellionis innititur, cuius fides magis inspicitur quod error scribentis sicut in sacramentis veritas substantialis forme attenditur non sanitas verborum* (92).

No obstante la *auctoritas* del tabelio, reconoce que todo documento necesita de unos requisitos solemnes: *necesarium est instrumentum edi cum die et consule* (93).

Finalmente señala, como causas que derogan la fe del documento, las siguientes:

[1] La redacción del documento por varios notarios, *derogatur fidei instrumentorum* (94).

[2] El que alguno de los testigos no reconociera su propia suscripción (95).

[3] La no presencia del número de testigos exigidos por la ley para la validez del documento (96).

[4] La no presencia de los testigos en la perfección del contrato (97).

---

(92) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 110.

(93) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111.

(94) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111.

(95) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v: *Item derogatur fidei instrumenti si etiam unus de testibus in instrumento subscriptis non agnoscat suam subscriptionem*.

(96) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v:

(97) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v: *Item derogatur si non contineatur in eo quod contractus habuit testim praesentiam…*

[5] Cuando el documento no lo hubiera redactado el *notarius*, ni las partes hubieran estado presentes (98).

[6] Cuando el instrumento no estaba signado o suscrito (99).

[7] Cuando el manuscrito, que se hallaba en un archivo público, *non fuerit manu commentariensis signatum* (100).

[8] *Item, derogatum fidei instrumenti si non sit originale sed sumptum*. Únicamente el ejemplar alcanzaba pleno valor probatorio cuando venía precedido por la autorización del *iudex* (101)*: … originale instrumentum dicitur auttenticum et ei statur quia confectum est a publica persona, idest a tabellione… exemplo non esse credendum… Nam illa sumpta non sumuntur auctoritate et praesentia iudicis, et propterea recurritur ad originale* (102).

Completa su exposición sobre el documento público la rúbrica *De crimine falsi*, donde nos informa de las sanciones en que podían incurrir los que falsearan, por sí mismos, o por medio de otros, un documento: la privación de su cargo y de sus beneficios eclesiásticos, en el supuesto en que fueran clérigos; o la excomunión, para los laicos:

> *Falsarii autem litterarum domini pape ipso iure excommunicationem incurrunt cum fautoribus et defensoribus suis, sive per se sive per alios vitium falsitatis exerceant, qui si clerici fuerint officiis et beneficiis ecclesiasticus iudicem fuerint degradati seculari potestati tradantur secundum constituciones, legitimas puniendo, per quas et layci qui fuerint de falsitate convicti legitime puniatur, qui autem litteris falsis utuntur, layci tandiu maneant excommunicationi subiecti donec satisfaciant competenter* (103).

(98) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v: *Item derogatur fidei si non fit scriptum a tabellione et partibus si hoc actum est ut in scriptis probatur…*

(99) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v.

(100) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v:

(101) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v:

(102) Goffredus Tranensis: *Summa, De fide instrumentorum rubrica*, fo. 111v:

(103) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 122r.

A la *quaestio instrumenta quando dicatur suspecta de falsitate*, señala los siguientes supuestos:

[1] Cuando la importancia del rasurado alteraba o variaba el significado del texto (104).

[2] Cuando las notas habían sido elaboradas por varias manos (105).

[3] Cuando hubiera sido signada con un sello ajeno –*Item suspecta habetur litera si fuerit alieno sigillo signata* (106).

[4] Cuando su redactor fuese religioso (107).

[5] Cuando se pudiera contradecir su contenido por medio de otros documentos (108).

[6] Cuando, en un escrito del Santo Padre, se constatara una deficiente gramática (109).

[7] Cuando se realizaban sin el consentimiento del *dominus* (110).

[8] *Item suspecta sunt instrumenta quorum sigilla apparent facta* (111).

[9] O, finalmente, cuando el documento no contaba con las solemnidades esenciales:

---

(104) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, núm. 7, fo. 123r-v: *Est autem sciendum quod rasura paucarum litterarum que ne qua quem animum sapientes in dubitationem vertere debet suspitionem falsitatis non inducit… dummodo rasura paucarum litteraram vel sillabe immutatio census non inducat varietate, alias secus… Rasura vero linee suspitionem falsitatis inducit…*

(105) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v: *… si non fit eadem manu completum*.

(106) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v.

(107) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v: *Item si religioso prioratus vel administratio confirmatur*.

(108) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v: *Item reppelitur instrumentum ut suspectum si fuerit alteri instrumento ab eodem producto contrarium*.

(109) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v: *Item littera domini pape suspecta redditur per falsam grammaticam*.

(110) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v: *Item si sine mandato domini impetretur.*

(111) Goffredus Tranensis: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v.

Item suspectum est instrumentum publicum si non fit in eo nomen Imperatoris, annus imperii vel consulis vel potestatis anni illius et si de fit mensis, dies vel iudictio, alias instrumenta dicuntur adulterina… locus etiam in quo celebratus est contractus debet apponi (112).

3.3. BALDUS DE UBALDIS, *AD TRES PRIORES LIBROS DECRETALIUM*

Del análisis de las rúbricas *De probationibus*, *De testibus* y *De fide instrumentorum* se pone de manifiesto cómo, al amparo de una terminología precisa, el jurista toma en consideración la *Lex Romana* y la *Lex Ecclesiastica*, para, en virtud del principio *Utraque Lex*, mostrar cuáles eran las bases textuales de la institución objeto del presente estudio.

Partiendo de estas premisas, pasamos a desarrollar los elementos estructurales básicos de su exposición:

[1] Con relación a los diferentes *instrumenta*, señala la co-existencia de los documentos auténticos, públicos y privados. Los primeros eran aquellos que procedían de una autoridad superior; los públicos eran los redactados por un *tabellio*, por un *iudex* o en los que se constataba la suscripción de un sello auténtico; y los privados eran todos los demás instrumentos, diferenciándose de los dos primeros por la presencia del tabellio: … *quae sit differentia inter scripturam publicam et autenticam, et dicit quod publica fit per solum tabellionem, autentica per multos alio, …*(113).

[2] Por lo que respecta a la figura del *notarius*, en la concepción de BALDUS ya no es el simple *scriptor* alto-medieval, sino *publica persona* (114), que actúa en virtud de su *auctoritas et dignitas* (115), por lo que publica *scriptura plene probat* (116), *probet inter omnes* (117).

(112) GOFFREDUS TRANENSIS: *Summa, De crimine falsi rubrica*, fo. 123v.

(113) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De fide instrumentorum,* Cap. 1, núms. 1-3; Cap. 2, núm. 8.

(114) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus*, Cap. 11, núm. 8.

(115) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus*, Cap. 11, núm. 9 y núm. 31.

(116) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus*, Cap. 1, núm. 3.

(117) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De fide*

[3] A diferencia del Hostiense, no entiende que el oficio de *servus publicus* deba estar reservado, en el ámbito civil, únicamente a los laicos, y en el espiritual, a los clérigos –*Quaeritur Host. nunquid tabellio laicus possit conficere instrumenta super spiritualibus*–, criterio que niega, *quia tabellionatus est officium, non tamen est iurisdictio sicut tutela et curatela, et similla* (118).

[4] A la pregunta quién puede crear el cargo de notario responde que todos aquellos que pueden nombrar jueces ordinarios, esto es: *imperator, rex, universitas, civitas, collegium approbatum* (119).

[5] En torno a los requisitos *ad solemnitatem*, precisa que todo documento *in publicam formam confectum*: *dies, annus, consul, indictio, testes, loco* (120) *et sigillo* (121). La ausencia de estas solemnidades, la presencia de cancelaciones o rasgados *in loco suspecto* o el abuso de los interlineados (122) hacía que sobre el documento recayese la presunción de falsedad –*omisso… inducit praesumptionem falsitatis* (123).

---

instrumentorum, Cap. 1, núm. 4: *... publicum instrumentum probet inter omnes quidam dicunt quod sic, quia tabellio est servus publicus...*

(118) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De fide instrumentorum,* Cap. 7, núm. 7.

(119) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De fide instrumentorum,* Cap. 15, núm. 8.

(120) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus,* Cap. 11, núm. 28: ... *cum locus et tempus sit de substantia ... quod non creditur tabellioni nisi addata cohaerentias loci et temporis rogati instrumenti*.

(121) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus*, Cap. 7, núm. 2: *Item ait, quod sigillum episcopi obtinet vim publicae chartae, et ei creditur sicut instrumento publico omnia solennia habenti in diem, indictionem, locum et testes. Alii dicunt quod haec omnia requiruntur in literis sigillatis sigillo episcoporum, et quod dictae literae debente esse manu publica factae. In locis tamen ubi non est usus tabellionum requiritur subscriptio testium in extraiudicialibus vel rasus usus, sed in iudiciis, non requiritur subscriptio testium, sed creditur notario: quam iuravit officium suum legaliter excercere, ...*

(122) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De fide instrumentorum,* Cap. 3, núm. 1: *rasuram in loco non suspecto non cesnetur vitiosum*; núm. 8: *Instrumentum est suspectum propter rasuram in loco suspecto, et interlinearem scripturam*.

(123) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De fide instrumentorum,* Cap. 7, núm. 16. En general, todas estas cuestiones vienen desarrolladas en los capítulos 3 al 6.

[6] Para garantizar la autenticidad formal y material, al notario se le exigía su presencia en la recepción y redacción del documento *–Item tabellio non conficit instrumentum nisi de visu, et auditu proprio* (124).

[7] BALDUS nos señala cómo, en la práctica, era el *iudex* quien generalmente determinaba el valor preferente de una prueba, ya fuera ésta documental o testifical: …

> *quod cui magis sit credendum vel instrumento vel testibus, quod plerenque committitur iudicantis arbitrio nam potest esse tabellio tam emendatae vitae quod ei magis creditur quam vivae voci, forte duorum, vel trium ribaldorum* (125).

No interviniendo la autoridad judicial, establece un criterio ambivalente, pudiendo, una veces, otorgar un valor preferente a los testigos y otras a los documentos, como cuando se acredita que desde antiguo no se hallan ocultos, sino en un registro público *–magis creditur* (126).

[8] Dada la autoridad y la fidelidad que atesoraba la figura del notario, si fuera imputado por falsedad *–enorme delictum–*, su ignominia era sancionada con la pérdida a perpetuidad de su oficio; perdón al que podía llegar cuando su delito fuese leve, así cuando persiguiese a alguien con armas:

> *… tabellio a perpetuo depositus ab officio cum infamia dicitur extinctus, nunquam redit ad illud et non potest denuo creari tabellio. Et hoc si est depositus propter enorme delictum, puta quia commisit falsum in officio, secus si propter minus delictum, ut puta quia percussit aliquem cum armis, unde contrata est infamia, et ideo merito fuit ab officio remotus, ... quia tunc episcopus qui condemnavit, dispensare posset super officio tabellionatus…*(127).

(124) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus,* Cap. 10, *ADDITIO*, núm. 4.

(125) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus,* Cap. 5, núm. 15.

(126) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus,* Cap. 5, núm. 14: *..., quandoque magis scripturae, ut in factis multum antiquis quae nunquam steterum in occulto, sed in registro*.

(127) UBALDIS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De iudiciis,* Cap. 3, núm. 10.

3.4. BERNARDUS PAPIENSIS, *SUMMA DECRETALIUM* (128)

Más concisa es la aportación de Bernardus Papiensis, quien, en su *Summa Decretalium*, *Titulus De fide instrumentorum*, únicamente aporta tres concisas afirmaciones:

[1] Define el documento como la escritura hecha para la prueba de alguna cosa (129).

[2] Establece dos tipos de documentos: los públicos y los privados. Los primeros –nos dice el decretalista– son aquellos que están revestidos de autoridad pública, y son de tres *species*:

2.1. los redactados por la mano pública, *verbi gratia*, por la mano de un notario, como son las cartas notariales;
2.2. los documentos en los que consta la autoridad judicial:
2.3. así como los que vienen rubricados con un sello auténtico (130).

A su vez, señala dos tipos de documentos privados: el *chirographo* o *apoca*, como el resguardo que el acreedor da a su deudor para acreditar lo percibido, y el *antapocha de soluto,* la acreditación del débito (131).

---

(128) Bernardus Papiensis: *Summa Decretalium*. Reed. Graz, 1956.

(129) Bernardus Papiensis: *Summa Decretalium, De fide instrumentorum*, núm. 1*: Instrumentum est scriptura facta ad alicuius rei probationem*.

(130) Bernardus Papiensis: *Summa Decretalium, De fide instrumentorum*, núm. 2*: Huius duae sunt species; nam aliud est publicum et aliud privatum. Publicum est, quod habet publicam auctoritatem. Huius tres sunt species; est enim publicum, quod est per manum publicam i.e. per manum tabellionum, et est publicum, quod est iudicis auctoritate in publicis actis deductum, per quemcunque sit scriptum; est etiam publicum authentico sigillo signatum.*

(131) Bernardus Papiensis: *Summa Decretalium, De fide instrumentorum*, núm. 2*: Privatum instrumentum est veluti chirographum, sicut est apocha de recepto, antapocha de soluti; nam apocha debenti, antapocha suscipienti*. Finalmente señala tres especies de documentos privados: los personales, los que van dirigidos a un tercero y los mixtos*. Privatorum autem instrumentorum sive privatarum scripturarum tres sunt species; nam aliam facis tibi, aliam alii, aliam tibi et alii; ...*

[3] Finalmente, con relación al valor probatorio del documento, siguiendo los criterios de la tradición textual del *Corpus Iuris Civilis* (132), sostendrá que, para que la escritura privada alcance el valor de un documento público, se hace necesario el testimonio –*sollemnis numerus testium*– y la suscripción de tres testigos y su cotejo con otros documentos (133).

IV. *LIBRI DE IUDICIORUM ORDINE: PILLIUS – TANCREDUS – GRATIA – AEGIDIUS*

En concreto, en los *libri de iudiciorum ordine* hallamos una precisa clasificación de los documentos, entre públicos y privados –*Instrumentum duae sunt species: aliud est publicum, aliud est privatum*–, a tenor del reconocimiento de su autoridad pública o privada:

> TANCREDUS: *Publicum est, quod publicam habet auctoritatem… Privatum est omne aliud instrumentum, a quocumque sit scriptum, nisi aliquo dictorum modorum sit corraboratum* (134).

Dentro de los documentos públicos, se establecen cuatro *species*:

[*Primo*] En primer término, se entiende por público documento el redactado por un notario público (135): *Nam publicum instrumentum*

(132) C. 8,17,11: *…, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opiniones trium vel amplius virorum subscripciones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur*; Nov. 76,1; Nov. 76,2; Nov. 76,4-6.

(133) Bernardus PAPIENSIS: *Summa Decretalium, De fide instrumentorum*, núm. 3: *Duobus modis fides imponitur instrumentis, per testes et per comparationem litterarum, ... Est tamen casus, ubi privata scriptura publicae scripturae obtinet vires, scilicet per trium testium subscriptionem*.

(134) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2.

(135) Redacción que, a juicio de AEGIDIUS, *Ordo iudiciarius*, *Rubrica* 69, *Qualiter instrumenta in privilegia produci debeant*, debía de hacerse en primera persona, para diferenciarlo de los escritos de los abogados: *Hiis omnibus consideratis et aliis, per quae fides instrumentorum debilitatur,*

est, quod scriptum est per manum publicam, id est per manum notarii publici, hoc est tabellionis, et in publica forma redactum (136).

[Secundo] *Dicitur publicum*, los dotados de sello auténtico –*quod authentico sigillo sigillatum est* (137).

[*Tertio*] *Dicitur publicum*, cuando la autenticidad del documento viene dada por la autoridad judicial (138).

[*Quarto*] *Dicitur publicum*, cuando el documento es un acta judicial (139).

[*Quinto*] *Dicitur publicum*, cuando en el *instrumentum* consta la suscripción de tres testigos presenciales (140).

---

praesente notario produces instrumenta tua, quam productionem facias scribi per notarium in hunc modum:

Scribe, quod ego in causa, quam habeo cum tali, ad meam intentionem fundandam produco unum instrumentum, scriptum manu talis notarii, et facias scribi principium instrumenti et finem. Item aliud scriptum etc., ut supra dixi. Et sic de singulis scribi faciat, demum reportet instrumenta sua. Non autem faciat simpliciter scribi, ut sic dicat. Scribe, quod ego produco quatuor instrumenta ad meam intentionem fundandam, sicut vidi fieri a quibusdam advocatis, cum quibus eram in causis.

(136) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2; Othonis Papiensis: *Ordo iudiciarium*, Cap. 13, *De fide insstrumentorum*: *In exercendis litibus parem vim obtinent fides instrumentorum, et depositiones testium. Sed hoc ita, si instrumenta sunt publica per manum tabellionis confecta. Item, si sint publica coram iudice confecta, quae acta sive gesta dicuntur. Haec enim sufficiunt*. Cfr. c. 2,X,2,22; c. 10,X,2,22; c. 11,X,2,23.

(137) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2.Cfr. c. 5,X,2,19; c. 2,X,22,2.

(138) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2: *Tertio dicitur publicum, quod iudicis auctoritate est exemplatum et authenticatum*; C. 6,23,2; C. 4,66,4.

(139) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2: *Quarto dicitur publicum, quod in iudicio scribitur apud acta publica, et valet, per quemcumque scriptum*. Cfr. C. 2,1,2; C. 7,52,6; c.13,X,2,26.

(140) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2: *Quinto dicitur publicum, quod habet subscriptionem trium viventium testium*.

[*Sexto*] *Dicitur publicum* todo documento que se halla en *archivo seu armario publico* (141).

Documentos que, siendo originales, auténticos, sin cancelaciones o rasurados (142), e insertos todos los elementos formales, gozaban, por sí mismos, de un valor probatorio preferente del que carecían los *instrumenta privata* (143)*:*

> TANCREDUS: *Et cuilibet tali publico instrumento fides adhibetur, ut probatur per omnes supra dictas concordantias et alias multas. Et hoc quidem verum est, si originale, id est authenticum ipsum instrumentum introducatur. Ceterum si exemplum vel sumtum, quod vocatur iudex, exhibeatur, ei non adhibetur fides, nisi auctoritate iudicis sit exemplatum, ut supra dictum est, vel nisi illud authenticum, de quo fit mentio, vel alia legitima probatio exhibeantur…*
>
> *Solis publicis instrumentis vel alio modo authenticatis, prout superius dictum est, vel privatis, in casibus supra dictis, fides adhibenda est sine aliquo alio adminiculo, dummodo instrumentum illud appareat sine vituperatione, rasura vel cancellatura, quae possint suspicionem inducere. Ubi autem instrumentum suspectum videtur vituperatione, rasura vel alio simili, oportet eum, qui illud inducit, probare veritatem; quod si non fecerit, praesumitur falsarius, et calumniosa enim scriptura vim in iudicio obtinere non debet* (144)*.*
>
> AEGIDIUS*: Videant similiter, an in instrumentis sint anni domini, mensis, dies, indictio, consul et praeses; aliter non valerent* (145)*.*

(141) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2: *Sexto loco dicitur publicum, quod de archivo seu armario publico producitur, liber scilicet rationum; et ei creditur, si habet publicum testimonium, scilicet quod iudex confiteatur illum de archivo publico esse productum*. Cfr. D. 22,3,10; Nov. 49,2,2; C. 30 q. 1 c.1; c.13,X,2,26.

(142) AEGIDIUS: *Ordo iudiciarius*, *Rubrica* 69, *Qualiter instrumenta in privilegia produci debeant*: *Debent etiam respicere utrum sint sine vitio vel vituperatione vel sine interlineari scriptura vel rasura in loco suspecto*.

(143) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2: *Privatum est omne aliud instrumentum, a quocumque sit scriptum, nisi aliquo dictorum modorum sit corroboratum*.

(144) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2 *et* 5.

(145) AEGIDIUS: *Ordo iudiciarius, Rubrica* 69. Toma como precedentes jurídicos las fuentes del Decreto de Graciano. Cfr. C. 25, q. 2. c. 16.

Finalmente, los distintos *ordines iudiciorum* se hacen eco de la polémica doctrinal en torno al mayor o menor valor probatorio que debía alcanzar la prueba testifical y la documental.

Así, frente a la declaración testifical, considerada ya en el Derecho romano (146)– canónico (147), como prueba plena, ocupando un lugar preferente entre los distintos medios de prueba (148), el documento alcanzaba únicamente el valor de *duobus vel pluribus testibus* (149).

Ante esta dualidad, PILLIUS y TANCREDUS se plantean: *Restat, ut videamus de testibus subscriptis in instrumento, quando dicunt pro instrumento vel contra instrumentum* (150).

El planteamiento de PILLIUS podemos resumirlo en las siguientes líneas argumentales:

---

(146) Nov. 73 c. 3; De su importancia en el Derecho visigótico nos dan referencia MEREA, P.: "A prova testemunhal no Direito visigótico e no Direito da Reconquista". En *Boletim da Facultade de Direito da Universidade de Coimbra*, 32 (1956), p. 170; y PETIT, C., "De Negotiis Causarum", ob. cit, pp. 90-91.

(147) c. 28,X,2,20: *Nec scriptum eorum, nisi testium adminiculo fulciatur, eam obtineat firmitatem quin ei possint et debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praevalere, salva in omnibus sedis apostolicae auctoritate*; c. 10,X,2,22: *Porro quum dubitatio fuisset exorta, utrius deberet probatio praevalere, pro tua fuit parte propositum, quia, etsi secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum testium depositionibus praeferantur*.

(148) PILLIUS: *Summa*, 3,7,8: "*Et quia probationis duae sunt species principaliter, scilicet testimonia et instrumenta, et dignior est probatio per testes, quam per instrumenta, ideo primitus pauca de testibus, quae magis ad causarum usum frequenter occurrunt, sub compendio inseramus*"; TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione intrumentorum et fide ipsorum*, 6; GRATIA, *Summa*, 6,1.

(149) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 6: *..., unde, si una pars inducit pro se publicum instrumentum, altera vero testes, si dicunt diversa et non adversa, utrique probationi stabitur et secundum utramque iudicandum erit*. Cfr. C. 3,32,19; C. 4,21,15; C. 8,18,11.

(150) PILLIUS: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14; TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: Si *vero testes dicunt adversa vel contra instrumento, quid iuris sit.*

Primo. El rechazo al valor jurídico de un documento público no era fácil que fuera admitido, a excepción de que todos los testimonios inscritos en el *instrumentum* contradijeran expresamente su veracidad; pero, si se daba, cesaba su validez judicial (151).

Secundo. Si fueran otros los testimonios que repudiasen a éste, y no los suscritos en el documento, el valor del *instrumentum* se mantenía –*quod stabitur instrumento et in nullo ei derogabitur* (152).

Tertio. Si, por el contrario, uno de los testimonios suscritos reafirmaba el contenido del documento, y el resto lo reprobaba, no precluía su veracidad, porque, en este supuesto, *magis est credendum morutae vocis, quam vivae* (153).

Quarto. *Idem est, si unus vel plures testes scripti in instrumento dicant: "ita est, sicut continetur in instrumento", et omnes alii dicant: "non est ita, nec ita fuit dictum, sicut ibi continetur". Et hoc potest videri et collegi in scholaribus, quoniam dicit multa magister in die in scholis, et maior pars scholarium iurare, quod numquam dixit, et tamen verum est, quod ea dixit* (154).

---

(151) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Unde sciendum est, quod, si omnes testes in instrumento scripti contra instrumentum testentur, fides instrumenti cassatur in eo iudicio. Nam cum ex ipsa testatione fides instrumento debeat haberi, merito, his instrumento obviantibus, vivae voci, non mortuae credendum erit. ... Item notandum est, quod probatio, quae fit per negationem contra publicum instrumentum, non facile est admittenda, sed omnino respuenda, nisi forte, ut dictum est, omnes testes scripti in instrumento contradicerent expressim*. Cfr. D. 29,3,1; Nov. 73,3.

(152) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Sed quid, si alii testes, et non illi, qui sunt scripti in instrumento, contadicant instrumento? Respondo, stabitur instrumento et in nullo ei derogabitur*. Cfr. C. 6,33,3; D. 22,3,10.

(153) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Item quid, si etiam unus testis, qui est scriptus in instrumento, diceret pro instrumento, et omnes alii, qui essent ibidem scripti, contradicerent? Respondo magis creditur instrumento, quam omnibus testibus, qui contradicunt; et ad hoc potest iudici et apatari verbum illud, quia magis est credendum morutae vocis, quam vivae... , item et alia ratione, quoniam semper invenitur in lege, magis debere credi instrumento, quam testibus* . Cfr. D. 22,3,10.

(154) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14.

Quinto. Finalmente se cuestiona qué ocurriría *si tabellio concordet cum instrumento, et omnes testes dissentiam ab instrumento*. Ante este supuesto, se plantean dos soluciones (155):

[1] Si en el documento se hubiera incluido un amplio pacto, así como numerosas e implícitas condiciones, *tunc magis credendum est instrumento, quam testibus, dicentibus: "non est ita"* (156).

[2] Si, por el contrario, una importante cantidad de dinero se hubiera dado en presencia de los testigos, y éstos, en su totalidad, acordaron una cantidad distinta a la escriturada y confirmada por el tabellio, *potius crederem testibus, quam instrumento et tabellioni* (157).

[3] Pero si el *tabellio* afirmara no recordar la cantidad por la que se hizo el documento, o no recordaba haberlo transcrito, no se daba la nulidad del mismo, porque, a juicio de Pillius, el notario podía actuar maliciosamente (158).

Casuística que le llevará a concluir: *Sed quia de his omnibus non potest aliquis certam formam dare seu doctrinam, ideo lex haec omnia inspectioni et arbitrio iudicis commitit; tu enim scire potest, quanta fides testibus sit adhibenda* (159).

---

(155) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Respondo, quandoque magis esset credendum instrumento quam testibus, et quandoque magis testibus quam instrumento*.

(156) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Verbi gratia, in primo casu, forte longum pactum est insertum in instrumento, vel plures conditiones et variae et implicitae sunt appositae; tunc magis credendum est instrumento, quam testibus, dicentibus: "non est ita"*.

(157) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Sed in secundo casu, ut si forte fuerit pecunia numerata coram testibus, et testes omnes concordent de quantitate pecuniae, et instrumentum et tabellio aliud dicant; potius crederem testibus, quam instrumento et tabellio*.

(158) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14: *Sed quid, si tabellio dicat: "non recordor, quod fereceri hoc instrumentum", vel dicat "non feci hoc instrumentum", an propter hoc derogabitur fidei scripturae? Respondo, non credo, quoniam tabellio potest hoc dicere propter malitiam*.

(159) Pillius: *Summa de ordine iudiciorum, Pars* 2, *De testibus subscriptis in instrumento*, núm. 14.

Por su parte, TANCREDUS recoge la opinión de AZO (160), según la cual la declaración de dos testimonios no era superior a la de un documento público, pero, en numerosos supuestos, éste alcanzaba únicamente el valor de dos o más testimonios (161):

> *Dominus AZO dicit, quod viva vox duorum testium in nullo casu validior est publico instrumento, sed publicum instrumentum, ut dicit, validius est testibus duobus vel pluribus in pluribus casibus* (162).

Limitado el alcance y el valor del documento público, TANCREDUS establece las siguientes reglas de interpretación:

---

(160) En torno a esta cita, Gregorio LÓPEZ, en su glosa número dos a *Partidas* 3,18,117, siguiendo la línea del texto alfonsino y de la propia doctrina castellana, niega que dicha afirmación, extraída del *Speculum* de DURANDUS, pueda deberse a AZÓN: "*Reprobatur hic illa opinio, quam reciat Spec. atribuens eam Azoni, in tit. de instrum. edit de fide instrum. in sum. col. pen dicit, se nullo casu admittere, ut vox duorum testium sit validor instrumento publico, et ibi dicit, quod requirantur 4. vel 5. testes deponentes contra instrumentum: ...*". La cita en torno a AZÓN la hallamos en DURANDUS, G., *Speculum* 2,2,8,5: *Sed pone producitur aliquod instrumentum super aliquo contractu: opponitur, aliquem contrahentium alibi fuisse tempore contractus, & probatur hoc per duos testes, queritur, an sufficiant. et dicit Azo, quod fic, arg. ff. de testi. ubi numerus. et IIII. q. III. c. si testes, ubi numerus*. Con anterioridad vemos reflejada esta cuestión en *Lex Visigothorum* 2,4,3: *Quotiens aliut testis loquitur, quam ea scriptura continet, in qua ipse subscripsisse dinoscitur, quamvis contra scripture textum diversa verborum sit a testibus impugnatio, scripture tamen potius constat esse credendum. Quod si testes dixerint ea, quae offertur, scriptura minime roborasse, prolator eius probare debebit, utrum ab eisdem testibus scriptura fuisse roborata constiterit, ...* Ed. ZEUMER, K., *Liber Iudiciorum, sive Lex Visigothorum*. *In Monumenta Germaniae Historica*. Hannovarae et Lipsae, 1912.

(161) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, Pars 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 6: *... quia validor est viva vox quam mortua*. PILLIUS, *Summa*, 3,8: *Et quia probationis duae sunt species principaliter, scilicet testimonia et instrumenta, et dignior est probatio per testes, quam per instrumenta, ...*

(162) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6. Cfr. C. 2,43,3; C. 4,30,15; C. 4,20,18; C.4,3,1,2; C.6,22,8; D. 22,3,10.

Primo. Ante la objeción por las falsedades, defectos, condiciones u otras causas similares de un *publico instrumento*, prevalecía la opinión de los testigos sobre el contenido del documento (163).

Secundo. Si, por el contrario, el documento no era objeto de reprobación, pero una de las partes se inclinaba por la veracidad del documento y otra por la declaración de los testigos, debía, en este supuesto, seguirse el discreto juicio del *iudex –discretus iudex considerare debet–*, quien tenía que decidir qué era lo que más convenía a la naturaleza del negocio, así como qué era lo más verosímil (164).

Tertio. Si lo que se deseaba probar era *numeratio pecuniae, vel matrimonialis consensus, vel aliquod simile*, se debía atender al criterio preferencial de los testimonios (165).

Quarto. Si la cuestión versaba sobre cosas o hechos de un tiempo inmemorial, al ser la memoria del hombre frágil, *magis credendum est instrumento quam testibus* (166). Criterio que se excepcionaba

(163) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *Mihi videtur, quo si obiiciatur publico instrumento in modum exceptionis falsitas, vel defectus, vel conditio vel aliquod simile, quod debuit ibi esse et non est, et probatum fuerit per testes, quod obiectum est, nisi instrumentum iuvetur per testes, qui secundum illud testificentur, dicat testium praevalent instrumento, sive in eo scripti sint, sive non*. Cfr. C. 4,19,18; C. 8,38,14, c. 5,X,2,19; c. 35,X,2,19; c. 10,X,2,22.

(164) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *Si autem nil tale obicitur instrumento, sed una pars directe pro se inducit instrumentum, altera pars testes, in hoc casu discretus iudex considerare debet, quod eorum magis conveniat naturae negotii et quod magis verisimile videtur, et secundum illud sententiam proferat, ..., quoniam considerare debet, quale sit negotium, de quo quaeritur* . Cfr. C. 4 q. 3 c. 3 pr.; c. 32, X, 2,20.

(165) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *Si vero probari debeat numeratio pecuniae, vel matrimonialis consensus, vel aliquod simile, hic dicerem testes instrumento praeferendos*. Cfr. C. 5,4,13; C. 3 q. 9 c. 15.1.

(166) TANCREDUS: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *Praeterea temporis consideratio habenda est; quoniam si res vel factum antiquum probatur, magis credendum est instrumento quam testibus, quia memoria hominum labilis est, nam omnium habere memoriam divinitatis est potius quam humanitis*. Cfr. C. 1,17,1.

si el hecho se reproducía nuevamente, en cuyo caso, si los testigos eran de buena fama, discretos y honestos, se presumía su veracidad y no la del documento (167).

Quinto. Si una persona redactaba diversas y contradictorias escrituras, éstas no llegaban a alcanzar firmeza jurídica (168).

Sexto. Si era una tercera persona la que introducía un documento contradictorio, debía ser el *iudex* quien dirimiese cuál de los dos documentos era el que más se adecuaba a la realidad del negocio (169).

Septimo. Finalmente, considera que, si el titular del documento podía probar que había perdido el documento por un vicio o un fraude manifiesto de su oponente, se entendía que era prueba suficiente para constatar su intención (170).

Octavo. No obstante el criterio mantenido por la tradición textual del *Corpus Iuris* (171), así como por buena parte de los glosadores –Azo (172)–, según el cual, si la pérdida se debió a un tercero, *non*

(167) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *si autem probatur id, quod de novo factum est, in hoc casu magis praesumendum est pro dicto testium quam pro instrumento, maxime si testes sint boni viri, discreti et honesti*.

(168) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *In summa notandum est, quod, si instrumenta contraria vel diversa, quae sibi adversantur, etiam indirecte, ab una parte introducantur, derogant sibi fidem*. Cfr. C. 4,21,14: *Scripturae diversae et fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolatae, nihil firmitatis habere potuerunt*.

(169) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *...; si vero ab utraque parte inducantur instrumenta contraria, videat iudex, quod magis sit sine suspicione et quod magis congruat negotio, et secundum illud iudicet, vel si aequales sint utrimque probations, solvat reum*. Cfr. C. 8,38,14; c. 3,X,2,19.

(170) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6: *Nec illud praetermittendum est, quod, si instrumenta, quae producturus eras, per factum adversarii tui perdidisti, sufficit ad fundandam intentionem tuam, si probes te vitio adversarii tui amisisse instrumentum, quo probatur id, de quo agis*, ... Cfr. C. 4,19,20; C. 3 q. 7; c. 2,X,2,21.

(171) Cfr. C. 4,21,13: *Apud eos, qui rem gestam ignoraverunt, amissorum instrumentorum habita testatio nihil ad probationem veritatis prodesse potest*.

(172) Azo: *Summa*, *De fide instrumentorum Rubrica* –C. 4,21–:

prodest tibi, si probes amissionem et etiam eius tenorem (173)*; a juicio de Tancredus* (174)*, est tamen validum argumentum contra eum, scilicet, quod sufficiat, si probes amissionem et tenorem instrumenti* (175)*.*

V. *STILUS NOTARIAE*

Este proceso se desarrolla y consolida en la praxis notarial, donde los *tabelliones*, *notarii*, tomando como referente la obra de los *doctores legum –glossae*, *summae*, *commentarii*, así como ambos *Corpora Iuris–*, consolidan toda una teoría en torno a la institución del Notariado, del documento público.

De entre los distintos tratados del arte de la notaría, escogemos, en este apartado, el *prooemium* de la obra de Salatiele, *Ars Notariae*, donde se describen los caracteres propios del oficio, que, por su claridad expositiva, pasamos a transcribir en su práctica literalidad.

La obra se inicia con el reconocimiento a lo loable y necesario que es, para la vida de los hombres, la profesión notarial: *Laudabilie viteque omnium necessarium tabellionatus officium* (176), así como con la exposición de las materias a tratar: "se aprenderá la diversidad de las obligaciones y acciones de las personas y de las cosas, las divisiones de los contratos y de los pactos, las renuncias a los beneficios, y los juicios de las últimas voluntades, y tras este aprendizaje se avanzará con paso segurísimo para hacer justicia según las particularidades de derecho y de hecho. Por ello, estará esta obra dividida en cuatro partes, a saber: tres partes de la teoría

---

Nam etsi testes dicerent: in instrumento continebatur Titium emisse et possessionem habuisse vel accepisse, et illud subtraxit Maevius, non probaretur intentio mea. Sicut enim non probaretur per exemplum, … ita nec probaretur per testes, qui dicerent in instrumento ita fuisse scriptum. Superest ergo, ut per testes, qui interfuerunt in negotio, de quo agitur, probem intentionem meam.

(173) C. 4,21,13.

(174) Tancredus: *Ordo iudiciarius*, *Pars* 3, Tít. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, núm. 6.

(175) c. 12,X,5,33: *Contenta instrumento perdito probari possunt per testes, qui illud periegerunt, si deponunt de tenero, et quod erat sine vitio*.

(176) Salatiele Bonaniensis: *Ars Notariae*, fo. 2r.

del arte de la notaría, y una cuarta a la práctica, para los que se encarguen, por medio de la teoría, de las cosas que deben notificar, pues, mediante la práctica doctrinal, cualquier estudioso conseguirá fácilmente la pericia de hacer y rehacer, de derecho y por costumbre, todos lo documentos de los contratos, de las últimas voluntades y de los actos judiciales".

> *… per eum tamen diversitas personarum, rerum, obligationum et actionum, contractuum et pactorum, divisiones benefficiorum, renuntiationes et ultimarum voluntatum iudiciarumdem erudient et eruditum gressu tutissimo ad instrumenta condenda, secumdum iuris et facit vicissitudinem promovebunt. Erit autem hoc opus quadripartito divisum, tribus videlicet partibus artis notarie theorice, quarto vero pratice deputatis per theoricam, autem forum que sunt dictam noticiam per praticam vero doctrinalem periciam faciendi ac refficiendi iure et consuetudine omnium contractuum ultimarum voluntatum et actorum iudicialium instrumenta facile studiosus quilibet consequetur* (177)*.*

Señaladas las partes de la obra, así como la conveniencia de su estudio, SALATIELE expone las distintas acepciones y significados de la voz notario: "Es, pues, el notario una persona que ejerce un oficio público, a la garantía de la cual hoy se recurre para escribir en público y llevar a la memoria perpetua, en forma pública, lo que sucede a los hombres. Se le llama, además, notario por anotar, porque anota y pone por escrito notable y fielmente aquello sobre lo cual se recurre a su garantía. Y *tabelión* se le llama por la tablilla, porque los antiguos solían escribir y tomar notas en tablillas, esto es, en Derecho civil se llaman *tabeliones* porque los nombres deben corresponderse con las cosas. Se le llama además, en Derecho civil, con varios nombres al notario, pues, a veces, se le llama siervo público, no porque, en verdad, sea un siervo, puesto que un siervo no puede ser notario, sino porque, en público, sirve y debe servir a todos. Y, además, se le llama notario, *tabelión* y tablero, según se ha dicho; a veces se les llama escribanos por escribir, y, a veces, archiveros, porque reproducen sobre las hojas lo que se guarda en escribanías; e, incluso, se les llama, además, con otros muchos nombres".

(177) SALATIELE BONANIENSIS: *Ars Notariae*, fo. 2r.

Est autem notarium quedam persona publicum officium gerens, ad cuius fidem hodie publice discurritur ut scribat et ad perempnem memoriam in publicam formam reducat ea que ab hominibus fiunt. Dicitur autem notarius a notando, quia notat et notabiliter et fideliter in scriptis reducit ea super quibus ad eius fidem decurritur. Set tabellio dicitur a tabula quia veteres in tabulis consueverunt scribere et notare hic est in iure civili tabularii nuncupantur quia nomina debent esse consona rebus. Nuncupatur autem notarius in iure civili variis nominibus nam aliquando vocatur servus publicus non quia vere sit servus cum servus non possit esse notarius set quia publice omnibus servit et servire debet. Set interdum vocatur notarius tabellio atque tabularius, ut predixi, aliquando vocantur scribe scribendo, et aliquando scrinearii, quia presunt scripturis his qui in scrineis reconduntur, non nunquam et aliis pluribus nominibus appellantur (178).

Expuestas las distintas acepciones del término *tabellio*, nos informa de su condición y nombramiento: "Puede ser notario un hombre libre, de condición colonial o no sujeto a obligación ajena, y varón de mente sana, que vea y oiga, y en estado íntegro de fama, y que tenga pleno conocimiento del arte de la notaría o del tabelión. Al notario se le nombra, no por propia iniciativa o por libre voluntad de cada uno, sino por la autoridad del príncipe, o del consejo de palacio o por cualquier otro que se lo conceda, en particular, el príncipe, y éste, en todas partes y lugares, podrá ejercer la profesión de la notaría. Se le nombra por autoridad de la universidad en su municipio, si lo permite la ley municipal, y a éste no se le suele considerar notario fuera del territorio de aquel municipio; pero, eventualmente, puede ser nombrado notario por juicio u orden de los decuriones, y aprobado, por intercesión, mediante decreto de los curiales y por consenso de los mejores magistrados y doctores, demostrando que se merece el oficio por este modo de enseñar".

Potest esse autem notarius liber homo colonarie conditioni vel alteri necessitati non strictus, et masculus sane mentis, videns et audiens, et integre fame constitutus, et habens plenam noticiam arte notarie sive tabellionatus. Constituitur autem notarius non cuiusque proprio motu et libera voluntate, set principis auctoritate vel comitis palatini vel cuiusquam alterius cui nominatim hoc princeps concesserit, et iste ubicumque locorum artem notarie poterit excercere. Sed constituitur auctoritate universitatis in suo municipio lege municipi concedente

(178) Salatiele Bonaniensis: *Ars Notariae*, fo. 2r.

et hic extra territorium illius municipio notario non habetur se forte constituti potest notarius iudicio ordinis decurionum probatus decreto curialium intercedente et optimorum conspirante consensu ad instar (sic) magistrorum et doctorum, qui eo modo docendi merentur officium (179).

A continuación, el jurista italiano pone especial atención en señalar los distintos deberes que debían cumplir los notarios: "Debe observar el notario, en primer lugar, que cada cosa que vaya a escribir, en juicio o fuera de él, la tenga primero en el corazón, antes que en la boca, y su intención sea preámbulo del hecho, pues considerando el asunto consigo mismo, atentamente, discierna si lo que se le pide escribir son palabras que sólo se dicen, o hechos que han sucedido, o tanto palabras como hechos que, a la vez, se dicen y han sucedido. También si las palabras que se dicen o los hechos que han sucedido son tanto de una parte como de la otra parte, o, incluso, si se hacen recíprocamente.

En segundo lugar, que todo lo que por su oficio ponga por escrito, lo escriba fiel y cuidadosamente, sin lesión alguna, ni perjuicio, sin cambiar el tenor del asunto y sin entrelazar sus sutilidades y relaciones.

En tercer lugar, que evidencie la cualidad del asunto ante aquéllos a quienes atañe, y, una vez convocados los testigos, lo ofrezca de un modo inteligible, y demuestre las declaraciones adecuadas, sutilidades del Derecho y relaciones de las fianzas y las declaraciones.

En cuarto lugar, que convoque a tales y tantos testigos –que no estén prohibidos en derecho– para que presten testimonio, y basten para la garantía de lo realizado.

En quinto lugar, que no escriba documentos públicos por la parte del pelo, en la hoja de pergamino, ni por la carne con agujeros o raspada, para que no se dé la posibilidad de raspar y cambiar letras o de falsificar el tema. Y si el contrato es tal, que se publica por escrito, que primero se haga en nota, un extracto o propuesta, y luego, el documento notarial.

En sexto lugar, que en el documento ponga el año y el día en que se hace, el mes y la indicción corriente en aquel momento, y el nombre del príncipe o pontífice entonces reinante, y el lugar en que

(179) SALATIELE BONANIENSIS: *Ars Notariae*, fo. 2r-3r.

se realiza el asunto y los nombres verdaderos de los testigos, en presencia de quienes se otorga el documento.

Finalmente debe suscribirlo con su nombre auténtico, del que no se pueda dudar, y con su propio signo, que debe ponerlo en el margen, fuera del documento, o al comienzo, o al final, antes de su firma; y ello, por si en el futuro se dudase haber sido escrito por un copiador de letras, esta señal puede confirmar aquél documento o derogar su garantía".

> *Debet autem observare notarius in primis ut singula que sibi scribenda occurrunt in iudicio sive extra prius teneat in corde quam in ore ac mens eius facit preambula sit, quod negotium secum studiose considerans discernat utrum ea que rogatus sit scribere, sint verba tantum que dicantur vel facta que fiant vel tam verba quam facta que simul dicantur et fiant, item utrum sint verba que dicantur vel facta que fiant ab una parte tantum alteri parti vel etiamque vicissim. Secundo, ut omnia que gratia sui offici in scriptis redigat fideliter et caute conscribat sine cuiusquam lesione et preiudicio, facti seriem non mutando, et iuris subtilitates et vincula innecendo. Tertio, ut negotii qualitatem coram hiis quos negotium tangit et testibus vocatis intelligibiliter proferat et ut renuntiationes pertinentes ad iuris subtilitates et vincula cautio num et renuntiationes apperiat. Quarto, ut tales adhibeantur testes et tot qui a iure non prohibeantur ferre testimonium et ad fidem rey [sic] geste sufficiant. Quinto, ut a pilo in carta vel ex parte carnis vicerosa vel rasa publica instrumenta non scribantur, ut radendi et mutandi literam seu falsifficandi materia aufferatur. Et si contractus sit talis qui celebretur in scriptis, primo faciat I notam, scedam seu rogationem et postea publicum instrumentum. Sexto, ut in instrumento annos domini apponat et diem quo fit mensem et indicionem tunc temporis currentem et nomen principis seu pontifficis tunc regnantis et locum ubi negotium celebratur et nomina testium certa in quorum presentia instrumentu sit factum, denique nomen suum certum de quo dubitari non possit subscribere debet et ut quodam proprio signo quod debet ponere in margini extra instrumentum vel in principio vel in fine ante suam subscriptionem et hoc ut si in posterum dubitaretur fuisse scriptum per collationem literarum et signum possit illud instrumentum confirmari vel eius fidei derogari* (180).

Con relación al catálogo de prohibiciones y de sanciones nos dice: "Ciertamente, debe abstenerse el notario de escribir documentos ilícitos, a saber, prohibidos por derecho, o a causa de las personas o los asuntos, o por un motivo mixto: a causa de las personas, como si

(180) Salatiele Bonaniensis: *Ars Notariae*, fo. 3r-3v.

acaso un impúber, o un loco o una persona semejante quisiera hacer testamento, no debe el notario escribir tal testamento; a causa del asunto, como si se enajenan cosas que el derecho prohíbe enajenar, como son las cosas con que no se comercia, como un hombre libre, cosas sagradas, el foro, la basílica, el Campo de Marte, y así las cosas eclesiásticas y las de los menores, que pueden conservarse guardándose; por causa mixta, como si el impúber o el loco quisiera legar en su testamento una cosa con que no se comercia, como un hombre libre o una cosa sagrada o semejante. Si el notario escribe documentos prohibidos, sea castigado mediante la pena jurídica de irrevocable exilio, o acaso se lleve una multa de veinte libras de oro u otra pena gravísima a instancia del juez".

Abstinere vero debet notarius ne conscribat illicita instrumenta, hoc est, a iure prohibita vel ratione personarum vel rerum vel ratione mixta; ratione personarum ut si forte impubes vel furiosus vel similis persona vellet testari non debet notarius tale conscribere testamentum non ratione rerum, ut si res prohibite alienari a iure alienentur, sicut sunt res quarum non est comercium, ut homo liber, res sacra, forum, basilica, campus marcius et sicut res ecclesiastice et res minorum que servando servari possunt; ratione mixta ut si inpubes [*sic*] *vel furiosus vellet legare in suo testamento rem cuius non est comercium, ut liberum hominem, vel rem sacram vel similem. Si vero notarius vetita instrumenta conscripserit irrevocabilis exilii adnimadversione plectetur vel forte vicenarum librarum auri multa vel alia gravissima pena pro motu iudicis feruntur* (181).

Concluye el autor señalando los ámbitos propios del arte de la notaría: "También consiste la profesión de notario no sólo en escribir contratos y en redactar testamentos, sino también de las últimas voluntades de los difuntos, y de lo que se trata en los juicios o en el foro público. Y ya que por las persona y las cosas se realiza el contrato, y poco sirve a los notarios saber escribir el contrato si ignoran indignamente a las personas y a las cosas".

Consistit autem tabellionis officium principaliter in contractibus conscribendis et in conficiendis testamentis set aliis ultimis voluntatibus deffunctorum et in his quae in iudiciis seu foro tractantur. Et quia gratia personarum et rerum contractus celebrantur et parum prodesset

(181) Salatiele Bonaniensis: *Ars Notariae*, fo. 3v.

contractus scire scribere tabellionibus personis et rebus turpiter ignorantis (182).

VI. *STILUS VEL CURSUS NOTARIAE*

A partir de la difusión de los tratados de ROLADINUS, SALATIELE o de Rainierius DE PERUGIA, todos los documentos notariales se redactaron siguiendo unas reglas procedimentales, tanto en los epígrafes, en los inicios de las cláusulas –*Item*–, como en la propia estructura interna de los *instrumenta* (183), lo que dotaba al documento de

(182) SALATIELE BONANIENSIS: *Ars Notariae*, fo. 3v.

(183) Véase su constatación en la obra de JACOBO DE LAS LEYES, *Doctrinal*, Tít. 4, Cap. 2, *Como deven ser fechas las notas delas cartas delos escrivanos publjcos*: *En toda carta quesea fecha por mano de escrivano publjco deven ser puestos los nonbres de aquellos quela mandan fazer, et el plejto et la rrazon sobre que fue fecha en aqeulla manera quelas partes lo ponen entresi, et los testigos quese açertaren y, et el dia et el mes et el anno et el logar enque fue fecha; et quando esto todo oujere escrito, el escrivano publico deue dexar un poco espaçio enla carta, et dende ayuso fazer su signo et escrujr y su nonbre en esta manera: Yo fulano, escrivano publjco detal logar, estaua delante quando losque sons scritos enesta arta fizjeron el plejto, o la postura, o la vendida, o el camjo, o el testamento, o otra cosa qual quier, asi commo dize enella, et por rruego dellos et por su mandado escreuy esta carta publjca, et puse enella mi syno, et escruj mi nombre et abonda en toda carta publjca, que sean dos escrivanos publjcos, por testigos, sin aquel que faze la carta, que escriuan sus nonbres en ella, et sy por ventura escrivanos publjcos no pudieren aver enel logar, tomen por testigos tres omnes buenos que escrivan y sus nonbres, segun es costunbre del logar. Los nonbres delos testigos deuen ser escritos enfin dela carta, ante que el escrivano quela fizo escriva su nonbre, pero enlos testamentos deuen ser escritos mas testigos, asy commo de suso dixemos, et deue ser muy acuçioso el escriuano de conoçer los omnes a quien fazen las cartas, quien son o de que logar, de manera que no pueda y ser fecho njngun enganno, et quando la postura o el plejto fazen antel, deue saber do son aquellos que han de ser testigos, et aperçebilles et mostrarles quien son aquellos que fazen la postura et enque manera la ponen, leyendo la nota antellos todos, et desy deue dezjr el escriuano a aquellos que mandan frazer la carta, si otorgan todo el plejto en aquella manera que dize en aquella nota que lle antellos; et sy dixere que sy, deue fazer testigos de aquellos que estan delante, et despues la carta publjca an pargamjno de cuero por aquella nota enla manera que sobre dicho es et darla a aquel que perteneçe et fazer su sennal sobre aquella nota pr que entienda que ya es acabada la carta plubljica.*

una terminología precisa y de un valor judicial suficiente –*scriptura firmitatis*–, que les hacía que *per se faciunt fidem* (184).

De la documentación estudiada en los archivos del Reino y del *Corpus Christi* de Valencia, cabe apreciar una estructura formal que, aun con innumerables variantes –según sea la naturaleza del documento, o el formulario que el redactor tenga presente–, se repite de forma traslaticia de notario a notario.

Tomando como modelo de referencia una compraventa, podemos señalar las siguientes partes, a saber: la invocación al Señor –*In Dei nomine*, *Domini nostri Iesu Christi* (185)–; el año en que fue redactado el contrato –*A die nativitatis* (186)–*;* mención, en primera persona, de quien otorga el documento; la naturaleza jurídica del acto –*vendo*, *dono, perfilio*– y el objeto de la disposición; el precio; los testigos (187) –*sunt testes*–; el lugar (188); la fecha; el signo notarial, con su nombre, apellidos y la autoridad con la que está revestido (189) –*N. notuit*, *N. scripsi*–; y el nombre del rey *regnante* (190).

(184) Véase, en este sentido, Bono, J.: "La práctica notarial del Reino de Castilla en el Siglo xiii. Continuidad e innovación". *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo xiv. Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*. Valencia, 1986, pp. 481-506.

(185) Magoni, J. B.: Cap. 25, núm. 2: *Primo ut in instrumento invocatio divini nominis apponatur*.

(186) Magoni, J. B.: Cap. 25, núm. 3: *Secundo, ut Annus tempore celebrati, contractus, minime omittatur, … Nec Annus a die Circuncisionis, seu Purificationis Domini nostri, sed a Die nativitatis, …*

(187) Magoni, J. B.: Cap. 25, núm. 17: … *in ordine ponuntur testes…*

(188) Magoni, J. B.: Cap. 25, núm. 12: *Locus in quo conficitur, ipsum instrumentum non est omittendus, et quem de substantia, non autem de solemnitate requiri…*

(189) Magoni, J. B.: Cap. 25, núm. 17: *Notarii scribuntur contrahentes cum eorum cognomine, atque habitatione …* , núm. 29: *Postremo adijcitur nomen notarii, cum praenomine, et auctoritate recepta, simul iuncta regione in qua admissus, vel in matricula descriptus est…*

(190) Magoni, J. B.: Cap. 25, núm. 11: *post diem, atque mensem, apponitur, nomen Principis regionis, in que conficitur in instrumentum, tunc regnantis, …*

1. *INVOCATIONES VERBALIS*

[1] *In dei nomine pateat universis.*
[2] *In Dei Nomine, Amen.*
[3] *Ad Laudem et gloriam Sanctissime et individuae Trinitatis Patris et Filii Spiritus Sancti, Amen.*

2. *INTITULATIO*

[1] *Quod nos Melchor Valebrera domicellus et Isabel eius uxoris habitatores villae Aliquante gratie et ex certa scientia…*
[2] *Ego Onofrius Aracil, presbiter ville Seixone vicinus gratis, cum praesentis…*

3. *INSCRIPTIO*

[1] *[...] seu revocandi [...] et tradimus seu quasi vobis universitati ville de Sexona absent per not. Present [...] et recepto et acto Sexone avintutate Johanis Perez notarii publichi villae Sexone [...] per recipienti [...] ito nomine*.
[2] *vendo vobis Petro Sirvent agricole et Vicenciae Reig conjugibus dictae villae vicinis praesentibus, et vostris...*

4. *DISPOSITIO*

[1] *castrum et locum de la Torre de les Macanes populatum agarenis [...] pertinet propiis castro et loca… Et ex causa huius venditionem et alienationem [...] extrahemus hec omnia quae vobis vendimus ut profertur [...] ffidelitate juramento et homatges... nobis stenti et obligati sint praepositis castro et locho [...] autem venditionem et alienationem [...] omnium […] vobis dicte universitati et vestris et [...] pretio videlicet quadraginta tres milli solidum regalium valenciae*.
[2] *… quandam domum meam sitam et positam in praesenti villa in vico appellato lo carrer de la vila, prout confrontatur ex una parte cum domo mei dicti venditoris, et cum domo Joannis Batista Rovira, militis, et a frontes cum dicto vico del carrer de la villa carrero en mig.*
Hanc autem vendicionem vobis et vestris facio cum pactis et condicionibus sequentibus.

Primo ab pactes condicio que lo dit Mossen Nofre Aracil vendedor […] que los dits compradors y cualsevol altres succesors o seu successors en dita cassa sien obligats a conservar la ayguera que te dita cassa y reb del carrero…

Prout melius, sci vobis et vestris ut suppra vendo et precio videlicet centum quinquaginta librarum monete regalium valentiae quas omnes confiteor habuisse et recepisse modo et forma in appoca conficienda deduito precio duendes exprimendis et declarandis unde renuntio scienter, et doli, dans et remittens, promittens, et teneor ac teneri volo vobis et vestris de firma et legali evictione.

Itaque si forte fiat evictio largomodo, et de omnibus damnis, pro quibus, obligo, movilia, …

5. *SANCTIO*

[1] *Scilicet castrum et locum jam dictos cum [...] et opa jam dita ac ius [...] tantum modo de triginta novem mille solidus [...] quatuor mille solidus dictae monete nobis provisitis solvere et pacare [...] pura et irrevocabili donacione [...] inter vos et nos [...] ac promitimus in bona ffide vobis et [...] vel vestros universales vel iurem fiuressores aliquam litem [...] insolidum vobis et vestris perpetuo omnia et singula bona et jura materia mobilia et inmobilia ....*

[2] *Ultimus volimus et hanc venditionem facere intendimus sub dit conditione quod si forsam expide fuisset [...] castrum et locum [...] et teneantur et revendere et restituere dictum castrum et lochum illis quibus [...] si et prout nos teneamur ac ffacere aut deberemus debemus si dictum castrum et lochum fforent [...]*

Noverint universi quod nos Melchior [...] confitentur et in veritate recognocemus vobis universitate ville de Sexona ab fines [...] praesenti et nomine [...] recepimus [...] omnes illos quadraginta tres milli solidos monete regalium valencie [...] vendidimus et alienanimus Castrum et lochum de la Torre de les Macanes. [...] et alienacione huisque paret cum publicho notario recepto et acto Alicanti per Pascasium Bernabeu notarium [...]. soluto ad h [...] ti memoriam . [...] et actum Alicantis [...] die mensis Marcii [...] Signa nostrum Melchioris de Valebrera et Isabel conjugium praedictorum qui haec concedemus...

6. *DATATIO: ANNUS, TEMPORIS CELEBRATIO INSTRUMENTIS*

[1] [...] *mensis Martii mille quadragentesimo septuagesimo secundus. Signa nostrum Melchoriis de Valebrera et Isabel conjugium predictorum hec concedimus llaudamus et firmamus.*

[2] *Datum in nostra civitate die undecima mensis septembris prime indictionis, anno a nativitate domini millesimo quadrigentisimo tricesimo septimo, huiusque nostri citra forum*.

[3] *Datum in nostra civitate die nono julii anno a nativitate domini millesimo CCCCXXXVI. Rex Alfonsus*.

[4] *Datum in fidelissima civitate nostra, sub nostro sigillo, die nona julii, anno a nativitate domini millessimo CCCC XXXVII*.

[5] *Die primo mensis februarii anno a nativitate domini MDCXXVI* (191).

7. *PRAESENTIA – NOMINA TESTIUM*

[1] *Testes huius reis sunt honorabile et discretus Johannes Ferrandius presbiterius et honorabilus Johannes Ripol mercator habitatoris villae Alacantis.*

[2] *Testes sunt G (uillermus) episcopus, luppus Eximini de Urrea, Raymundus Boyl, Bernardus Albberti et Guillermus de Vico* (192).

8. *SUBSCRIPTIONES*

Ego dita Isabel certiorata de juribus meis imo per dominum meum et ejusquem Sacra Sancta quatuor Evangelia manu mea dextera incorporaliter et proponte tacita praedicta omnia et singula gratia rata valida atque firma me et per semper habere et tenere et inviolabiliter observare et in nullo gratia farente modo aliquo seu venire subrinius vinculo juramenti certifficata plenaria et instituta per notarium instantia scriptum.

(191) ARCC. Signatura 20098. Notario Jeroni LLinares. Protocolo notarial datado en 1623-1628.

(192) AMO. Ms. 2588, fo. 143v.

9. *COMPLETIO* (193)

[1] *Sig.+ num Guillelmi scribe qui... hoc scribo fecit...*

[2] *In quorum fidem ego Franciscus Lopez de Perona notarius publicus Valentiae hic pono meum solitum artis notariae sig--num.*

[3] *Protocollum mei Joannis Laurentii Roures civitatis et regni valentie notarii publici anni a nativitate domini Millessimi sexcentessimi decimi tertii et ut fides plenaria omnibus instrumentis in presentis protocollo continuatis, iuditio et extra tribuatur hae propria manu scripsi et meo solito hoc roboravi sig ----- no.*

[4] *La damunt dita clausula es treta de un testament fet per en Johannes Guerau urbi de Sexona rebut per mi notari dicta vila a X de Marc any MCCCCLXII e publicat any LX e Quatre. Y tret en traça en forma instancia e requeriment lo dit en Guillem Sirvent hereu e marmesor del dit deffunt e per tot que en aquella hi sia atribuida e a pose si molt acostumat posar… Pere Colomines autorictate regia notarie publicum per totam terram e dominiorum allustissimi domini Rege Aragonum qui hic suum aposint signum in fidem omnium subscriptore.*

(193) Con este término se denominaba en el Derecho justinianeo al acto de redactar y suscribir el documento. *Vid*. C. 8,37,15, pr.; I. 3,23,pr.

LA DOBLE VENTA: ¿UNA VUELTA DE TUERCA? (1)

Carlos Pérez Ramos
Notario

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO

2. REQUISITOS PARA APLICAR EL ARTÍCULO 1473 CC
   A) Vendedor único
   B) Pluralidad de partes compradoras
   C) Identidad del objeto vendido
   D) Contratos de compraventa separados, válidos y ¿no consumados?
   E) La buena fe
   F) ¿El artículo 1473 CC sólo se aplica al contrato de compraventa?

3. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE PREFERENCIA DEL ARTÍCULO 1473 CC RELATIVOS A BIENES INMUEBLES
   - El que primero INSCRIBA
   - El comprador que de buena fe sea primero en la posesión

4. LA VENTA DE COSA AJENA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5. DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA, ¿DOS CAMINOS PARA LLEGAR A LA MISMA SOLUCIÓN?

6. LA VENTA FORZOSA JUDICIAL DE COSA AJENA

(1) A Rocío. Y a Ana Mari, Charo y Ana Rosa, porque son un ejemplo de cómo al Notariado se puede engrandecer, desde un pequeño pueblo, siendo unas buenas oficiales, prestando un servicio digno y sobre todo realizado con cariño.

1. PLANTEAMIENTO

A veces, cuestiones jurídicas que parecían resueltas sufren una convulsión que exige examinarlas desde otra perspectiva.

Es lo que ha acontecido con la doble venta. La interpretación de esta figura parecía relativamente clara a partir de la línea marcada por la jurisprudencia desde los años noventa (2). Con carácter general, ésta consideraba que si la primera venta se hubiera consumado, transmitiéndose el dominio, la segunda venta ya no sería un supuesto de doble venta del artículo 1473 CC; sino de venta de cosa ajena. Lo que a su vez suscitaba la problemática de si debería considerarse a la segunda venta nula por falta de objeto, aplicando el artículo 33 LH y no el artículo 34 LH, con la consecuencia de que el segundo comprador quedaría desprotegido por la fe pública registral.

Sin embargo, la convulsión ha irrumpido en forma de dos sentencias, dictadas por la Sala primera del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 5 de marzo y 7 de septiembre 2007, reiteradas por sentencias posteriores.

Con estos antecedentes pretendemos analizar los problemas que suscita la doble venta, en particular los originados por la novedosa posición del Tribunal Supremo. Posición que conduce a nuevas soluciones para antiguos problemas.

Pero destacando una idea, más que entrar a cuestionar y analizar las sentencias, vamos a intentar, partiendo de sus novedosas afirmaciones, extraer las consecuencias que producen en la interpretación de la figura de la doble venta y de la venta de cosa ajena.

El punto de partida es el **artículo 1473 del CC**, a cuyo tenor:

"Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

(2) Entre otras, varias sentencias del Tribunal Supremo, como la de 8 marzo 1993, 3 marzo 1994, 25 marzo 1994, 2 julio 1994, 23 febrero 1995, 22 diciembre 2000, 21 junio 2000, 19 diciembre 2000, 21 junio 2000, 6 mayo 2004, 11 junio 2004, 15 julio 2004 y la 16 mayo 2006.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe".

La jurisprudencia, como más adelante veremos, recientemente ha variado su interpretación sobre este precepto, subrayando dos ideas claves: el artículo 1473 Código Civil se aplica no sólo a la doble venta, sino también a la venta de cosa ajena; y cuando el mismo concede preferencia al que inscribe incluye también al inmatriculante.

Partiendo de ambas premisas vamos a distinguir entre los requisitos para aplicar el artículo 1473 CC y los criterios de preferencia que el mismo establece. Para posteriormente entrar en la venta de cosa ajena.

2. REQUISITOS PARA APLICAR EL ARTÍCULO 1473 CC

A) VENDEDOR ÚNICO

Es éste un requisito implícito en el artículo 1473, pero absolutamente indispensable. El vendedor puede actuar, bien personalmente, bien por mandatario. Respecto a los casos dudosos, la jurisprudencia reconoce que hay un único vendedor: en el caso de dos ventas judiciales realizadas en juzgados diferentes, cuando la segunda venta la realiza el administrador judicial del vendedor; o la realizan los herederos del vendedor fallecido que realizó una primera venta.

B) PLURALIDAD DE PARTES COMPRADORAS

No habrá pluralidad de compradores si uno de ellos actúa en calidad de representante legal o voluntario del otro, y el segundo contrato se hace para elevar a escritura pública el primero; tampoco si el segundo comprador actúa en calidad de sucesor *mortis causa* del primero.

C) IDENTIDAD DEL OBJETO VENDIDO

Lo expresa claramente el artículo 1473, "Si una misma cosa".

Para la jurisprudencia, por no cumplirse el requisito de la *identi-*

dad no estaremos ante doble venta cuando los compradores adquieren distintas parcelas segregadas de una misma finca. O cuando se segregó una parcela que se vende y en la segunda venta se vende la finca matriz incluida la porción segregada.

Se aplica por analogía el 1473, ya que no concurre la identidad de derecho transmitido cuando primero se vende la nuda propiedad y luego la propiedad plena (STS de 17 diciembre 1984).

D) CONTRATOS DE COMPRAVENTA SEPARADOS, VÁLIDOS Y ¿NO CONSUMADOS?

SEPARADOS: Si la venta se hace simultáneamente a diferentes compradores en el mismo contrato adquirirán éstos un condominio sobre el objeto vendido.

VÁLIDOS: Los distintos negocios de enajenación han de reunir todos los requisitos para su validez que exige el artículo 1261 CC; por ello no procede aplicar la doctrina de la doble venta cuando uno de los contratos era simulado (3) o inexistente por falta de objeto (4). Tampoco se ha aplicado por la jurisprudencia cuando hubo primero opción de compra y, antes de ejercitarse, se vendió a otra persona.

¿VENTAS NO CONSUMADAS?

Previamente tenemos que aclarar que cuando hablamos de ventas consumadas no tenemos en cuenta la influencia que en la consumación del contrato tiene la falta de pago del precio, ya que la ejecución de las obligaciones sinalagmáticas del contrato de compraventa entre las partes *carece de significación en el Código Civil a los fines de distinguir la venta de cosa ajena de la doble venta* (5).

Dejando claro que de lo que hablamos es de contrato consumado a través de la efectiva transmisión del dominio debemos recordar que un sector de la doctrina, y la jurisprudencia a partir de los años noventa, consideraban que el artículo 1473 CC no se aplicaba cuando la primera venta estaba consumada al tiempo de perfeccionarse la segunda.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1956.
(4) Sentencias del Tribunal Supremo de 23 junio 1951 y 7 abril 1971.
(5) STS 11 octubre 2006 y STS 7 septiembre 2007.

Para estar ante una doble venta se necesitaba que se perfeccionara la primera. Y antes de consumarse se perfeccionara, o incluso se consumara, la segunda.

Si al tiempo de celebrarse la segunda venta, la primera estuviera consumada (ya se hubiera transmitido el dominio, sea mediante tradición instrumental, o mediante entrega de la posesión material), la segunda venta ya no sería un supuesto de doble venta incardinable en el artículo 1473 CC, sino un caso de *venta de cosa ajena*. Esta conclusión se apoyaba en diversos argumentos, entre los que destacamos:

1. El artículo 1473 CC debe interpretarse junto al artículo 609 CC. Es un reflejo de la teoría del título y del modo, de manera que no se aplica cuando el segundo comprador adquiere de un *no propietario*. Por consiguiente, no regula un caso de adquisición *a non domino* como el 464 CC, o el artículo 34 LH.
2. El artículo 1473 CC tiene por finalidad resolver un conflicto entre un comprador (el primero, que no adquirió el dominio por no haberse consumado la venta) y el adquirente (que adquiere *a domino*, o sea, de un verdadero propietario porque el vendedor no transmitió el dominio al primer comprador).
3. En definitiva, el artículo 1473 CC pretende solucionar quién de los dos compradores *adquiere*, no quién de ellos es *preferido*. Por eso no se aplica en el caso que la segunda venta fuera de cosa ajena, toda vez que *no resolvería quién ha adquirido la cosa vendida* porque ya se sabe quién la adquirió; que fue el primer comprador.
4. El tenor literal de la norma se inclina por esta postura porque no dice que "el comprador será preferido", sino que habla de "adquirente" y "pertenecerá la propiedad".

Sin embargo, la posición de la jurisprudencia ha variado a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 5, 16 y 20 de marzo de 2007, y la de unificación de doctrina de 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008; cuyos argumentos para aplicar el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena básicamente son los siguientes:

1. El propio artículo 1473 CC ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo [este es literalmente el argumento empleado por la jurisprudencia; nosotros

entendemos que nos viene a decir que el art. 1473 CC da preferencia al comprador que inscribe, y por tanto otorga escritura y tradición instrumental (arts. 3 LH y 5 RH), sin distinguir, a diferencia del caso de que no haya inscripción, si es o no primero en la posesión. Por tanto, *el que primero inscriba puede ser que no sea el primero en la posesión material*, por lo que indirectamente admite que el precepto citado jugará en el caso de que el primer comprador haya sido el primero en la posesión material, y por tanto haya adquirido el dominio, por lo que necesariamente la segunda venta sería de cosa ajena].

2. Aplicando a la venta de cosa ajena el artículo 1473 CC se logra la concordancia de este precepto con los artículos 606, 608 CC y 34 LH. Y en definitiva, con la teoría del título y el modo.

Asimismo, CUENA CASAS (6) añade a los anteriores los siguientes argumentos:

a) El no aplicar el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena trae como consecuencia que este mismo precepto quede vacío de contenido. Así, en materia de bienes inmuebles, aunque no existiera el artículo 1473 CC, en caso de que el primer comprador no adquiriera el dominio, siempre sería preferido el segundo, ya que adquiriría la propiedad a través de la posesión o la tradición instrumental, que se presupone al dar preferencia al comprador que primero inscriba.

b) Existe un precepto idéntico a nuestro artículo 1473 CC en el Derecho francés e italiano, donde la segunda venta, medie o no entrega de posesión, será siempre de cosa ajena porque en la primera se transmitió el dominio consensualmente.

c) A juicio de CUENA CASAS, "y también parece del Tribunal Supremo, el artículo 1473 CC se limita a dirimir un conflicto entre adquirentes, de manera que juega con independencia del sistema de transmisión de la propiedad, el cual no es alterado ni excepcionado, sino que simplemente se ignora en una hipótesis especial, eligiendo

(6) CUENA CASAS, M.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código Civil". *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil).* Volumen 1.º (2005-2007). YZQUIERDO TOLSADA (Director). Editorial Dykinson, SL. Madrid, 2008.

al comprador que ha sido más diligente a la hora de hacer pública su adquisición".

d) El artículo 1473 CC no determina quién ha *adquirido,* sino quién es *preferido*, aunque algún comprador haya consumado su adquisición (7). Y el criterio de preferencia tanto en bienes muebles como inmuebles es el de la *apariencia*. Con independencia de quién haya adquirido, se prefiere al que haya hecho pública su adquisición, bien por la posesión, bien por la inscripción.

e) Otro argumento para descartar que el artículo 1473 CC sea complementario del artículo 609 CC, es que los criterios de preferencia del primero no coinciden con los que resultaría de aplicar el segundo, y la teoría del título y del modo. Así, en bienes muebles prefiere al poseedor de buena fe, mientras que de aplicar la teoría del título y del modo basta la entrega sin exigirse que sea de buena fe. Y en materia de inmuebles no basta la tradición, sino que exige la inscripción. Si bien al necesitar escritura pública para acceder al Registro siempre habrá habido tradición instrumental.

f) La conclusión que extrae Cuena Casas de la nueva tendencia jurisprudencial es que el artículo 1473 CC está resolviendo un conflicto de venta múltiple; un conflicto para el que nuestro legislador no ha considerado suficientes las normas generales de nuestro sistema traslativo, sino que ha introducido un criterio adicional: la publicidad. Con independencia de quién haya adquirido con arreglo a las normas generales, será preferido el adquirente de buena fe que frente a terceros haga patente su adquisición.

Relatadas las dos posiciones que se han ido manteniendo por la doctrina y la jurisprudencia, así como sus argumentos, vamos a continuación a exponer la nuestra.

De la novedosa postura del Tribunal Supremo resulta, como nos dice la STS de 7 de septiembre de 2007, que "*El artículo 1473 del Código Civil no altera el sistema transmisivo mediante título y modo, sino que ante la anomalía de dos o más ventas de una misma cosa por su propietario, es decir, por quien en principio tenía poder de disposición, ofrece una serie de soluciones, según los casos, al*

(7) En este sentido, Rubio Garrido: *La doble venta y la doble disposición,* Barcelona, 1994, p. 83, o Martínez Sanchiz: "El ius disponendi y la doble venta de inmuebles". *La Notaría*, Barcelona. 1981, pp. 81 y ss.

estricto problema de cuál de los dos o más compradores vencerá definitivamente en la controversia sobre el dominio de la cosa comprada", y además añade que la venta de cosa ajena "puede dar lugar a la adquisición a non domino por el juego de los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil". E incluso afirma que la doctrina sentada desde la sentencia de 5 de marzo de 2007 de aplicar el artículo 1473 CC al caso de venta de cosa ajena "logra la concordancia del artículo 1473 CC (…) con el artículo 34 LH; si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32 si la finca no estaba inscrita, *si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria".*

De lo expresado extraemos dos conclusiones.

La primera es que para el Tribunal Supremo el artículo 1473 CC se aplica no sólo a la doble venta, sino también a la venta de cosa ajena. Y la segunda es que la venta de cosa ajena podrá dar lugar a una adquisición *a non domino*, por el juego de los artículos 34 LH y 32 LH, si es preferido el segundo comprador.

Ambas conclusiones son criticables. En mi opinión, el artículo 1473 CC no tendría que aplicarse a la venta de cosa ajena; pero partiendo del dogma revelado por la nueva jurisprudencia, la solución coherente con dicho axioma sería preferir al segundo comprador, no por la aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, sino por los criterios enunciados en el artículo 1473 CC.

Vamos a explicarnos: La idea clave es que aplicar el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena puede traer como consecuencia una *adquisición a non domino*, pero ésta deberá tener lugar no como nos dice el Tribunal Supremo por la aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, *sino por la aplicación de los criterios sustantivos del artículo 1473 CC*.

En definitiva, el artículo 1473 Código Civil ya no es un precepto que debe vincularse a la teoría del título y del modo, sino, al igual que el artículo 34 LH o el artículo 464 CC, es una excepción a la misma. Un caso, al igual que los anteriores, de *adquisición a non domino.* Pero a diferencia de éstos, *fundado en proteger no al que confía en la apariencia, sino en el que la crea.* Justamente, como su fundamento es distinto, de preferir al segundo comprador que

adquiere una cosa ajena, esta preferencia no podrá basarse en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, sino en la estricta aplicación del artículo 1473 del Código Civil.

Y así debe ser, porque la consecuencia lógica de aplicar el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena es solucionar la misma por los criterios que recoge dicho precepto.

Y más aún, de resolver el debate aplicando, como nos orienta la jurisprudencia, los artículos 33 y 34 LH, estas sentencias nada habrían aportado. Si finalmente se soluciona el problema en base a la fe pública registral, ¿qué sentido tendría discutir si el artículo 1473 CC se puede aplicar a la venta de cosa ajena? Bastaría con diferenciar ambas figuras y considerar la venta de cosa ajena válida, para, a continuación, aplicar el artículo 34 LH.

De igual manera, también es censurable, tanto en el plano práctico como en el teórico, que la jurisprudencia mencionada prefiera, en virtud del artículo 207 (8) de la Ley Hipotecaria, al inmatriculante cuando transcurran los dos años.

En el plano práctico es criticable, ya que aplicando el artículo 207 LH, si antes de los dos años el primer comprador (en documento privado o en escritura pública) reclamase contra el segundo comprador-inmatriculante, éste no resultaría protegido. Ante lo cual ¿qué deberíamos hacer? ¿Tal vez aplicar el siguiente criterio del artículo 1473 CC y preferir al primero en la posesión? Con ello alteraríamos el orden de preferencia previsto por el Código Civil, y por ende, la ratio del mismo.

Desde la perspectiva conceptual disiento de la novedosa línea marcada por la jurisprudencia, porque vincula el artículo 1473 CC al artículo 32 LH y al artículo 207 LH, cuando es un caso de adquisición *a non domino* que se resuelve en el campo sustantivo, no en el registral.

De manera que al extender el Supremo el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena, está reconociendo una adquisición *a non domino*, que por coherencia debe ser reconducida a través de los crite-

(8) Nos dice el artículo 207 de la Ley Hipotecaria: "Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha". Es decir, salvo en la inmatriculación practicada por expediente de dominio.

rios de preferencia del precepto citado, que necesariamente deben ser distintos a los que proclaman los artículos 32 y 34 LH.

Pues bien, si el inmatriculante es preferido porque publicita su adquisición, porque "crea la apariencia", ¿qué sentido tiene que el Tribunal Supremo le aplique el artículo 207 LH? Precepto que se basa en la idea de que dadas las facilidades para inmatricular es preciso suspender la fe pública registral durante dos años, para así evitar el riesgo de que quien inmatricule pudiera no ser el verdadero dueño.

En el caso del artículo 1473 CC, qué más da que aparezca el verdadero dueño, si precisamente al preferir dicho precepto, según la interpretación reciente del Supremo, al segundo comprador que inmatricula, ya parte de la base de que puede existir un primer comprador que adquirió el dominio.

En definitiva, donde yerra el Tribunal Supremo es en dar el mismo trato a la doble venta y la venta de cosa ajena. El artículo 1473 CC debe interpretarse en coherencia con la teoría del título y el modo.

Lo que nos lleva ante un problema más amplio, la alteración de las reglas ordinarias de transmisión del dominio por la protección de la apariencia. Y por ende, el problema de las adquisiciones *a non domino*.

Si nos detenemos en los supuestos en que nuestro ordenamiento, en aras a la protección de la buena fe y del tráfico jurídico, atribuye el derecho discutido a quien por las estrictas normas de transmisión no le correspondería, observamos que se basan en el principio de *proteger al tercero que de buena fe confía en la apariencia*. Así acontece en el artículo 464 Código Civil, en el artículo 545 Código de Comercio, 9 Ley del Mercado de Valores, 13 Ley de Arrendamientos Urbanos o 34 de la Ley Hipotecaria. Incluso, no lo olvidemos, en sede de representación voluntaria cuando se ampara al que de buena fe contrata con el apoderado, a pesar de haberse extinguido el poder (art. 1738 CC) apoyándose en el axioma de la responsabilidad del poderdante por la confianza del tercero que contrata con apoderado en la apariencia creada por la concesión del poder.

Mientras que la nueva interpretación que hace el Tribunal Supremo del artículo 1473 CC implica, aunque no se diga expresamente, introducir un nuevo criterio de preferencia, el cual al vincularse por

el Alto Tribunal al artículo 32 LH se está en principio basando en el sistema de la inoponibilidad.

Hemos dicho que en principio, porque en nuestra opinión, la inoponibilidad de lo no inscrito tiene sentido en la medida que se vincula a la protección del que de buena fe confía en la apariencia que publica el registro, y en la que precisamente no consta lo no inscrito (9). Sin embargo, el inmatriculante o el poseedor preferido al amparo del artículo 1473 CC no confía en apariencia alguna, sino que es el mismo, quien, a través del registro, o de la posesión, la genera. De manera que al preferir al inmatriculante es verdad que la jurisprudencia introduce un nuevo caso de *adquisición a non domino,* pero éste, en pura lógica, no podría vincularse ni al 32 LH ni al 34 LH, toda vez que se asientan en distinto fundamento.

Incluso la solución propuesta por el Tribunal Supremo choca con contradicciones cuando se pone en relación con otras normas. ¿Qué pasará al preferirse al inmatriculante frente al primer comprador-

(9) Nos lleva a la eterna discusión entre la tesis dualista o monista en la concepción del tercero hipotecario. Por mi parte, no desconozco que la posición dualista tiene argumentos poderosos. Entre ellos destaco el argumento histórico. En el Código Civil, norma posterior a la Ley Hipotecaria de 1861, se dedica, dentro del libro II, el título VIII al Registro de la Propiedad. En el mismo se remite a la Ley Hipotecaria en el artículo 608, para "determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros". Y se limita solamente a resaltar de la Ley Hipotecaria que el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Y que será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos. Y se detiene en el artículo 606 a reproducir el contenido del artículo 32 LH. Lo cierto es que este argumento puede ser contestado. De un lado, porque la Ley Hipotecaria actual es muy posterior al Código Civil. Además el propio Código Civil atiende a la Ley Hipotecaria para determinar "el valor de los asientos del Registro"; y del otro, porque junto a los antecedentes históricos y legislativos, las normas deben interpretarse atendiendo a su finalidad y a la realidad del tiempo en que han sido publicadas. Si tal vez en la época de publicación del Código Civil podría defenderse una protección a ultranza de quien inscribe aunque fuera a título gratuito o se tratara de un inmatriculante, como medio para fomentar la registración de fincas, en la actualidad no hay razón para sostener esta postura tan contundente. La institución registral se encuentra actualmente sólidamente asentada y no se justifica una preferencia exorbitante de quien accede al registro frente a quien no lo hace.

poseedor cuando éste adquiriese por usucapión? ¿Acaso no sería contradictorio con el artículo 36 LH preferir al inmatriculante cuando este mismo precepto sólo protege frente al *usucapiente contra tabulas* al "tercero del 34 LH"?

En conclusión, en nuestra opinión el Tribunal Supremo debería haber mantenido la posición sostenida desde los años noventa y excluir del ámbito del artículo 1473 Código Civil a la venta de cosa ajena. En el fondo al incluirlo late la preocupación de que se desprotegiera a quien confiando en el sistema adquiere en escritura pública e inscribe. Pero se podía haber logrado simplemente considerando que la venta de cosa ajena no es nula y a continuación proteger al que adquiriese de titular inscrito a título oneroso y de buena fe, es decir, al que confía en la apariencia. En definitiva, al tercero del 34 LH.

Esta idea no es del todo descartada por el Tribunal Supremo, ya que recientemente, en sentencia de 20 de julio de 2010, en un caso de una primera venta en documento privado con entrega de posesión y otra posterior, muchos años después, que se inscribe; pudiendo resolver el litigio aplicando el artículo 1473 CC lo resuelve en base al artículo 34 LH, no mencionando para nada el primero.

Nos dice esta sentencia que la venta de cosa ajena "*es válida, (…) y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapión) a non domino en virtud del artículo 464 del Código Civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles*". "En segundo lugar", dice la Sala, "que la falta de poder de disposición del que no es propietario y vende la cosa ajena puede caer directamente bajo el supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria". Añadiendo la conclusión de que "si se produce una venta, que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y más tarde, por el titular registral que ya no es propietario, una segunda transmisión (por venta o embargo) que sí se inscribe –venta de cosa ajena– se da lugar a una adquisición *a non domino* por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad por el primero."

Una vez dejada clara nuestra posición totalmente crítica con la nueva línea del Tribunal Supremo, debemos asumirla. Para a continuación, y partiendo de ella, intentar discernir las consecuencias que se extraen de la misma y destacar las soluciones que jurídicamente tienen que ser más lógicas con el nuevo axioma de que la venta de cosa ajena es una hipótesis regulada en el artículo 1473 CC.

E) LA BUENA FE

La buena fe sólo aparece mencionada en el primer y tercer párrafos del artículo 1473, pero una abundante y reiterada jurisprudencia la exige igualmente en la hipótesis regulada en el párrafo segundo.

El requisito de la buena fe se justifica, como nos dice García Cantero (10), en que normalmente la doble venta presupone una actuación fraudulenta del vendedor y *no se debe premiar a quien colaboró o participó de alguna manera con el fraude* o, al menos, *lo conoció y nada hizo por impedir que se consumase*; y si aquélla tuvo su origen en un descuido o error del vendedor, tampoco merece protección quien nada hizo por aclararlo, sino que se aprovechó de él en su propio beneficio.

Para Albaladejo la buena fe del comprador debe consistir, por lo menos generalmente, en que ignore que lo que se vendió a él había sido vendido antes a otro.

Las Partidas dicen que habrá mala fe si el comprador supiera que aquél de quien compra la cosa no tenía derecho de venderla.

Entiendo que podemos exigir, al igual que en el caso de la protección del tercero hipotecario 34 LH, una mínima diligencia, una buena fe objetiva (11). En este sentido, una STS de 30 enero 1960 obliga al adquirente a una conducta activa –extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente.

La buena fe *ha de poseerse en el momento en que se produzca la adquisición* (sentencia de 3 octubre 1963), siendo interesante el caso resuelto por esta sentencia, ya que tratándose de un inmueble adquirido en venta judicial forzosa del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el comprador ignoró los vicios de que podía adolecer la titularidad en el momento de celebración de la subasta, *pero los conoció, o pudo conocer, pues ya constaban en autos, al aprobarse la adjudicación*.

(10) García Cantero, Gabriel: *Comentarios al Código Civil*. Tomo XIX, artículos 1445 a 1541 del Código Civil. Editorial Edersa.

(11) El Tribunal Supremo está exigiendo una actitud activa para cumplirse el requisito de la buena fe; así, nos hablan las STS de 11 de julio 2005, o 25 de marzo 2010 "una racional duda acerca o de la exigible diligencia normal o adecuada al caso que hubiera permitido formar el conocimiento preciso".

F) ¿EL ARTÍCULO 1473 CC SÓLO SE APLICA AL CONTRATO DE COMPRAVENTA?

Jurisprudencialmente se ha planteado la aplicación del artículo 1473 CC en un supuesto en el que la primera transmisión se operó por medio de una permuta (12).

También se ha admitido su aplicación en el supuesto en que la primera transmisión se operó mediante el ejercicio de un derecho de tanteo (13), o en ventas judiciales (14). En cambio, no tiene aplicación el mencionado precepto cuando una de las operaciones involucradas es una opción de compra, ya que si el concedente vende a un tercero, lo que procede es el ejercicio de esa opción frente al tercero (15). Tampoco se aplica en caso de donación (16).

Relacionada con la donación se puede traer a colación el problema de la donación de cosa ajena. La admite ALBALADEJO, porque para este autor la donación es un contrato; y si se admite la venta de cosa ajena, también debería admitirse la donación de cosa ajena, en la que el donante se obliga a adquirir la cosa que dona, para poder así transmitirla al donatario.

GONZÁLEZ-MENESES (17) la *niega*, ya que la cosa ajena, aunque ya exista, es un bien que de momento no puede disponer el donante y por tanto "un bien futuro" a los efectos del artículo 635 CC; además el 624 exige para donar tener poder de disposición sobre la cosa donada.

Pues bien, si admitiéramos la donación de cosa ajena, y que el artículo 1473 CC se aplica al caso de venta de cosa ajena, deberíamos preguntarnos *si el artículo 1473 CC se podría aplicar a la donación de cosa ajena.*

Tratándose de inmuebles las consecuencias serían curiosas. Así, sería preferido un segundo donatario que inscribiera, cuando, salvo

(12) STS 13 noviembre 1956.
(13) STS 21 octubre 1961.
(14) STS 20 enero 1970, 30 junio 1986 y 21 julio 1994.
(15) STS 28 de mayo 1956.
(16) STS 25 julio 1996.
(17) GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: "La donación". *Instituciones de Derecho Privado* / coord. por Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, tomo III, vol. 2.º, 2001 (*Obligaciones y contratos)*. Consejo General del Notariado. Editorial Civitas.

que se siga la tesis dualista, no se protege por la fe pública registral al adquirente a título gratuito. En materia de bienes muebles es difícil que se suscite colisión porque por el artículo 632 CC se exige entrega simultánea de la cosa donada, salvo que se tratara de una primera donación en escritura pública y una segunda con entrega de la cosa donada. Problema que más adelante intentamos resolver.

Pues bien, planteado el problema, en mi opinión, aunque admitamos que el artículo 1473 CC recoge un caso de *adquisición a non domino*, cuestión algo dudosa, en todo caso no sería aplicable por analogía al caso de doble donación (también de admitirse ésta, cuestión dudosa) porque los casos de adquisiciones *a non domino* deben interpretarse estrictamente, como excepción al principio romano de *nemo dat quod not habet*, y sólo están justificados en caso de buena fe del adquirente y transmisión onerosa; ya que sólo en ellas está presente el interés colectivo de la seguridad del tráfico jurídico y de la circulación de los bienes (18).

Si la primera transmisión es una donación y la segunda una venta, sería un caso de venta de cosa ajena, porque ya fue donada, en el que podríamos discutir la aplicación del artículo 1473 CC, con las polémicas en cuanto a los diferentes criterios de preferencia que a continuación vamos a ir analizando.

3. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE PREFERENCIA DEL ARTÍCULO 1473 CC RELATIVOS A BIENES INMUEBLES

▸ El que primero INSCRIBA:

Se discute qué requisitos, además de buena fe (19), debe tener el que primero inscriba, y en particular, en la expresión "el que primero inscriba", ¿se comprende también al inmatriculante?:

(18) He extraído esta idea de una afirmación de DÍEZ-PICAZO con relación al artículo 464 CC y su aplicación a adquisiciones gratuitas.

(19) Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio 2000, 13 de noviembre 2009 y 28 de enero 2010.

• Para los defensores de la tesis DUALISTA (20) el comprador que inscribe podrá ser el inmatriculante, si bien, conforme al artículo 207 LH, "no surtirá efectos contra terceros hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación".

Ante lo que se puede discutir, si el 207 LH suspende la fe pública sólo transcurridos los dos años; o bien cualesquiera que sea el tiempo transcurrido cuando el segundo comprador hubiera adquirido dentro de los dos primeros años. Por mi parte creo que debe bastar con que hayan transcurrido los dos años, porque el artículo 207 LH no pretende sancionar con un peor trato a quien adquiere en los dos primeros años, sino dar un tiempo prudencial para que el verdadero dueño pueda reaccionar contra el propietario aparente que inmatriculó.

• Para los que siguen la tesis MONISTA (21): el comprador que inscribe para que pueda ser preferido debe reunir los requisitos del artículo 34 LH; es decir, que *adquiera de titular inscrito*. En consecuencia, no podría ser preferido por el juego del artículo 1473 el inmatriculante, toda vez que:

1. Es la solución que resulta de interpretar el artículo 1473 CC conjuntamente con la legislación hipotecaria, de la que resulta que el tercero hipotecario debe reunir los requisitos del artículo 34 LH.
2. Seguir la tesis dualista supondría, en su versión más pura, proteger al comprador que inscriba, aunque sea de mala fe, y sobre todo al segundo adquirente aunque sea a título gratui-

(20) Es la defendida, entre otros, por NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ y modernamente GARCÍA GARCÍA. Para LACRUZ en nuestro sistema registral hay que distinguir dos sistemas de protección en la eficacia ofensiva de la inscripción: el latino, y el germánico. El latino está basado en la idea de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Se recoge en el artículo 32 LH y actuará cuando exista *conflicto entre título inscrito y no inscrito.*

El germánico es el del 34 LH; protege frente a la nulidad del título que se inscribió.

(21) La MONISTA es seguida por ROCA-SASTRE, PAU PEDRÓN, MARTÍNEZ-GIL y la mayoría de la doctrina. Sólo resultará protegido por la fe pública registral el tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH. Las consecuencias de la tesis monista es que el inmatriculante y el adquirente a título gratuito nunca resultarán protegidos.

to, lo que no sería admisible ya que el artículo 1473 CC habla de "compradores", y la jurisprudencia no lo aplica a donación. Y fundamentalmente porque supondría invertir el principio general que dota mayor protección a los negocios onerosos frente a los gratuitos.

3. El legislador quiere proteger la apariencia y la buena fe del que confía en esa apariencia, pero en el caso de preferir al inmatriculante, *amparamos a quien no confió en apariencia alguna*. Se premia la rapidez en la carrera al llegar al Registro.

• La reciente posición del Tribunal Supremo incluye en la expresión el que "primero inscriba" del artículo 1473 CC al que adquiera de titular inscrito y al que inmatricule. Como nos dice la STS de 7 septiembre de 2007, la doctrina sentada desde la sentencia de 5 de marzo de 2007 de aplicar el artículo 1473 CC al caso de venta de cosa ajena "logra la concordancia del artículo 1473 CC (…) con el artículo 34 LH; si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32 *si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria".*

Ya pusimos de manifiesto nuestro desacuerdo con la novedosa posición del Tribunal Supremo. Si queremos proteger al segundo comprador que compra una cosa ajena debemos optar por uno de estos dos caminos: o lo amparamos por el juego de la fe pública registral y debe, en consecuencia, reunir los requisitos del artículo 34 LH (excluyendo, por tanto, al inmatriculante), o lo protegemos por el criterio sustantivo proclamado en el artículo 1473 CC. Pero lo que no es posible, en nuestra opinión, es combinar ambos caminos, que es justamente lo que hace el Tribunal Supremo. Y no es posible, porque precisamente sancionan una *adquisición a non domino* sustentada en dos fundamentos distintos. En la primera se prefiere al que confía en la apariencia; y en la segunda, en el que la crea.

Pero incluso dando por buena la posición de la jurisprudencia que vincula el artículo 1473 CC a la teoría dualista, no estamos de acuerdo con que le aplique el artículo 207 LH. Si la razón para que el artículo 1473 CC proteja al segundo comprador que inmatricula es que publicita su adquisición, no tiene sentido que le sujete al límite

de los dos años del artículo 207 LH, que, como vimos, responde a otro fundamento.

• Descritas las diferentes posturas vamos a exponer la nuestra.

Si ponemos en relación la institución de la doble venta del artículo 1473 CC con la legislación hipotecaria está claro que debe excluirse al inmatriculante o al subadquirente del mismo, en tanto en cuanto respecto a este último no transcurran dos años desde la inmatriculación.

Pero creo, como hemos expuesto, que podemos poner en duda esta relación. Así, en la interpretación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria se puede defender las posiciones monistas, y sin embargo extender al inmatriculante la preferencia que el artículo 1473 CC concede al que primero inscriba. El argumento para sostener esta afirmación es que no hay que vincular el conflicto que se suscita en la doble venta y que intenta solucionar el artículo 1473 CC con el que pretende solucionar la fe pública registral del artículo 34 LH.

Ambos casos tienen en común que la protección de la buena fe y del tráfico jurídico puede llevar a reconocer como legítimo propietario a quien no sería de aplicar las estrictas reglas de transmisión del dominio, pero el fundamento para preferir a uno de los adquirentes frente a otros es distinto en el caso del artículo 1473 CC y en el del 34 LH.

Nosotros en la protección al tercero hipotecario nos inclinamos decididamente por la tesis monista, que trae como consecuencia que no se protegerá al que inmatricule, sino que deberá, a tenor del artículo 34 LH, haber adquirido "de titular inscrito". Fundamentalmente por el argumento de que dotar preferencia al que inscribe debe sustentarse, de un lado, en la buena fe, y del otro, en el principio general de la protección de la confianza en la apariencia creada; de la que los artículos 32 y 34 LH serían una manifestación más. Incardinables ambas en una institución más amplia, la protección de la apariencia, vinculada con el principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). Y el inmatriculante no confía en apariencia alguna.

Por mi parte, tengo claro que lo correcto sería que el Tribunal Supremo no aplicase las normas de la doble venta a la venta de cosa ajena, y que se limitara a aplicar al segundo comprador la protección que dispensa el artículo 34 LH. Sin embargo, partiendo de la premisa de que según la reciente jurisprudencia el artículo 1473 CC

se aplica también a la venta de cosa ajena, y a pesar de adscribirme en el monismo, prefiero, en la colisión entre compradores del artículo 1473 CC, al inmatriculante.

Considero que aplicar el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena supone alterar la *ratio* que justifica que el segundo comprador que compra una cosa ajena sea preferido al primero. Implica crear un caso de *adquisición a non domino* que opera con independencia de las normas hipotecarias. De un lado, porque el artículo no distingue según sea primera o segunda inscripción, y del otro, porque del mismo se infiere que quiere dilucidar qué comprador será preferido, basando esa preferencia en la circunstancia de hacer *patente su adquisición*, *publicitar la misma*. Es decir, el artículo 1473 CC prefiere al comprador que ha generado una *apariencia*. En este sentido implicaría un matiz diferente al de los artículos 464 CC y 34 LH, en éstos se premia al que confía en la apariencia, y en el 1473 CC, al que la genera.

La verdad es que descendiendo a la realidad cotidiana, la solución que propongo tiene una particularidad; como se exige buena fe en el comprador preferido, si el poseedor material fuera anterior (o sea, el primer comprador), el segundo comprador inmatriculante carecería de buena fe, entendiendo ésta como buena fe dinámica o subjetiva; o en la expresión que emplea González-Meneses, "buena fe ética" (22), haber tenido una mínima diligencia para haber conocido la realidad (23). Difícilmente podrá tenerse esta buena fe

(22) González-Meneses García-Valdecasas, M.: "El Registro Mercantil", *Cuadernos notariales de la Academia Matritense del Notariado*.

(23) Siguiendo a Gordillo Cañas: "El principio de fe pública Registral (I)", ADC, 2006. Cuando hablamos de buena fe del tercero se exige que ésta sea diligente. Y a esta conclusión se llega por argumentos:

a) La misma denominación "buena fe" está ya haciendo referencia por sí misma a la dimensión moral, que permite diferenciarla del craso error o la simple ignorancia.

b) Un claro testigo de la necesidad de un comportamiento diligente del tercero va más allá de la simple consulta del Registro en el artículo 36 LH, que parece enteramente aplicable analógicamente a nuestro problema, puesto que no hay ninguna razón específica que permita reducir su ratio al caso de usucapión *contra tabulas*.

c) Y se reconoce generalmente la oponibilidad de los derechos reales patentes sin necesidad de inscripción.

cuando existe una posesión evidente y notoria del primer comprador (24). Si el inmatriculante fuera el primero, también parece lógico protegerle, porque al fin y al cabo tenía la tradición instrumental. El proteger en este caso al segundo comprador por ser poseedor material sería una opción que el legislador podría haber escogido, porque en definitiva se pretende resolver el conflicto entre compradores basándose en quien publicita la adquisición, pero no parece ser su intención, porque en sede de inmuebles da preferencia al que inscribe frente al poseedor.

En definitiva, el problema se reduce **al supuesto del primer comprador no poseedor en escritura pública que colisiona con un segundo comprador que inmatricula**.

Según la posición que desde los años noventa había mantenido la jurisprudencia estaríamos ante un caso de venta de cosa ajena, porque en la primera venta hubo tradición instrumental. Esta postura nos trasladaba a debatir si el segundo comprador que inmatricula podría resultar preferido, no por las normas reguladoras de la doble venta, sino por las de la fe pública registral. Concediéndole entonces preferencia, de seguir la doctrina dualista; o negándola de seguir la monista.

Tras la reciente afirmación por el Tribunal Supremo de que el artículo 1473 CC es aplicable también a la "venta de cosa ajena" se *ha alterado el enfoque*. Lo que se debe ahora discutir es si debe preferirse al segundo comprador que inmatricula frente al primero que compra en escritura pública y no inscribe; *no por la aplicación de las normas sobre la fe pública registral, sino por la preferencia que deriva del artículo 1473 CC.*

Pues bien, como hemos expuesto, la jurisprudencia más reciente considera que debe ser preferido el que primero inscriba, aunque sea un inmatriculante. Por mi parte comparto esta solución pero dejando claro que se llega a la misma en base a *desvincular la interpretación del artículo 1473 CC de las normas sobre la fe pública registral.*

(24) Sentencias del Tribunal Supremo como las de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006 también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sean consecuencia de la "negligencia del ignorante".

Está claro que, desde el monismo, el inmatriculante nunca podría resultar protegido por la fe pública registral, pero sí puede serlo a través del artículo 1473 CC. En definitiva, debemos replantearnos la posición del inmatriculante atendiendo a las razones por las que el artículo 1473 CC prefiere a unos compradores frente a otros. Razones que son diferentes en el caso de las "adquisiciones a non domino" del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y en el de las del artículo 1473 del Código Civil; en el primero se protege al que confía en la apariencia que genera el registro y en el segundo al que la crea.

OTRAS CUESTIONES: Anotación preventiva y doble inmatriculación.

- A los efectos del artículo 1473.2 CC la preferencia que se reconoce al que inscriba no puede, según la jurisprudencia, reconocerse al anotante.
- Tampoco juega el artículo 1473.2 CC cuando se trate de doble inmatriculación, porque se neutralizan los efectos registrales de las inscripciones contradictorias.

▸ **El comprador que de buena fe sea primero en la posesión:** La duda es, ¿a qué tipo de posesión se refiere? ¿Se refiere a la *posesión material* o a la posesión como *sinónimo de tradición*? En concreto, ¿puede ser preferido el comprador en escritura pública que no fue el primero en adquirir la posesión material?

A favor de que se refiera al poseedor material (25) se aducen los siguientes argumentos:

1. Es el criterio del derecho histórico. En Las Partidas se escoge al comprador que "pasa a la tenencia de la cosa".

2. La posesión es sólo una de las formas de la tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a la que parece aludir el artículo. La última parte del mismo confirma plenamente esta idea, cuando a falta de inscripción y posesión prefiere "al de fecha más antigua en el título". Y ese título puede ser una escritura, y ésta envuelve la tradición; por lo que a pesar de haber tradición instrumental, al no concurrir posesión material, el Código Civil atiende a la antigüedad

(25) Sostenido por Puig Brutau, García Cantero y Gordillo Cañas.

del título. De manera que la ley prefiere a la entrega real sobre la entrega fingida.

3. El que se dé preferencia a la posesión material no quiere decir que exista una graduación entre las clases de tradición que establece el Código Civil, sino que una cosa es la posesión y otra la tradición. Si el *tradens* es propietario, aunque carezca de la posesión transmitirá el dominio, pero lo que no puede hacer es transmitir la posesión cuando carece de ella (art. 460.4 CC) (26).

4. Si por posesión valiera también la tradición instrumental, en el apartado 2.º del 1473 CC no se escogería como criterio la inscripción, porque ésta presupone siempre la tradición (arts. 3 LH y 1462.2 CC). Y simplemente debería dar preferencia al primero en la tradición.

5. Parece que el artículo quiere amparar o premiar al que genera una apariencia, sea, bien material o posesoria, o bien registral o tabular.

6. Ahondando en esta idea: García Cantero (27) dice que "El conflicto aquí considerado se plantea entre una posesión *ficta* y otra real; queda, por tanto, fuera el caso en que estén en presencia una tradición instrumental y un comprador no poseedor (por ejemplo, porque adquirió en documento privado y no efectuó la tradición real), en el que no hay razones para no preferir al primero. Pero si el problema estriba en tener que elegir entre un adquirente que se limitó a comparecer en el otorgamiento de la escritura pública y otro más diligente que a su título privado unió la posesión efectiva del bien comprado, siempre sobre la base de la buena fe de ambos, parece que debe premiarse la conducta del segundo, y es ejemplo de conducta de un *bonus pater familias*".

También existen razones para sostener que **el artículo 1473 CC da preferencia a quien sea primero en la tradición, aunque no lo sea en la posesión material.**

(26) Cuena Casas, M.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código Civil". *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil).* Volumen 1.º (2005-2007). Yzquierdo Tolsada (Director). Editorial Dykinson, SL. Madrid, 2008.

(27) García Cantero en la obra ya citada.

1. Que se trata de resolver quién ha adquirido, y por tradición instrumental se adquiere el dominio aunque el transmitente no tuviere la posesión material (28).

2. El argumento histórico puede utilizarse en un sentido totalmente distinto; es cierto que en Las Partidas se habla de "*tenencia de la cosa*" fijándose como criterio de preferencia, pero no es menos cierto que se ha producido desde entonces una clara evolución hacia la espiritualización de la tradición.

3. Las palabras *tomar posesión* y *primero en la posesión* las hemos considerado como equivalentes a las de la tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 al 1464 CC, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445 CC, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1473 CC (29).

Por mi parte reconozco que existen argumentos poderosos para preferir al poseedor material, en base a la afirmación, apoyada en la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina de 7 de septiembre de 2007, de que el artículo 1473 CC *debe aplicarse también en caso de venta de cosa ajena;* y a la necesaria conclusión derivada de la misma de que nos hallamos ante un precepto que soluciona una adquisición *a non domino*, que se fundamenta en conceder preferencia al comprador que genera *una apariencia, dando notoriedad a su adquisición* (30).

---

(28) Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2002: la tradición instrumental representada por la escritura pública (art. 1462.11 CC) tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca (SS, entre otras, de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 29 mayo y 9 de octubre de 1997 y 14 de diciembre de 1998), de tal manera que la retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública (S de 22 diciembre de 2000).

(29) Manresa-Bloch: *Comentarios al Código Civil español.*

(30) Por supuesto, por el principio de oponibilidad y utilizabilidad de la escritura pública (arts. 1218 y 1219 CC), si el comprador poseedor conociera la existencia de la escritura pública de venta no podría ser preferido, por carecer de buena fe.

Como nos dice Cuena Casas (31), el artículo 1473 CC no favorece con una protección especial a quien es primero en la tradición (pues eso ya lo establece el art. 609 CC), sino a quien, con independencia de haber adquirido o no conforme al sistema general, hace pública su adquisición.

Sin embargo, a pesar de la argumentación anterior *prefiero dar preferencia al primero en la posesión interpretada como tradición*. Toda vez que, parándonos a reflexionar las consecuencias de las afirmaciones anteriores, observamos que *no son tan indiscutibles*.

Es verdad que la interpretación del artículo 1473 CC derivada de la sentencia citada implica que contenga un caso de *adquisición a non domino*. Pero debemos preguntarnos, ¿qué motivo debe llevarnos a dar preferencia a un comprador frente a otro? En los casos de otras adquisiciones de derechos *a non domino* (arts. 464 CC, 1734 y 1738 CC, 1164 CC, 34 LH, 545 CdC, 9 LMV o 13 LAU) se tiende a proteger a quien de buena fe confía en la apariencia. No obstante, en el artículo 1473 CC, como hemos ido repitiendo, el criterio es distinto, se ampara a quien *crea* la apariencia. ¿Pero realmente está justificado este premio? Pensemos en quien adquiere en escritura pública una finca y no la posee inmediatamente, por ejemplo, porque es una residencia de verano o planea efectuar unas obras para mejorarla, o se trata de una finca en la que no se sembrará hasta determinada fecha; y cuando la quiere poseer está ocupada. ¿De verdad debe preferirse a quien la poseyó antes aunque adquiriera en documento privado? De un lado nos dicen que la preferencia se sustenta en preferir al que crea una apariencia, pero por otro se premia al que otorga un documento privado caracterizado por una cierta clandestinidad. Además, la posesión inmediata podría proceder de otra relación jurídica distinta del dominio, como un arrendamiento o un usufructo.

En el caso de la inscripción, aparte de que presuponga la tradición (32), confluyen dos circunstancias para que el legislador la considere como criterio para preferir al comprador que la practicara. Primero, que se está generando una publicidad frente a todos, y segundo, se fomenta la registración de fincas, evitando la clandestinidad.

(31) Cuena Casas en la obra citada.

(32) Roca-Sastre y Roca-Sastre Muncunill: *Derecho Hipotecario*.

Realmente el problema se va a dar en caso de que no haya inscripción y colisionen una primera compra en escritura pública con una segunda en documento privado con entrega de posesión. Para la posición jurisprudencial extendida durante los años noventa como el artículo 1473 CC no se aplicaba a la venta de cosa ajena, quedaba protegido el primer comprador.

Para nosotros la solución más adecuada será preferir al primer comprador que adquirió en escritura pública aunque carezca de posesión material. Llegando a esta conclusión por los siguientes argumentos:

I. No se entiende qué especial interés digno de protección ostenta el poseedor en documento privado frente a quien formalizó su venta en escritura pública. Quien ha comprado en escritura pública ha empleado el instrumento que el ordenamiento jurídico le proporciona para adquirir el dominio por tradición instrumental, y sobre todo para que el negocio documentado produzca efectos frente a terceros. Como dice el artículo 1218 CC, la escritura surte efectos "aún contra terceros del hecho que motiva su otorgamiento". En el caso debatido, el "hecho que motiva su otorgamiento" es la compraventa y la obligación del vendedor, pactada y deducida del uso (art. 1258 CC), de transferir el dominio. Por consiguiente, esa transferencia debe ser oponible a tercero.

II. Siguiendo con el argumento anterior, el artículo 1473 CC, de interpretarse como una norma que da preferencia al poseedor material frente al que adquirió por escritura, está vaciando de contenido los artículos 1218, 1219, 1224 y 1230 CC. Es decir, las diferencias en cuanto a sus efectos entre el documento privado y la escritura pública. Si prevalece el documento privado, ¿por qué el artículo 1224 CC limita sus efectos a las partes que lo hubieran suscrito o sus causahabientes? ¿Acaso el primer comprador no es tercero respecto a esta segunda venta? Incluso, como nos recalca la jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2004, "Por otra parte, el artículo 1225 Código Civil no equipara el documento privado reconocido a la escritura pública más que a efectos probatorios, y no significa que el mismo, en tal circunstancia, equivalga al otorgamiento de escritura pública con efectos de traditio".

Y qué decir del artículo 1230 CC, ¿cómo quedaría la interpretación de la expresión que los documentos privados hechos para

alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra terceros?

Pues bien, nos encontramos con una contraescritura a la que reconocemos la virtualidad de negar los efectos de una escritura anterior. Como nos dice el maestro RODRÍGUEZ ADRADOS (33), "Los artículos 1219 y 1230 del Código también garantizan al tercero la preexistencia del derecho en el transmitente y la inexistencia de cargas gravámenes, a la manera del artículo 34 LH pero solamente en el caso de que tales anomalías se deban, única y exclusivamente a una actuación contradocumental". O como concluye brillantemente, "la inoponibilidad del contradocumento privado a los terceros es total y absoluta; (…) por una razón definitiva: el contradocumento privado es un documento privado, y por su misma naturaleza privada carece de toda eficacia contra los terceros, aunque esté reconocido legalmente, pues el artículo 1225 CC limita acertadamente su valor «a los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes»".

III. El artículo 1473 CC se está refiriendo a una colisión entre adquirentes. Discute quién debe ser considerado como dueño. Por ello, ¿por qué no interpretarlo armónicamente con los artículos 609 y 1095 CC y con la teoría del título y del modo? ¿Por qué violentar la teoría del título y del modo cuando cabe una interpretación que concuerde con la misma?

En contra, se me dirá, que el propio precepto ya está desvirtuando la teoría del título y del modo al dar preferencia al que primero inscriba. Por lo que si la excepciona una vez, por qué no pensar que también lo hace una segunda, al preferir al comprador-poseedor material.

Frente a lo que afirmo, que hay que recordar, que la inscripción siempre requiere una escritura para acceder al registro, por lo que ya ha habido tradición instrumental. No se ha excepcionado la teoría del título y del modo.

Es verdad que se violenta cuando colisionan dos adquisiciones en escritura pública y es la segunda compra la que se inscribe. ¿Por qué el artículo 1473 CC da preferencia a la inscrita? Se le da preferencia por el criterio modulador de la fe pública registral del artículo 34 LH.

(33) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Escrituras, contraescrituras y terceros", *Escritos jurídicos,* volumen III. Consejo General del Notariado. Madrid, 1996.

Pero, ¿y si inmatricula? Pues bien, creo, como anteriormente hemos expuesto, que se debe atribuir preferencia al inmatriculante porque el artículo 1473 CC lo recoge como una excepción que además está justificada. Hay dos compradores en principio diligentes, pero uno ha sido algo más, porque ha publicitado su adquisición a través del registro.

En definitiva, examinando detenidamente el artículo 1473 CC llegamos a la conclusión de que fuera del caso de una segunda compra en escritura pública que se opone a una primera, también en escritura, siendo el segundo comprador el que inmatricula, no recoge una verdadera excepción a la teoría del título y del modo. ¿Qué justificación tiene violentar el artículo 1473 CC y la teoría del título y del modo para exponer una segunda excepción consistente en preferir al segundo comprador poseedor material frente al primero en escritura?

Ya hemos dicho que la excepción del segundo comprador inmatriculante se sustenta en el argumento de la *diligencia*.

Esta idea es interesante, ya que puede explicar el motivo por el que se debe conceder preferencia al segundo comprador en documento privado que primero toma posesión material de la cosa vendida. La razón es que se prefiere al más diligente, y éste lo es el poseedor material porque genera una apariencia.

Sin embargo, rechazamos este argumento, porque frente a terceros el comprador poseedor no muestra una especial diligencia, que sí muestra con la inscripción, porque en la misma el tercero puede comprobar en qué concepto se es titular de la finca; se dota de seguridad al tráfico jurídico. Al poseer simplemente muestro al mundo exterior que tengo algún derecho sobre la cosa que me autoriza a poseerla, incluso ninguno como el caso del precario. El que compró en escritura demostró la diligencia de formalizar su negocio con un control de legalidad, de capacidad, de prestación informado de los consentimientos, y con intención de que surtiera efectos frente a los terceros. Es verdad que no culminó el círculo de los plenos efectos con la inscripción, pero ello trae consigo que no podrá su adquisición oponerse a tercero que inscriba (art. 32 LH), pero no a los restantes terceros, entre ellos el segundo comprador poseedor material.

Asimismo, al preferir al primero en la posesión material estamos concediendo a la misma una trascendencia que no siempre tiene a efectos traditorios. No hay que olvidar que la posesión material no

es imprescindible para adquirir el dominio. Un propietario no poseedor puede perfectamente transmitir la propiedad.

IV. También puede aducirse para preferir al primer comprador en escritura pública, la interpretación sistemática del artículo 1473 CC. Dicho precepto se halla entre las normas de la compraventa dentro de la sección "de la entrega de la cosa vendida" y en la misma sección, en el artículo 1462.2 CC, se dice que "la escritura pública equivale a la entrega", y en su apartado primero se asimila la entrega a puesta en posesión, que a su vez es la expresión que emplea el artículo 1473.1 CC. Por lo que cuando en materia de compraventa se utiliza la expresión "posesión", ésta debe interpretarse como "entrega", y a su vez entender que por la escritura pública ya se produce la misma.

V. Reconozco que nuestra posición puede ser criticada porque establece una cierta preferencia entre tradiciones, prefiriéndose a la instrumental frente a la material, que, llevada a sus últimas consecuencias, conllevaría que de colisionar un primer comprador en documento privado con entrega de posesión, con un segundo comprador en escritura pública, se preferiría al segundo.

No obstante, entiendo que sólo se prefiere a la tradición instrumental cuando concurre en el primer comprador, por dos razones; la primera porque el primer comprador en escritura ya adquirió el dominio; y la segunda por un motivo práctico, no podemos preferir al segundo comprador en escritura, frente al primero en documento privado con posesión material, porque el segundo comprador carecerá de buena fe, en una concepción ética de la misma. La mínima diligencia exigible al segundo comprador, aunque adquiriese en escritura pública, sería examinar la finca; y de su examen resultaría que estaba poseída por tercero distinto del vendedor.

4. LA VENTA DE COSA AJENA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La jurisprudencia (34) venía manteniendo que en caso de venta de cosa ajena no podría aplicarse el artículo 34 LH y proteger a

(34) Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 junio 1951, 23 mayo 1955, 7 de abril 1971, 30 junio 1986, 11 abril 1992, 17 noviembre 1992, 8 marzo 1993, 25 marzo 1994 y 11 junio 2004.

quien adquirió de buena fe y a título oneroso la cosa ajena e inscribió su adquisición en el registro, sino que debía imperar el artículo 33 LH, a cuyo tenor la inscripción no convalidaría los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes.

La conclusión expuesta partía de la premisa de que la venta de cosa ajena es nula por falta de poder de disposición. Sólo así se puede explicar que deba aplicarse al que compra la cosa ajena el artículo 33 LH.

Pues bien, esta solución ha sido intensamente criticada, por varias razones, entre las que destacamos:

I. En la posición de negar la aplicación del artículo 34 LH al caso de venta de cosa ajena palpita la idea de que el poder de disposición es un requisito del título, o sea, del contrato. Afirmación aplicable sin duda al Derecho francés y al italiano, en los que rige la transmisión consensual del dominio, pero no a nuestro derecho, presidido por la teoría del título y del modo.

II. La falta del poder de disposición es una carencia que afecta al modo, no al título. Es decir, la transmisión del dominio no constituye un requisito ni de validez ni de eficacia del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir. Como resulta de que:

a) El contrato reúna todos los requisitos exigidos por el artículo 1261 CC, a saber, consentimiento, objeto y causa.

b) El propio artículo 433 CC distinga entre vicio del título y vicio del modo de adquirir.

c) En sede de usucapión se exige justo título, verdadero y válido, y si el *tradens* tuviera poder de disposición ya no sería necesaria la usucapión, por lo que esta institución comprende el caso de venta de cosa ajena.

d) En sede de obligaciones el artículo 1160 CC, que dice: "en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa vendida y capacidad para enajenarla", vincula el poder de disposición con la fase solutoria, esto es, con el pago, y por ende con el cumplimiento del contrato, no con su perfección.

III. El Código Civil admite la venta de cosa ajena porque la compraventa es un contrato generador de obligaciones (art. 1450),

sólo exige al vendedor en el artículo 1457 CC la capacidad para obligarse; no prohíbe expresamente la venta de cosa ajena, a diferencia del Derecho francés, y obliga al vendedor al saneamiento por evicción que acontece cuando el comprador se ve privado de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. Lo que se dará cuando sea la venta de una cosa ajena y la reclame el *verus domini*. El que el vendedor deba responder del saneamiento por evicción conlleva que la venta en cuanto contrato no ha sido nula aunque lo vendido fuera AJENO, porque si así fuera lo que procedería sería la nulidad del contrato de compraventa.

IV. El artículo 34 LH juega paralelo a la usucapión, en ambos casos se trata de paliar la falta de poder de disposición. Como nos dice CUENA CASAS (35), "el principio de fe pública registral viene a jugar en la propiedad inmobiliaria inscrita, el mismo papel que tiene la usucapión ordinaria: subsanar la falta de poder de disposición del transmitente".

V. El argumento esencial es que si a la venta de cosa ajena no se aplica el 34 LH, ¿cuándo se aplica este precepto? Es decir, si no sana la falta del poder de disposición, ¿qué está llamado a sanar?

VI. Como destaca CUENA CASAS (36), en nuestro sistema de transmisión del dominio el adquirente de un bien puede no llegar a adquirir por dos razones: la primera, una irregularidad en su título, en su contrato, patología que puede afectar a cualquiera de los requisitos del mismo: consentimiento, objeto y causa.

La segunda consiste en una irregularidad que afecta al modo de adquirir (art. 433 CC), es decir, a la falta de poder de disposición del transmitente. Esta distinción se refleja tanto en la usucapión ordinaria que subsana la falta de poder de disposición valiéndose de un título válido (art. 1953), como en el principio de fe pública registral

(35) CUENA CASAS, M.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral". *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil).* Volumen 1.º (2005-2007). YZQUIERDO TOLSADA (Director). Editorial Dykinson, SL. Madrid, 2008.

(36) CUENA CASAS, M.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral". *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil).* Volumen 1.º (2005-2007). YZQUIERDO TOLSADA (Director). Editorial Dykinson, SL. Madrid, 2008.

que también subsana la falta de poder de disposición del transmitente, tal y como señala la STS de 5 de marzo de 2007 (37), y que también requiere título válido, a tenor del artículo 33 LH.

Pues bien, la falta de poder de disposición del transmitente puede deberse a dos razones. Bien que el enajenante nunca fue dueño porque su derecho se anuló o resolvió (por ejemplo, se anuló el testamento que le hacía dueño), o bien porque habiendo sido dueño, dejó de serlo por haber enajenado válidamente a otro (venta de cosa ajena), que no inscribió su adquisición en el registro.

Y como recalca la misma sentencia, el primer inciso del artículo 34 tiene sustantividad propia, no precisa para aplicarse una adquisición del *tradens* que se anule o resuelva. La expresión "aunque" debe interpretarse como "*incluso cuando*", o como "*no sólo*". En definitiva, lo que nos viene a aclarar el Tribunal Supremo es que no sólo será protegido por la fe pública registral aquel tercero que adquiere de quien a su vez deviene *non domino* por haberse resuelto o anulado su derecho por causas que no constan en el registro (por ejemplo, el vendedor adquirió a su vez de un incapaz), sino que también será protegido quien adquiere de quien en el momento de la transmisión ya no era dueño por haber transmitido a otro. En conclusión, para que entre en juego el artículo 34 LH es indiferente la causa por la que el titular registral ya no es propietario del bien, lo importante es que ésta (sea la venta de cosa ajena o la nulidad o resolución del título del transmitente) no conste en el registro.

5. DOBLE VENTA Y VENTA DE COSA AJENA, ¿DOS CAMINOS PARA LLEGAR A LA MISMA SOLUCIÓN?

Tal y como hemos recalcado de recientes sentencias del Tribunal Supremo (38), podemos extraer dos conclusiones:

(37) Como dice el Fundamento de derecho séptimo de la STS 5 de marzo 2007, "el artículo 34 LH ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el registro aparezca con facultades para transmitir el dominio".

(38) STS de 5, 16 y 20 de marzo de 2007, y la de unificación de doctrina de 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008.

La primera es que la venta de cosa ajena no es nula, por lo que el comprador que inscribe quedará protegido por el artículo 34 LH, no aplicándose, al ser el título válido, el artículo 33 LH.

Y la segunda consiste en que el artículo 1473 CC regula un caso de *adquisición a non domino*; tiene por finalidad resolver qué adquirente es preferente, por lo que se aplicará a la venta de cosa ajena.

Llegados a este punto, nos encontramos que en caso de venta de un bien inmueble, tanto apliquemos el artículo 34 LH, como el artículo 1473 CC, será preferido como regla general el segundo comprador que inscriba.

La posible discusión puede suscitarse en el caso de que el segundo comprador, habiendo tomado posesión el primero, inmatricule.

Caben dos opciones. La primera es considerar que la venta de cosa ajena no es nula, por lo que el segundo comprador que inmatricule sería preferido aplicando el artículo 32 LH, y la concepción dualista de la fe pública registral. O bien, admitiendo que la venta de cosa ajena no es nula, concluir, siguiendo la tesis monista, que el segundo comprador no será protegido porque carece del requisito de adquirir de titular inscrito que exige el artículo 34 LH.

La segunda opción sería aplicar el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena. Y aquí de nuevo, el sendero que relaciona el artículo 1473 CC con la fe pública registral se bifurcaría en dos caminos, según se siga la tesis dualista o monista, que ampara al inmatriculante o le niega protección.

Sin embargo, habría un tercer camino, el considerar que el artículo 1473 CC es una norma con sustantividad propia, un caso de adquisición *a non domino* que prefiere al comprador que genera una apariencia sea posesoria o sea registral. Pues bien, el inmatriculante genera esa apariencia, por lo que para esa concepción debería ser protegido.

6. LA VENTA FORZOSA JUDICIAL DE COSA AJENA

El problema se plantea respecto al embargo y posterior adjudicación judicial al rematante de una cosa ajena.

Nos encontramos ante dos líneas jurisprudenciales:

a) La que considera que el rematante de cosa ajena no puede resultar protegido por el artículo 34 LH, toda vez que debe aplicarse el artículo 33 LH. El argumento que sustenta esta afirmación es que el embargo trabado y consumado con la ejecución sobre una cosa ajena es nulo de pleno derecho (39).

b) La segunda línea jurisprudencial sostiene que el rematante de cosa ajena debe resultar protegido por el artículo 34 LH (40). Se basa en que el artículo 34 LH palía la falta de titularidad del transmitente y que el artículo 33 LH no es aplicable al caso porque el embargo y remate de cosa ajena no es nulo, ya que según el párrafo primero del artículo 594 LEC, "El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, *eficaz*. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva."

Pues bien, el rematante los ha adquirido de modo irreivindicable conforme al artículo 34 LH. Sostener que el embargo y remate de cosa ajena es nulo haría inaplicable este artículo, porque salvo que se tratara de bienes muebles nunca en un inmueble embargado que no pertenezca al ejecutado podría ser aplicable la expresión "los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva". Como nos dice Espejo Lerdo de Tejada, "la ajenidad de una finca no tiene por qué suponer un obstáculo para su adquisición si se diera en él todos los requisitos que el artículo 34 LH enumera. La norma del artículo 33 LH no puede constituir una excepción al sistema diseñado por el artículo 34 LH, cuando el vicio de nulidad que se achaca al embargo es la falta de titularidad en el embargado, que precisamente es el defecto que el artículo 34 LH permite subsanar. Si admitiéramos este argumento cualquier acto en el que el disponente careciera de poder dispositivo sería tachado de nulo, a pesar de contar con la libertad dispositiva

(39) Sostenido por varias sentencias del Tribunal Supremo, como la de 16 de mayo 1893, 23 de mayo 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 10 de junio 2003, 16 de junio 2003 y 25 mayo 2006.

(40) Iniciado por sentencia de unificación de doctrina de 5 de marzo 2007.

según el Registro, impidiéndose así la aplicación del sistema de protección de los adquirentes diseñado por el legislador".

Por otro lado, aun reconociendo que en principio deba aplicarse el artículo 34 LH surge la duda de si el rematante gozaría de buena fe en el caso que la finca estuviera poseída por persona distinta al embargado.

Las sentencias de 10 y 21 de julio de 2006 afirman que no puede recaer en el rematante la carga de comprobar si lo publicado en el registro coincide exactamente con la realidad. Sin embargo, las sentencias de 30 de diciembre de 2005, 25 de mayo de 2006 y 5 de marzo de 2007 consideran que hay mala fe en el adquirente en remate cuando existen indicios exteriores de una posesión a título de dueño que corresponde a alguien diferente del titular registral. Como dice la propia sentencia de 25 de mayo de 2006, se requiere "una diligencia razonable y que suele ser lo normal, a efectos de llevar a cabo comprobaciones". De nuevo no bastaría una buena fe psicológica, precisándose la buena fe ética.

Admitimos que la adquisición a través del remate se hace en unas condiciones que a veces resultará difícil, por no decir imposible, el examen directo de la cosa por parte del comprador.

Esta realidad podría conducir a la conclusión precipitada de que en las ventas judiciales la buena fe ética se agota en consultar el registro. Pero, como apunta Espejo Lerdo de Tejada y nosotros suscribimos, hay que tener cuidado con esta idea, puesto que nos podría terminar llevando a una sobreprotección de las adquisiciones en remate que no parece estar en la mente del legislador. Por otra parte, el directo entendimiento con el ejecutado no es la única forma de obtener datos sobre la finca. Incluso aunque el conocimiento de esos datos fuera algo más difícil en las subastas judiciales que en el tráfico jurídico, quizá cabe pensar que por las características peculiares de este tipo de ventas, el comprador asume un riesgo específico (que afecta no sólo a las posibles cargas de la cosa o los eventuales defectos de titulación, sino también a la ignorancia sobre su real estado de conservación, etc.; el art. 668 LEC se refiere a alguna de estas cuestiones). Riesgo que viene a estar compensado con la habitual posibilidad de obtener la propiedad de la cosa a un precio notoriamente inferior al de mercado; asimismo, en muchos casos, la práctica "*profesionalización*" de estos compradores permite que puedan asumir las pérdidas en

algunas operaciones, puesto que en la mayoría de ellas obtienen sustanciosas plusvalías.

En este sentido puede ser interesante, ya que está desvirtuando la teoría del título y del modo, detenernos en el artículo 675 LEC. El mismo permite que al rematante se le ponga en posesión del inmueble que no se hallare ocupado. Y si lo estuviera, se proceda al lanzamiento de estos ocupantes, pero se deja a salvo que los mismos puedan reclamar sus derechos en el juicio que corresponda. Por esta razón en el procedimiento de embargo se intenta por todos los medios llegar a un conocimiento cumplido de la situación de los bienes, incluso posesoria: sea por manifestación del ejecutado (incentivada por el art. 589 LEC, por el que en requerimiento para que manifieste la situación de los bienes se le apercibirá de las sanciones que se pueden derivar de que no manifieste las cargas que pesan sobre los bienes, o no aclare que la titularidad de los mismos no le corresponde a él), sea por eventual conocimiento y acreditación ante el Tribunal de la situación posesoria de la finca (como resulta del art. 661 LEC). Pero si se prevé la publicidad de esos datos en el anuncio de la subasta es porque son cuestiones que interesan mucho a los posibles participantes. Si la ley hubiera querido ir más allá y garantizar las adquisiciones realizadas en ejecución de una manera diferente a las adquisiciones normales, éste hubiera sido el lugar adecuado para regularlo, y no se ha hecho (41).

(41) En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "La buena fe requerida por el adquirente en remate a *debitore non domino*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo 2007". *Revista de Derecho Patrimonial*. Año 2007-2, número 19. Editorial Thomson-Aranzadi.

SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS REALES Y LAS RAÍCES DEL SISTEMA

Gabriel de Reina Tartière
Doctor en Derecho
Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO

I. LA CRISIS DE LOS DERECHOS REALES

II. EL TÓPICO DEL CARÁCTER ESTÁTICO DE LA CATEGORÍA

III. EL FUNDAMENTO NATURAL DEL DERECHO REAL

IV. SU FUNDAMENTO TÉCNICO

V. DOGMÁTICA *VS*. DOGMATISMO EN MATERIA DE DERECHOS REALES

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. LA CRISIS DE LOS DERECHOS REALES

A mediados del siglo pasado, en el que es, para quien esto suscribe, uno de los aportes más provechosos sobre la noción de derecho real en nuestro idioma (1), Manuel FAIRÉN advertía cómo los derechos de crédito habían sobrepasado hacía tiempo a los reales

(1) "Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción", en *Revista de Derecho Notarial* XXIII (1959), pp. 97 y ss.; XXIV (1959), pp. 139 y ss.; XXV-XXVI (1959), pp. 155 y ss.; XXXI (1961), pp. 171 y ss.

(2). El fenómeno, con exactitud, se podía analizar en la estructura económica de cualquier país en los albores del capitalismo. Ya no tendría importancia preponderante el latifundista, el que tuviera muchas tierras, supremo ideal de las épocas anteriores; ahora sería un paquete de acciones en alguna compañía sólida el remedio universal contra cualquier fortuna. "El capital, desarraigado de sus titulares –afirmaba–, puebla la historia económica contemporánea: la sociedad anónima es el moderno *Leviathan* y sólo con una gran imaginación puede decirse que una acción supone a favor de su dueño una propiedad. Tiene, sí, la posibilidad de cobrar el dividendo y el derecho de transmitirla cuando es al portador. Para un formalismo jurídico eso es la propiedad. Para un concepto sociológico y económico, no, porque no faculta a su dueño para aplicar en el sentido que él quiere las disponibilidades que esa acción personifica e incorpora. La propiedad ya no es tener una acción, sino tener un 51 por 100 de las acciones; la propiedad, en sentido económico, se ha convertido en una cuestión cuantitativa y en la que nada importa que el que reúne semejante paquete de acciones sea mejor o peor y ni siquiera tiene interés en que realmente las acciones sean realmente suyas: basta que se las presente. El verdadero hombre del siglo XX es el que tiene una abundante posibilidad de tener deudas: es el hombre «que tiene crédito», lo que no quiere decir sino que no le hace falta tener para que le den".

En la actualidad, concedía a lo sumo el autor, existiría "un equilibrio en la valoración económica de los derechos reales y de crédito. Cuanto más avanzado está un país en el terreno de la economía mayor relevancia tienen en él las realidades jurídico-obligacionales en detrimento de las jurídico-reales. Los esquemas jurídicos, sujetos al conocido conservadurismo de todo el Derecho privado, se mantienen en un cerrado dominiocentrismo, regulando la propiedad y la obligación con cauces perfectísimos heredados de la vieja Roma. Sin embargo, cada vez es mayor el número de relaciones que, no sintiéndose suficientemente reguladas a la luz de estos esquemas, emigran a terrenos más ágiles e imperfectos en un plano de pura lógica formal, pero de mayor agilidad y eficacia. Cada vez, en suma, es mayor el ámbito de relaciones jurídicas (siempre obligacionales, por lo general) que abandonan el campo civil para irse al mercantil.

(2) En *Revista de Derecho Notarial* XXXI (1961), pp. 256 y ss.

Y el Derecho mercantil, sin olvido de su faceta sustantiva, es ante todo un Derecho de obligaciones. Lo mismo cabe decir, sólo que con caracteres aún más acusados, del Derecho industrial" (3).

Pero habría, en su opinión, otro aspecto: no se trataría tan sólo de que el derecho real se batiera en retirada ante el avance de las obligaciones, dejándole una serie de nuevos campos. La crisis era más honda, suponiendo un desmoronamiento interno del esquema fundamental del derecho real. "Hoy en día el derecho real ha tenido que sufrir tan honda crisis funcional –explicaba– que ya empezamos a apreciar los efectos en su estructura. De ahí dimana todo el confuso problema de la socialización de la propiedad, fenómeno, del que no es fácil hablar precisamente porque se ha hablado tanto; pero ya por vía de expropiación al estilo comunista, ya por vía de imposición al modo capitalista, lo mismo en la intervención estatal activadora de la actividad privada que en la que restringe y coarta, tanto a través del puro Derecho civil como mediante la copiosa regulación administrativa, la resultante es una sola; que la propiedad actual poco tiene que ver con su inmediata antepasada del siglo XIX y nada en absoluto con el *dominium ex iure Quiritium* que todavía se obstinan en consagrar los Códigos".

Pero no se piense, sostenía FAIRÉN, que esta crisis es sólo de la propiedad. Es más clara, aún, "la de los derechos reales limitados". Y decía: "todavía debe presentarse algún caso de usufructo testamentario; ahí acaba prácticamente la vigencia del tratado de estos derechos reales limitados. Porque la servidumbre ha emigrado al terreno administrativo de las servidumbres legales, recogidas en el Código Civil por puro afán tradicionalista, sin reparar que su régimen es más propio de un reglamento. Y los demás derechos reales apenas sí conservan interés". Habría, sí, un gran desarrollo de los derechos reales de garantía, pero ese desarrollo no sería "de esos derechos, sino de las obligaciones que garantizan".

(3) Puestos a comparar, la tendencia se equipara a la llamada "huida del Derecho administrativo", advirtiendo, como aquí, sobre su mercantilización, más que privatización, pero no a la invocada, también por la época, "crisis del contrato", donde el problema consistiría en la masificación del contrato propia de la economía de mercado y en la necesaria reconsideración de sus principios, que no supresión, ante ese panorama.

No estamos ante una posición aislada: las idas y vueltas sobre el concepto de derecho real, muchas de ellas intransmisibles desde un plano pedagógico, lo demuestran. En la doctrina más reciente, aun quienes reflexionan con tiempo y lucidez, se ven tentados por esta visión crítica, cuestionadora de los derechos reales. Algunos han pasado, incluso, a la ofensiva, como la que, se observa, ha adoptado una de las plumas más brillantes de nuestra civilística actual. Me refiero al profesor CARRASCO PERERA. Para él, el sistema de derechos reales debería reconducirse, sin más, a la regulación de las situaciones (inmediatas o no en la concepción clásica del derecho real) que merezcan heteroeficacia, a saber, oponibilidad frente a terceros. A la oponibilidad de las situaciones patrimoniales terminaría limitándose toda su problemática (4).

Su razonamiento comienza destacando cómo "el sistema regulatorio de los «derechos reales» no tiene como contenido propio el conjunto de los derechos que otorgan a su titular un poder directo sobre las cosas, porque no todos los «derechos reales» comprenden un poder de este tipo y hay otros tantos derechos obligacionales que igualmente confieren este poder directo. Tampoco es el contenido del sistema regulatorio el conjunto de derechos que son por su propia condición oponibles *erga omnes*, porque no hay derechos de tal clase por su misma condición, y todos los derechos relativos a cosas tangibles e intangibles pueden llegar a ser efectivos frente a terceros, si se aprovechan de una regla de oponibilidad ofrecida por el sistema normativo. Por tanto, no hay «derechos reales» si a esta expresión se le quiere dar un contenido normativo propio, sin necesidad de otros complementos normativos".

Exactamente, y en segundo lugar, el sistema de regulación que se corresponde con lo que puede denominarse "derecho real" tendría dos contenidos. "Primero, el conjunto de reglas sustantivas y registrales en virtud de las cuales las situaciones jurídicas obligacionales nacidas de contratos pueden llegar a ser oponibles a terceros distintos de quienes las convinieron, y entonces se trata de saber en qué

(4) "Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español", en DE REINA TARTIÈRE (coor.), *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pp. 74 y ss. El trabajo del autor constituye la que fuera su intervención en las *XIV Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en septiembre de 2006.

medida son oponibles a terceros contratos de compraventa, de alquiler, de prenda, de hipoteca, de opción de compra, de transmisión de derechos de contaminación, etc. Segundo, el «Derecho de cosas» en sentido estricto, esto es, el conjunto de pretensiones privadas que nacen en relación con los bienes y que no tienen su fuente en una regulación contractual; así, comunidad, medianería, relaciones de vecindad, usufructos y servidumbres en su mayor parte. En este último caso se habla, se puede hablar, de «derechos reales» por el simple hecho de que no hay contrato constitutivo de la relación, y que ésta nace del trato y manejo de las cosas. Pero no se quiere significar nada más que eso, ni se presupone que estas pretensiones varias sean de una determinada clase caracterizada por su «eficacia absoluta» o cosa parecida. En otros términos, los «derechos reales» son: a) aquellas situaciones obligacionales nacidas de contrato y que tienen efecto directo frente a terceros no contratantes («derechos reales» como un conjunto de reglas de oponibilidad); y b) aquellas situaciones jurídicas que no nacen de contrato y que tienen que ver con la titularidad, manejo o vecindad de cosas («derechos reales» como simple colección de los derechos sobre cosas). Si no fuera por este segundo contenido heterogéneo –relaciones jurídicas no contractuales que nacen del contacto, manejo o titularidad de cosas (inmuebles)– el sistema de derechos reales se podría reducir a un apéndice en el que se contuvieren las excepciones al principio de relatividad de los contratos". Por su parte, las reglas relativas a la vecindad de los fundos o a las situaciones de comunidad no tendrían eficacia *erga omnes* "porque sean derechos reales, sino porque nacen de la ley, o porque se inscriben en el Registro correspondiente".

Ciertamente, apunta Carrasco en tercer lugar, todo derecho subjetivo adquirido legítimamente sería "oponible a terceros en alguna forma como cosa, al menos mediante una regla de indemnidad (compensación por los daños). Y cuando no es oponible en este sentido no es por la condición «relativa» (no absoluta) de este derecho, sino por consideraciones propias y límites inmanentes del Derecho de daños. Pero la oponibilidad propia de la eficacia jurídica real es una oponibilidad del contenido del derecho, no de su existencia fáctica como cosa incorporal. Es decir, que el conjunto de facultades concedidas por el derecho para realizar el interés protegido pueden ser exigidas y actuadas frente a terceros que no han sido parte en la convención por la que se adquirió el derecho. Por tanto, un derecho

obligacional se hace «real» cuando, merced a alguna regla de oponibilidad contenida en el sistema, su contenido –no su mera existencia como *res intra commercium*– es eficaz frente a terceros".

No habría, por tanto, finaliza, que proveer, una vez definidas correctamente las condiciones de oponibilidad a terceros de las situaciones jurídicas relativas a las cosas –aprovechando para citar las reconocidas en el Derecho vigente: posesión (o "control de hecho"), mala fe (conocimiento del estado contradictorio preexistente), inscripción registral y apariencia (*v. gr.* servidumbres aparentes)–, "una lista de nichos de derechos reales admisibles"; de modo que si tocara hoy abordar la materia, la labor del legislador convendría circunscribirla a: "primero, determinar bajo qué condiciones pueden llegar a adquirir eficacia *erga omnes* los títulos que, de una manera u otra, afectan, restringiéndola, a la facultad de disponer de bienes propios. Segundo, determinar en qué medida el simple conocimiento de una convención ajena relativa a títulos sobre bienes («mala fe») hace oponible esta última al tercero que no la ignora".

II. EL TÓPICO DEL CARÁCTER ESTÁTICO DE LA CATEGORÍA

Efectivamente, es con la llegada del capitalismo, con la masiva diversificación de bienes que traerán consigo sus transformaciones, que se habría enfatizado sobre la estática del derecho real como nota predominante y distintiva. El derecho real, desde esta visión profundamente liberal e individualista, se enfrentaría a la ínsita dinámica del Derecho de obligaciones, motor de transformación socioeconómica a través del crédito y el intercambio. RADBRUCH lo expone como sigue: "el derecho real y el derecho personal aparecen en el mundo jurídico, por decirlo así, como fuerza y materia: el derecho real es el elemento quieto; el derecho personal, el elemento móvil del mundo jurídico. El derecho de obligación lleva en sí el germen de su propia muerte; desaparece en el momento que alcanza el cumplimiento de su fin. El derecho real, sobre todo la propiedad, se establece con una situación de permanencia; continúa existiendo aunque se cumpla su contenido. Por eso, la vida jurídica es estática, siempre que preferentemente se funde sobre el derecho real; en cambio, es dinámica siempre que el derecho de obligación constituya su principal fundamento". Y continúa: "la vida jurídica fue está-

tica durante el tiempo en que la ordenación del trabajo se fundaba en la propiedad, durante todo el tiempo en que el trabajador era propietario de los medios de trabajo y de los productos del mismo, o bien durante aquel tiempo en que el señor era propietario de los trabajadores, como esclavos. Dinámica, en cambio, es la vida jurídica capitalista de la actualidad. La propiedad se transforma en capital cuando confiere poder no simplemente sobre las cosas, sino sobre los hombres. En la ordenación económica capitalista la libertad de la propiedad opera preferentemente como libertad contractual; la propiedad deviene el punto medio económico de las relaciones contractuales que confieren poder, de las relaciones contractuales que constituyen las «instituciones conexas de la propiedad», bien sea en el contrato de trabajo, donde la propiedad atrae al trabajo, bien sea en el contrato de préstamo, en el que el trabajo atrae a la propiedad. Los valores económicos están en un movimiento incesante, desde un derecho personal a otro; su estado de reposo y quietud en un derecho real se acorta cada vez más –aun el estado económico final, la inversión de capital, tiene la forma jurídica del derecho de obligaciones– o la inquietud dinámica de semejante vida jurídica, en la que los objetos jurídicos están en incesante movimiento, contrasta con el estado estacionario y estático de una vida jurídica, en la que, para toda regla, los objetos del derecho están ligados a un determinado punto del mundo jurídico. La palanca de todo este mundo agitado es el libre contrato" (5).

Se omitirá contestar el aserto desde la máxima de la protección del tráfico jurídico, por aquello de que podría alegarse frente a tal argumento que se trataría de un problema de (falta de) legitimación común del que no podría desatenderse el Derecho de obligaciones, y más específicamente, el de contratos. Admítaseme la dispensa por más que sea en el Derecho de cosas donde suele integrarse,

(5) *Filosofía del Derecho,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 188 y 189. El derecho personal, sostendrá De la Grasserie, "crea el *crédito* y el comercio, que habrá de tener nuevo desarrollo, conservando, sin embargo, su fundamento en el derecho real, del mismo modo que los Bancos de emisión deben siempre conservar para sus billetes un fondo de reserva en sus cajas. El estado de crédito no es más que un estado provisional: el creador, al cabo de cierto tiempo, volverá a convertir este derecho ideal en cosas tangibles, en una nueva propiedad…" (*Principios sociológicos del Derecho Civil*, trad. Pereira y Eleta, Madrid, Reus, 1908, p. 466).

para un entendimiento más acabado, la respuesta. Obviaré, asimismo, siendo quizás más relevante, el dato de que no es el tercero el protagonista de aquella vivaz rama del Derecho, sino de ésta; que la seguridad jurídica a la que propende el ordenamiento de obligaciones atañe a la confianza y previsibilidad de las "partes" y no a la seguridad adquisitiva, aquella en la que está en juego la atribución de quien, sin conocer del antecedente jurídico convenido, siquiera de su concreto alcance, sucede en la titularidad del bien (6).

Quiero centrarme, en cambio, en la cuestión mucho más técnica de la mutabilidad del Derecho de cosas, a partir de las ideas de función y tipo. Es verdad que la estabilidad, la no extinción por su ejercicio, es uno de esos predicados que distinguen los derechos reales de los personales, pero esta característica, que hace al ordinario contenido de cada uno, en modo alguno conlleva una suerte de petrificación del derecho real en cuanto instituto. La Historia demuestra lo contrario; podrá sancionarse un elenco de situaciones

(6) Sobre la distinción, dentro del principio general de confianza, *vid.* LARENZ: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. DÍEZ-PICAZO. Madrid, Civitas, 1993, pp. 90 y ss. En cualquier caso, no estaría de más recordar la distinción entre protección estática y dinámica que efectúa ROSS. La primera, referida a las sanciones que pueden ser aplicadas cuando el derecho subjetivo es violentado; la segunda, en cuanto pendiente de "la competencia entre diversos sucesores en conflicto, cada uno de los cuales tiene por sí mismo una expectativa legítima de sucesión. La protección dinámica, pues, no es protección de una posición jurídica existente, sino de la expectativa de un sucesor de ser colocado en una posición jurídica" (*Sobre el derecho y la justicia*, trad. CARRIÓ, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, § XXXVIII, p. 179). Pues bien, de igual forma que no existen razones plausibles para que los derechos de crédito –de pretensión o facultad, según los llama ROSS– no tengan protección estática, como la tienen los derechos reales –en la terminología del autor, de disposición–, en lo que hace a la protección dinámica queda excluida de entrada "la posibilidad de que exista conexión alguna entre el contenido y la protección, de manera que ciertos derechos estén dotados de protección *in rem* y otros de protección únicamente *in personam*. Esto se debe al hecho de que las reglas que rigen la protección dinámica se refieren a la colisión entre varias sucesiones, cada una de las cuales es válida cuando se la considera por separado" (*idem,* § XLIII, pp. 193 y ss.). Se sigue de ello "que las diferencias en la protección dinámica tienen que estar condicionadas por el tipo de colisión no por el tipo de derecho" (*ibidem*), todo un guiño, por tanto, a la visión crítica que se mantiene arriba en el texto.

oponibles pero sin significar que cada tipo reconocido sea exclusivamente permeable a la finalidad que lo viera nacer. Necesidades económicas posteriores han podido instrumentalizar así cambios en la consideración y aplicación de estructuras originadas para muy diferente contexto. En las últimas décadas, el derecho de superficie constituye el mejor de los ejemplos.

Que la función pueda avanzar sobre el tipo, si se prefiere, sobre la "función típica consagrada", se acepta por el propio FAIRÉN, quien, luego de indicar que podrían señalarse abundantes ejemplos en los que un derecho de crédito no sirve en realidad a la dinámica patrimonial, tampoco niega que esta finalidad no pueda ser cumplida también por otras figuras. ¿O acaso no propende a tal cometido la hipoteca o la prenda? ¿Sabría "alguien señalar desde el punto de vista estructural o funcional, una diferencia entre un usufructo y un arrendamiento o entre una servidumbre o un derecho de crédito que coincida con ella en el contenido, en los derechos y obligaciones de los predios dominante y sirviente?" (7). Tanto usufructo como servidumbre se emplearían para la determinación, en ciertas situaciones, de una distribución de disfrutes sobre la cosa, ya simultánea (servidumbre) ya sucesivamente (usufructo). En otras palabras: su función pertenecería "al terreno de la dinámica, no al de la estática patrimonial" (8).

Frente a ellos, habría surgido primigenio el dominio, ese disfrute omnímodo sobre la cosa, la más amplia y elástica posibilidad de señorío, para el que FAIRÉN veta, en cambio, el carácter de dinámico. Y es que en él "late toda la sensación estática de quietud y paz a la que con tanto empeño aspiraba el Derecho burgués" (9). Basta, sin embargo, con recordar la exposición que ha adquirido en nuestros días la propiedad en función de garantía, el exponencial desarrollo de las llamadas garantías reales atípicas para extender, también para el dominio, aquella aseveración: el sentido dinámico de la función por sobre la estructura o el tipo.

Ateniéndonos, justamente, a este último párrafo, en él subyacen, entremezcladas, dos razones que considero, a la postre, capitales para el secular sostenimiento de la pretendida estática de los derechos reales.

(7) En *Revista de Derecho Notarial* XXXI (1961), pp. 287 y 288.
(8) En *Revista de Derecho Notarial* XXXI (1961), p. 289.
(9) En *Revista de Derecho Notarial* XXXI (1961), p. 282.

El primero es el enfoque de todo el sistema de derechos reales desde el prisma del dominio (10). Se pierden de vista los derechos reales limitados de igual o mayor prestancia, aunque también la posesión, potestad límite del Derecho, factor de oponibilidad originario, y derecho real por antonomasia exento de la elaboración conceptual que acompaña a la propiedad, pero de una dinámica absolutamente inconcebible para ésta: no por nada es el único derecho sobre la cosa que puede adquirirse a partir de un hecho de naturaleza violenta o coactiva. El poseedor "posee porque posee", se dice, lo que significa que no requiere de título para ello ni necesita producirlo; es el propietario o cualquier otro el que tiene que probar, sino el despojo contra él, su (mejor) derecho a poseer. Hasta esa "permanencia" que caracterizaría a los derechos reales y de la que comenzaba hablándonos RADBRUCH se pone en tela de juicio por la posesión, que no por ello deja de constituir ese derecho que por su inherencia y constitución se antoja el más real de todos, pero a la vez entre ellos el más especial; derecho que tan sólo se hace depender del *factum possessionis* y cuyo muy elemental (hasta provisional) contenido consiste en ser mantenido en la pacífica posesión de la cosa, siendo protegido frente a las vías de hecho que puedan suscitarse, aun cuando provengan de aquel al que precisamente hubiera despojado el poseedor o, reitero, el legítimo propietario.

La exacerbación del principio de tipicidad es la segunda de esas razones. Lejos habría dejado la práctica aquellas palabras de DÍEZ-PICAZO, en cuya virtud, tratándose de derechos reales de garantía, imperaba el *numerus clausus*, no pudiendo haber otros que los expresamente receptados en la ley (11); o, frente al *trust* que se asoma en el Derecho continental, aquellas por las que, ajustándose a la consagrada plenitud del dominio, rechazaba formas atípicas, expresando cómo a lo sumo cabrían limitaciones (convencionales) al dominio, constitutivas de derechos, en su caso, reales y siempre sobre cosa ajena (12).

(10) Para RADBRUCH, sin ir más lejos, el único derecho real conceptual y legalmente indispensable (cfr. ob. cit., p. 177).

(11) "Autonomía privada y derechos reales", en *Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1976, p. 330.

(12) *Idem*, p. 329.

III. EL FUNDAMENTO NATURAL DEL DERECHO REAL

El derecho real es una institución del Derecho natural, pues tal es su significado para el hombre. Estamos ante un concepto jurídico esencial cualquiera que sea el modelo de sociedad en que nos encontremos y cualquiera que sea su estado de evolución. Puede hablarse, entonces, de una institución trascendente, cuya razón de ser "radica en la naturaleza del hombre y de su personalidad. Si aquél, merced al principio divino o absoluto que en él reside, es fin de sí mismo y persona, su limitación hace de él juntamente un ser condicionado y dependiente y le lleva, en su posición con respecto a la naturaleza, a satisfacer sus fines, a la par racionales y sensibles, por medio de las cosas de aquélla que pueden servir a este objeto y carecen de propia finalidad, suprimiendo en cierto modo su finitud por medio de este complemento que recibe de ellas. Pero esto no es posible sino en cuanto se coloca con las cosas en una relación inmediata y las somete a su poder o posibilidad de obrar en ellas. Esta mera relación de poder y dominio, inmediatamente y en sí misma, es puramente física, no jurídica ni moral" (13).

No necesita el hombre de intermediarios, pues inmediata es la necesidad que le concierne. Y es que siempre convendrá reparar en que "la existencia de seres organizados no es posible si ellos no toman del medio exterior los elementos para subsistir, comenzando por los más indispensables" atinentes a su alimentación y vestido y que, al principio, estas exigencias sencillas y rústicas se hubieron de resolver apoderándose los primitivos habitantes de la tierra de

(13) AHRENS: *Enciclopedia Jurídica o Exposición Orgánica de la Ciencia del Derecho y el Estado*, III, versión directa del alemán por GINER, AZCÁRATE y LINARES, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1880, p. 167. "Es el mundo exterior –expresa de otro modo VANNI– el que suministra los medios para la satisfacción de las necesidades de la vida. De ahí el proceso de apropiación por parte del hombre de la naturaleza exterior, para conseguir los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades, proceso que constituye la gran obra de la civilización. Estos medios en el lenguaje económico se llaman bienes y riquezas, y en el jurídico se denominan cosas. Este es el punto de conjunción del Derecho con la economía, de modo que es imposible valuar los bienes exteriores desde el punto de vista jurídico sin tener en cuenta la función económica que cumplen" (*Filosofía del Derecho*, trad. URBANO, Madrid, Beltrán, 1922, p. 137).

los bienes naturales para llenarlas (14). En esta dirección, la justicia, en relación con los derechos reales, consistiría "en emplear las cosas para brindar a cada individuo la esfera de libertad necesaria

(14) LAFAILLE: *Curso de Derecho Civil*, *Derechos Reales*, I, Buenos Aires, 1929, p. 8. Desde esta dimensión primordialmente antropológica, MORGAN advierte sobre la sofisticación de la propiedad como concepto, el cual hubo de formarse lentamente en el pensamiento humano, permaneciendo latente durante periodos inmensos de tiempo. Realizándose en el salvajismo (que comenzara con la infancia del hombre para terminar con la invención del arco, la flecha y el arte de la alfarería), necesitó toda la experiencia de este período y del subsiguiente de barbarie (que, en su estadio superior, anterior al tercer y último período, el de civilización, se caracterizará por el trabajo del hierro y la invención de un alfabeto fonético y el uso de la escritura en la composición literaria) "para que el cerebro humano tomara conciencia de su influencia de controlar. Su gobierno señala el comienzo de la civilización. Condujo al hombre no sólo a defenderse de la barbarie, sino también a establecer la sociedad política sobre la base de territorio y propiedad. El conocimiento crítico de la evolución de la idea de propiedad abarca, en cierto modo, la parte más notable de la historia mental del hombre" (*La sociedad primitiva*, Madrid, Endymion, 1987, p. 79). Como sabemos, los estudios del autor norteamericano serán inmediatamente receptados por ENGELS en su obra *El origen de la familia, de la propiedad y del Estado*, donde procederá a reformar todas las deducciones económicas de MORGAN en tanto resultaran insuficientes para sus propósitos (trad. DE MENDOZA, Buenos Aires, Claridad, 2007, p. 9).

Desde el mismo punto de vista antropológico, la propiedad sólo surge ante la creación de bienes que el muy incipiente desarrollo técnico traerá consigo. Incluso, como grafica TARDE, al propio tiempo que esos nuevos bienes se suscitan, es que nacen nuevas maneras de poseer los bienes antiguos. "Antes de toda invención pastoral o agrícola, la única manera de poseer una tierra era la de cazar en ella. He ahí la misma razón por la que la indivisión sería la regla general entonces en punto a inmuebles; la posesión de que se trataba lo exigía de suyo. Lo mismo ocurriría, poco más o menos, bajo el régimen pastoral: pero desde el momento en que una especie, hasta entonces desconocida de ganado, se importase, la tierra se vería deseada y poseída de una manera no concebida en aquel instante" (*Las transformaciones del Derecho*, trad. POSADA, Buenos Aires, Atalaya, 1947, p. 95).

MAINE advierte, por su parte, sobre el hecho de que los romanos debían haber creído, "sin vacilar, que la ocupación, modo natural de adquirir, regiría para el género humano si viviera bajo las instituciones de la naturaleza; y aunque es dudoso hasta qué punto admitieron la realidad del estado de naturaleza sí parece que pensaron que la institución de la propiedad era

para convertirse en persona, o sea para personalizarse. Superando todos los apriorismos individualistas y colectivistas se trata de la *humanización* de las cosas, teniendo en cuenta que el valor justicia –como todos los restantes– se enriquece cuando se lo comprende como desmembración del más alto de los valores a nuestro alcance: la humanidad" (15).

La naturaleza esencial, institucional –tomando la expresión, que no sus conclusiones, de RIGAUD (16)–, del derecho real se reconoce

---

menos antigua que el género humano". Para de inmediato citar, en igual sentido, a BLACKSTONE, para quien "la tierra y todas las cosas contenidas en ella eran propiedad del género humano por donación inmediata del Creador; pero la comunidad de bienes solo debió de aplicarse, en los primeros tiempos, a la sustancia de las cosas. Por derecho natural y por razón, el primero que usaba una cosa adquiría sobre ella cierta propiedad, aunque pasajera; un derecho de posesión que duraba lo que el hecho de la posesión. La tierra era común, nada era en particular de nadie: pero la que se ocupaba para descansar, ponerse a la sombra *y* análogos usos, constituía una especie de propiedad temporal, que fuera contra justicia y contra derecho natural discutir por la fuerza [sic], aunque, desde que dejaba de usarse y ocuparse, cualquiera podría tomarla nuevamente". El mismo BLACKSTONE continuaría exponiendo cómo "el aumento de número de hombres hizo preciso concebir la idea de una propiedad más duradera, apropiándose el individuo, no sólo el uso inmediato, sino la sustancia de las cosas" (MAINE, *El Derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas. Parte especial*, trad. GUERRA, Madrid, Tipografía de Alfredo Alonso, 1893, pp. 45 y 46).

(15) CIURO CALDANI: "Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales", en *El Derecho* (Buenos Aires), 100 (1983), p. 909; *vid.,* asimismo, MENICOCCI: "Notas para una filosofía trialista de los derechos reales", en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (Rosario, Argentina), vol. 6 (1985), pp. 105 y ss.

(16) En la tesis institucional de los derechos reales, éstos se legitiman en y por la institución, esto es, en el seno y por obra del cuerpo social o la colectividad organizada. Es en ella que se produce la transformación de estados de hecho en estados de derecho, situaciones jurídicas que, convertidas en subjetivas, se descomponen naturalmente en derechos reales directamente oponibles a todos (RIGAUD: *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, trad. XIRAU, Madrid, Reus, 1928, p. 249). Cuando se afirma, como aquí, compartir el adjetivo se hace pensando en esta dimensión eminentemente social del derecho real, a partir de sus orígenes, pero no en su aplicación en torno a los bienes incorporales o prestaciones a cargo de tercero (derechos reales *in faciendo*), a cuya posibilidad va abriendo

desde las corrientes más diversas del pensamiento. "La persona –dirá HEGEL sin nombrar el concepto– tiene, para su fin esencial, el derecho de poner su voluntad en cada cosa, la que, en consecuencia, es mía; no teniendo aquélla en sí misma un fin semejante, retiene su determinación y anima mi voluntad; [estamos ante] el absoluto derecho de apropiación del hombre sobre todas las cosas". Es más: "aquella conocida filosofía que atribuye realidad a las cosas particulares inmediatas, impersonales, en el sentido de la autonomía, de verdadero ser por sí y en sí; e igualmente aquella otra corriente que asegura que el Espíritu no puede conocer la verdad, ni saber qué es la *cosa en sí*, son inmediatamente impugnadas por el comportamiento de la voluntad libre frente a las cosas. Si para la conciencia, para la intuición y para la representación las así llamadas *cosas externas* tienen la apariencia de la autonomía, la verdad de tal realidad es, por el contrario, la voluntad libre del idealismo" (17).

Será precisamente en el seno del idealismo, donde se pongan las bases que luego serán empleadas para dar una aproximación meramente positiva acerca del derecho real, donde el patrón hombre-cosa, la necesidad primaria pretenderá desplazarse a un segundo plano. Es ahora la técnica de la razón la convocada a explicar el derecho real. Como expondrá KANT, la definición ordinaria del derecho a una cosa (*jus reale*, *jus in re*), en cuanto derecho contra todo poseedor de esa cosa, "es una buena definición de nombre. Pero, ¿en qué consiste que, con ocasión de un objeto, puedo dirigirme a cualquiera que lo posea y obligarle (*per vindicationem*) a reponerme en la posesión? Esta relación jurídica exterior de mi arbitrio, ¿es en algún modo una relación directa a una cosa corporal? Sería preciso en este caso que el que cree que su derecho se refiere, no inmediatamente a las personas, sino a las cosas, se representara sin duda (aunque oscuramente), y esto en razón de que a todo derecho corresponde un deber, que la cosa exterior, aun cuando haya salido de las manos de su primer poseedor, le queda, sin embargo, siempre *obligada,* es

el concepto RIGAUD según avanza en sus argumentaciones. Salvando las distancias, la institucionalidad, el refrendo social como causa del derecho real, en cierto modo puede observarse también en el planteamiento de DE LA GRASSERIE (cfr. ob. cit., pp. 78, 79 y 95).

(17) *Filosofía del Derecho*, trad. MENDOZA DE MONTERO, Buenos Aires, Claridad, 2009, § 44, p. 73.

decir, que se resiste a cualquier otro que pretende poseerla, en razón a que está ya obligada al primero, y que por tanto, mi derecho, semejante a un genio inseparable de la cosa, y que la preserva de todo ataque exterior, me señale siempre el poseedor intruso" (18).

La definición debería pasar por otro lugar, en tanto "el *derecho a una cosa* es el derecho del uso privado de una cosa, respecto de la cual estoy en comunidad de posesión (primitiva o subsiguiente) con los demás hombres. Esta posesión común es efectivamente la única condición para que yo pueda prohibir a cualquier otro poseedor el uso privado de la cosa; si no se supone esta posesión es imposible concebir como yo, no hallándome actualmente en posesión de la cosa, puedo ser perjudicado por los que poseen y se sirven de ella. Mi arbitrio individual o unilateral no podría obligar a otro a privarse del uso de una cosa, si por otra parte no tuviera esta obligación. No puede, pues, ser obligado sino por arbitrios reunidos en una posesión común. Si así no fuera, habría necesidad de concebir un derecho en una cosa, como si ella tuviera una obligación respecto de mí, de la cual en último análisis se derivaría el derecho contra todo poseedor de esta cosa; concepción verdaderamente absurda". Es claro, por tanto, que "un hombre que existiera completamente solo sobre la tierra no podría propiamente tener ni adquirir nada exterior como suyo, porque entre él como persona, y todas las otras cosas exteriores como cosas, no cabe la menor relación de obligación. No hay pues, propiamente hablando ningún derecho (directo) a una cosa; pero se llama así lo que corresponde a uno respecto de una persona que está en comunidad de posesión (en estado de sociedad) con todas las demás". Con tal matiz habría de entenderse "el conjunto de leyes que se refieren a lo Mío y lo Tuyo real" (19).

Pero KANT, fijémonos bien, no descarta la noción natural del derecho real. Su preocupación, como será la nuestra en el siguiente epígrafe, radica en explicar su fundamento técnico (oponibilidad). La posesión como clave de bóveda está presente en todo su planteamiento, en su mínima pero elocuente elaboración del derecho real. No reconoce, como se fundará después, una obligación pasiva universal, como no descarta ni la corporalidad del bien objeto del

(18) *Principios metafísicos del Derecho*, trad. LIZARRAGA, Madrid, Imprenta de Victoriano Suárez, 1873, § 11, pp. 85 y 86.

(19) *Idem*, pp. 86 y 87.

derecho real ni la inmediación en la obtención del titular ("poseedor social en concurrencia") sobre él. Algo que sí hará KELSEN.

Para el profesor austríaco, la distinción con antecedentes en la jurisprudencia romana entre el derecho sobre una cosa (*ius in rem*) y el derecho sobre una persona (*ius personam*) se habría de considerar errónea. "También el derecho sobre una cosa es un derecho respecto de personas. Cuando, para mantener en pie la distinción entre derechos reales y personales, se definen aquéllos como el derecho de un individuo a disponer de cualquier manera de determinada cosa, se pasa por alto que ese derecho no consiste sino en la obligación de los otros individuos a consentir esos actos de disposición; es decir, en la obligación de no impedir esos actos, o de no intervenir en ellos. Es decir, que también el *ius in rem* es, por de pronto, un *ius in personam.* De importancia primera es la relación entre hombres, que también en el caso de los denominados derechos reales consiste en la obligación de llevar a cabo determinada conducta frente a determinado otro hombre. La relación con la cosa es de importancia secundaria, puesto que solo sirve para determinar más de cerca la relación primaria. Se trata de la conducta de un individuo en relación con una cosa determinada, conducta que todos los demás individuos están obligados a aceptar pasivamente del primero" (20).

Y, llevando la cuestión al derecho real por excelencia, para el cual se habría efectuado toda la distinción, el de propiedad, recuerda su definición "por la ciencia jurídica tradicional como el dominio excluyente de una persona sobre una cosa, definición mediante la cual es distinguido de los derechos a exigir algo, fundantes solamente de las relaciones jurídicas personales". Pero, "esta distinción, importante para la sistemática del Derecho burgués, tiene un notorio carácter ideológico. Dado que el Derecho, como sistema social, regula la conducta de los hombres en su relación –inmediata o mediata– con otros hombres, la propiedad no puede consistir, jurídicamente, sino en determinada relación de un hombre frente a otros hombres, a saber: en la obligación de éstos en no impedir la disposición que éste haga de determinada cosa, sin intervenir de ninguna manera en sus actos de disposición. Lo que se designa como dominio exclusivo de

(20) *Teoría pura del Derecho*, trad. VERNENGO, México, DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 143.

una persona sobre una cosa consiste en la exclusión estatuida por el orden jurídico de todos los demás de la disposición de la cosa. El «dominio» del primero no es jurídicamente más que el reflejo de la exclusión de los otros. Es una relación entre los otros y el primero, es decir, en la terminología usual: una relación que se da entre personas, y sólo secundariamente, una relación con una cosa, a saber: cierta relación de los otros con respecto de la cosa, mediante la cual se media en la relación con el primer individuo. Si, pese a ello, se insiste tercamente en la definición tradicional de la propiedad, como dominio excluyente de una persona sobre una cosa, pasando por alto la relación jurídicamente esencial, ello sucede claramente porque la definición de la propiedad como una relación entre persona y cosa sirve para ocultar su decisiva función socioeconómica, una función que, tratándose de la propiedad de los medios de producción, es caracterizada por la teoría socialista, sin resolver aquí si con razón o sin razón, como una «explotación»; una función que, en todo caso, consiste justamente en la relación del propietario con todos los restantes sujetos que quedan excluidos de la apropiación de la cosa, en cuanto el derecho objetivo los obliga a respetar el poder exclusivo de disposición del propietario. Por ello, la doctrina jurídica tradicional se levanta decididamente contra la tesis que ve en el derecho subjetivo, es decir, en el derecho de un individuo, sólo el reflejo de las obligaciones jurídicas de otros, dado que, por razones puramente ideológicas, cree necesario destacar el carácter primario de los derechos" (21).

¿Qué ideología, social o económica, puede estar detrás de la necesidad del hombre de proveer a su subsistencia? El discurso de KELSEN se abrevia en este punto imputando, nuevamente a partir del ejemplo puro de la propiedad, una ideología que no mueve ni conmueve al *homo oeconomicus*, y que el devenir histórico ha demostrado decididamente trasnochada, aun en los sistemas capitalistas, donde la función social se impone limitando la exageración en las expectativas del propietario. Por demás, ninguna explotación demostrarían los derechos reales limitados, tanto aquellos conocidos en el Derecho romano, orden del cual parte, como los vigentes al tiempo en que escribiera su texto, informados como están, contrariamente, por un espíritu de reparto.

(21) *Idem,* pp. 143 y 144.

A partir de aquí, "el derecho de propiedad no es, propiamente, un derecho absoluto; es el reflejo de la multiplicidad de obligaciones de un número indeterminado de individuos, con respecto de un mismo individuo, en relación a una y la misma cosa, a diferencia del derecho personal que sólo es el reflejo de la obligación de determinado individuo frente a otro individuo determinado". La pretendida relación con una cosa en específico no estaría, "de ningún modo, limitada a los denominados derechos reales, sino que puede presentarse también en los denominados derechos personales. Así sucede en el caso en que el deudor esté obligado a entregar un objeto individualmente determinado al acreedor, como cuando, por ejemplo, alguien se obliga por contrato de compraventa, a transferir a otro en propiedad una cosa, mueble o inmueble, bien determinada. El derecho del acreedor en este caso se diferencia de un derecho real, en que frente a su derecho sólo se halla la obligación de un sujeto determinado" (22).

Lo curioso es que, después de todo, la teoría de KELSEN deja espacio para un "poder directo del hombre sobre las cosas", en su afán por distinguir el derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido (derecho reflejo de la pertinente obligación) y como poder jurídico, ese poder que "aparece cuando, entre las condiciones constituyentes de una obligación jurídica, se habilita una acción dirigida al órgano de aplicación, en forma de demanda o querella, para obtener la ejecución de esa sanción, acción iniciada por el individuo en cuyo respecto existe la obligación" (23). El resultado se presenta, pues, tan ambivalente que echa por tierra toda la crítica sobre la concepción clásica del derecho real efectuada por el autor, quien incluso termina aludiendo a la posibilidad de contemplar, en esa segunda dimensión de los derechos subjetivos, al de propiedad "como el poder jurídico del propietario para excluir a todos los demás de la disposición de una cosa determinada", poder que sólo "tiene un individuo cuando el orden jurídico lo faculta, no sólo para impedir la violación de la obligación de no obstaculizarlo en los actos de disposición sobre determinada cosa, sino para hacer valer con una acción ante la justicia el hecho de ese incumplimiento de la obligación" (24).

(22) *Idem*, p. 145.
(23) *Idem*, pp. 146 y 147.
(24) *Idem*, p. 145.

En otras palabras, por más que el derecho real pueda no entenderse como una relación hombre-cosa, en atención a que la relación jurídica ha de implicar en todo caso un vínculo estrictamente interpersonal o de obligación (25) –que no "de alteridad" (26)–, la sanción normativa vendrá a justificar las prerrogativas que el derecho confiere al titular, ese nódulo de aplicación inmediata sobre la cosa. De la elaboración surge el moderno concepto de derecho real: aquel "que impone a toda persona la obligación de respetar el poder jurídico que la ley confiere a una persona determinada para retirar de los bienes exteriores todo o parte de las ventajas que confiere la posesión de ellos, o, si se prefiere, el derecho que, dando a una persona un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejercitado, no solamente contra una persona determinada sino contra todo el mundo" (27). Es a lo más que puede llegarse desde este plano; el valladar natural que funda al derecho real no permite mayor traspaso. Por tanto, la afirmación de que sólo entre personas puede haber relaciones jurídicas, siendo posible, no es satisfactoria para la comprensión del trasunto; es cierto que sólo el elemento exterior del derecho real –esto es, la relación del sujeto titular frente a otras personas, por las que cabe exigir no ser molestado en su derecho, en su señorío sobre la cosa– participa de la protección del Estado, quedando en manos del titular el ejercicio del señorío en sí. "Sin embargo, no debe olvidarse que el orden jurídico no se limita a tolerar este ejercicio, como lo que no está prohibido, sino que lo reconoce y lo provee de efectos jurídicos especiales. Así, por ejemplo, la enajenación de la prenda por el acreedor tiene el efecto de transferir la propiedad, porque tal poder integra el contenido de su derecho. Ahora bien, si se quisiera explicar este resultado por medio de la concepción que configura el derecho real exclusivamente como derecho de prohibir, sólo se podría conseguirlo a través de un orden de ideas extraordinariamente laborioso. Sea como

(25) Contra, por todos, atento a una perspectiva que ya no preocupa, Von Thur, *Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*, trad. Ravá, Madrid, Marcial Pons, 1998, § 5, pp. 128 y 138.

(26) Irreprochable, se tenga sobre el derecho real la visión que se tenga, dado el componente social de todo derecho.

(27) Planiol y Ripert: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, III, trad. Díaz Cruz, La Habana, Cultural, 1942, p. 47.

fuere, lo cierto es que nuestra ley, como los juristas romanos, parte francamente del concepto de que el contenido y la diferencia de los diversos derechos reales están determinados en su alcance por el señorío otorgado al titular respecto a la cosa, tratando, en cambio, como elemento secundario, la defensa exterior del mismo" (28).

IV. SU FUNDAMENTO TÉCNICO

Sin ser, ni mucho menos, de segundo grado, el fundamento técnico de los derechos reales es consecuencia del vínculo de inmediación destacado. El aserto refiere la oponibilidad de los derechos reales, la eficacia frente a terceros a la que se encuentran especialmente convocados. No sea crea, sin embargo, que los derechos reales se imponen en abstracta garantía de la realización de su dimensión natural, al menos no directamente; si lo hacen es por la contrastada mayor posibilidad de que quienes no hayan participado en su respectiva constitución tomen conocimiento a partir de la exteriorización, la ostensible manifestación de las situaciones de poder en que se encuentran inmersas las cosas. La idea de publicidad, por tanto, se halla indisolublemente unida al devenir de los derechos reales en cuanto género.

En efecto, si, como se ha visto, en el origen de los derechos reales late el elemento primario del sometimiento de las cosas a la esfera de poder material de una concreta persona, no cabe desconocer la evidencia que la posesión de las cosas significa. Pero con el tiempo se observó la necesidad de admitir la oponibilidad de figuras no estrictamente posesorias, fenómeno del que la hipoteca se muestra hito por excelencia. Surge conveniente, entonces, otro tipo de publicidad, abordada mediante la creación de registros públicos destinados a hacer conocibles las relaciones que, de otra manera, difícilmente lo serían.

La pregunta en este momento se torna obligada, dirigida como está al núcleo de los argumentos enunciados por Carrasco Perera sobre el sistema de derechos reales, tal y como ellos se han recogido

(28) Von Thur, ob. cit., § 5, p. 138*. Vid.,* asimismo, De Reina Tartière: *Sistema de derechos reales. Parte general,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 42.

en el primer epígrafe del presente trabajo. ¿El carácter real es una cualidad inherente a ciertos derechos subjetivos o se trata de una cuestión de política legislativa?

Desde luego, no puede descartarse la incidencia soberana de la legislación en la definición del sistema de derechos reales. El legislador podrá suprimir, como los nuevos países soberanos –y hermanos– hicieran en su momento con el grueso de las vinculaciones, de las cargas características del Derecho patrio, los derechos que considere pertinentes por motivos de interés público, o abordar nuevas figuras, o como variante de esto, conceder oponibilidad abriendo las puertas registrales a derechos conocidos pero no inscribibles hasta el momento. Ahora, lo que no puede hacer es dispensar indiscriminada eficacia *erga omnes* a derechos de contenido personal, obligando a terceros a cumplir "personalmente" con la prestación a cargo del antiguo titular-promitente por el solo hecho de haber sucedido en la cosa objeto mediato de la prestación. La libertad del individuo, no más fuera en su proyección patrimonial, se hallaría en grave riesgo. Entiéndaseme bien: la proyección registral de los derechos personales, aquellos que necesitan de la intercesión de una persona especialmente obligada, sería viable sólo cuando el contenido del derecho personal fuera susceptible de realizarse coactivamente sin el consentimiento ni la participación activa (o creativa) del tercero (sucesor particular).

Y a la inversa, existirían derechos reales cuya disposición por parte del legislador sería cuestionable cuando no ilegítima. RADBRUCH, como sabemos, se fija en la propiedad que para él "es un concepto indispensable para toda consideración jurídica", por cuanto "en todo orden jurídico cabe preguntar con plenitud de sentido en relación a cada cosa, quién sea su propietario. La respuesta a esta pregunta sólo puede provenir de la experiencia y está, por tanto, sometida a la crítica. La propiedad es una categoría jurídica *a priori,* no, empero, propiedad privada o propiedad común. Cuál sea la que rija, la propiedad privada o la propiedad común sólo puede decírnoslo la experiencia jurídica; cuál de ellas deba regir, esto es ya cuestión de la Filosofía del Derecho" (29). Pero, con HERNÁNDEZ GIL, debemos pensar antes en la posesión, en la apropiación y disfrute material (y unilateral) de las cosas, hecho social, cuya juridicidad en modo

(29) Ob. cit., p. 177.

alguno puede desconocerse a nivel normativo (30). Una "relación de vida", la llamaba WINDSCHEID, a la que al orden jurídico sólo le toca adherirse, a diferencia de esa otra relación, igual de determinada jurídicamente, que conforma la propiedad, "creada por el ordenamiento" (31).

En suma, por más que interesante, me resisto a rebajar el sistema de derechos reales en la búsqueda de cuál haya de ser su base mínima, sus piezas más elementales. El legislador debe proveer fórmulas válidas de disfrute sin ser propietario, parcial o excluyente (en este caso con imprescindible fijación de su carácter temporal); de garantía, con o sin desplazamiento; de adquisición preferente, etc. No hacerlo, abstenerse, no evitará que los particulares provean a sus necesidades de esa o análoga manera, aunque dejándolos librados a una cuota de mayor conflictividad y al seguro abuso contra la parte económicamente más débil.

V. DOGMÁTICA *VS.* DOGMATISMO EN MATERIA DE DERECHOS REALES

Los dos aspectos destacados hasta aquí, en esa doble fundamentación que se ha realizado, conforman la dogmática del derecho real. Afirmada ella debe conciliarse el sustrato natural de los derechos reales con el principio atinente a su tipicidad. De la exacerbación de éste se hablaba tratando del tópico de la estática que pretendidamente dominaría la materia. Es así como se presenta alarmante la dependencia de la regla positiva que experimenta el conocimiento sistemático de los derechos reales, algo aún observable en ordenamientos que, como el español, parecen adscribirse al numeroaperturismo. El concepto del derecho real resulta a todas luces ininteligible si ante situaciones análogas la respuesta únicamente es positiva.

Aún más, la abstracción deriva en mero conceptualismo si se niega la calificación jurídico-real de una relación inmediata sobre

(30) Cfr., de su autoría, *La función social de la posesión (ensayo de teorización sociológica-jurídica),* Madrid, Alianza, 1969.

(31) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt, Rütten & Loening, 1900, § 37, letra a).

una cosa; si reunir las condiciones fundantes de la categoría, a cuyo conocimiento se aspira, se torna irrelevante, en tanto que al final la catalogación jurídico-real de la fórmula se muestra contingente.

En su lucha contra la exegética, contamos con el precedente de GÉNY, quien llamara la atención sobre si acaso no se habría exagerado la sistematización de los derechos patrimoniales en reales y personales. La sistematización, cuyo valor reconocía sin dificultad, se encontraría comprometida, en su opinión, desde que se pretendiera deducir a título de consecuencias necesarias toda la disparidad de efectos que es de uso señalar entre una y otra clase de derechos. No negaba la existencia de esas diferencias, ni discutía sobre su alcance práctico; más bien le parecía erróneo querer afirmar *a priori* la noción abstracta de dos especies de derechos que no podrían darse en el terreno puramente de lo ideológico sin el preponderante auxilio del punto de vista teleológico (32). Y entre los ejemplos citaba el de la locación confrontando la opinión doctrinal que unánimemente convenía en estimarla, con olvido de la tesis de TROPLONG, un derecho de crédito.

Sorprende también el recurso a la excepción para explicar situaciones que, como las que versan sobre bienes incorporales, no encajan ontológicamente en el concepto de derecho real; tales situaciones serán en su función económica similares pero ninguna excepción constituyen, ni los derechos reales exigen de ellas para su confirmación. Es así que en la misma sede que se omite el carácter real de derechos como el señero de locación, suele incluirse el régimen atinente a los derechos de autor o de propiedad intelectual, convirtiendo la materia en un maremágnum donde fácil es naufragar en el intento de encontrar una razón de ser a la heterogeneidad del mensaje. Todavía la teoría de GINOSSAR, en ese sistema de equiparación –para él racional– del conjunto de derechos patrimoniales, susceptibles todos de agruparse en torno al derecho de propiedad, se asomaba más completa, más congruente, al no olvidarse por lo menos de los créditos (33).

---

(32) *Método de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925, § 66, pp. 137 y ss.

(33) *Vid. Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, París, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, *passim.*

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas precedentes he tratado de preguntarme por el motivo de esa aridez que se atribuye a los derechos reales. El hipersubjetivismo racionalista con su legado, el dominio-centrismo, o consideración de la materia a partir del paradigma de la propiedad, sumado a cierto método normativista, ocultan la necesidad de su elaboración a partir de la fundamentación natural y técnica del Derecho de cosas. La cuestión se convierte en vital cuando hoy son mayoría los planes docentes donde la asignatura ha pasado a impartirse, a lo sumo, en un cuatrimestre. Una teoría general de los derechos reales donde se destaque primeramente su fundamento así como la razón de sus principios, que lo son por comunes cualquiera que sea el tipo, para seguir con los institutos que tienden a dotar de cognoscibilidad a las relaciones reales (posesión y registro), puede ayudar válidamente en este sentido. Tales serían los verdaderos elementos sustanciales para la comprensión del derecho real, más allá de la regulación específica de cada uno de sus tipos.

LA DONACIÓN DE ÓRGANOS PARA TRASPLANTE: PROCEDIMIENTO Y CONSENTIMIENTO

Agustín Romero Pareja
Doctor en Derecho
Universidad de Málaga

SUMARIO

I. ÁMBITO NORMATIVO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS PARA TRASPLANTE

II. PRESUPUESTOS LEGALES DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS PARA TRASPLANTE

III. LOS EXPEDIENTES DE PRESERVACIÓN DE ÓRGANOS Y DE AUTORIZACIÓN

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

I. ÁMBITO NORMATIVO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS PARA TRASPLANTE

La donación de órganos experimentó un gran cambio tras la publicación de la Constitución Española de 1978 (1), la cual dispone

(1) Nuestra Constitución, en su artículo 9.2, preceptúa: "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*". Y dispone el artículo 10.1 del mismo texto constitucional: "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su per-*

una constante proclamación de la libertad y la autonomía de las personas (2). Así, en la sistemática constitucional se han mantenido los derechos a la integridad física y a la libertad de conciencia, y la donación de órganos es una peculiar manifestación del derecho a la libertad y a la dignidad de la persona. Se trata de un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo, a la toma de decisiones en el ámbito privado de la voluntad (3). Estamos ante un derecho que surge como consecuencia de la autodisposición, acompañado, eso sí, por el pertinente consentimiento informado, que en nuestro sistema supone una obligación legal (4), una exigencia normativa basada en la dignidad y en la libertad de la persona; que en el adulto y capaz se decide por su propia autonomía, tras la adecuada información, y en el menor o incapaz se otorga por medio de otras personas que deben prestar su autorización, siendo la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS), la primera

sonalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

(2) Hoy en día son muchos los pacientes que gracias a un trasplante de órganos son portadores de una mejor calidad de vida o que gracias a ello aún están vivos. Por otra parte, un solo donante de órganos y tejidos puede aportar la posibilidad de varios trasplantes.

(3) Diego Gracia Guillén: "Ocho tesis sobre el consentimiento informado", en *La responsabilidad de los profesionales de las Administraciones sanitarias,* Actas del II Congreso "Derecho y Salud", organizado por la Asociación de Juristas de la Salud, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.

(4) En tal sentido, el TS declara la responsabilidad de las Administraciones Públicas por falta de consentimiento informado del paciente intervenido de cáncer prostático que sufre secuelas previsibles; pues al no ser informado hubo privación del derecho de autodeterminación del paciente, lo que le produce una lesión de naturaleza moral o espiritual a pesar del éxito de la intervención. Disponiendo los fundamentos jurídicos que en la época en la que el paciente fue intervenido existían dos alternativas posibles de tratamiento (la prostatectomía radical y la radioterapia radical) y un debido cumplimiento del consentimiento informado hubiera permitido al recurrente decidir libremente cuál de aquellos tratamientos era el que más le convenía. Se calculó la cuantía indemnizatoria en 30.000 euros en atención a las secuelas, en gran medida superadas, a la edad del paciente y al mayor éxito de curación con la intervención realizada (STS de 4 diciembre de 2009, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª).

norma de tal rango que reguló la exigencia del denominado consentimiento informado (5).

En definitiva, por ser una actividad que afecta a varias disciplinas y diversos estamentos, el ámbito legal de la donación de órganos para trasplante se desarrolla (además de en la normativa administrativa y médica, como la LGS) en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (en adelante, LETO); en el RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos (en adelante, RDDTOT); en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LBRAP) y en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Otras disposiciones normativas que deben ser tenidas en cuenta en materia de extracción y donación de órganos son el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997 (BOE de 20 de octubre de 1999), y la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y seguridad en la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos (6).

Tales normas básicas tienen su desarrollo específico, en lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la Ley del Par-

(5) José Ángel Marín Gámez: "A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado", en *Revista General de Derecho,* núms. 610 y 611 de 1995.

(6) Prescribiendo su artículo 13 que: *"Artículo 13. 1. Solamente se autorizará la obtención de células y tejidos humanos cuando se hayan cumplido todos los requisitos sobre consentimiento o autorización que sean obligatorios y estén en vigor en el Estado miembro de que se trate. 2. Los Estados miembros, con arreglo a su legislación nacional, tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que los donantes, sus allegados o las personas que faciliten la autorización en nombre de los donantes, reciban toda la información adecuada mencionada en el anexo"*.

lamento de Andalucía 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada [en adelante, LDVVA (7)]; así como en el Estatuto de Autonomía para Andalucía (8), aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; y, en materia de consentimiento informado, en la Ley del Parlamento de Andalucía 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en su redacción dada por la disposición adicional única de la LDVVA (9).

II. PRESUPUESTOS LEGALES DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS PARA TRASPLANTE

El legislador español ha optado, desde que la técnica del trasplante **de órganos** comenzó a generalizarse en la praxis médica nacional, por un sistema de libre elección del paciente sobre si sus órganos podrían o no ser aprovechados con fines terapéuticos o científicos; es el sujeto quien en definitiva toma partido por una u otra opción. A tal fin, la LETO, en su artículo 3, define algunos de los presupuestos y exigencias del trámite para la realización de la extracción y el trasplante de órganos o tejidos (10), previos al

(7) Concretamente en su artículo 3.3, que dispone: *"Artículo 3.3. En la declaración de voluntad anticipada, su autor podrá manifestar: [...] 3. Su decisión respecto de la donación de sus órganos o de alguno de ellos en concreto, en el supuesto que se produzca el fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación general en la materia".*

(8) Que en lo referente a declaraciones de voluntad sobre decisiones en materia de trasplantes de órganos dispone en su artículo 20: *"Artículo 20. 1. Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse en los términos que establezca la ley".*

(9) Especialmente, en el artículo 6.1 ñ) de la Ley del Parlamento de Andalucía 2/1998.

(10) Se llama trasplante o injerto a la operación quirúrgica por la cual se inserta en el organismo huésped un órgano o un tejido obtenido de un donador. Además de trasplante de tejidos se habla, obviamente, de trasplante de un órgano entero (riñón, corazón…). Los órganos considerados en el trasplante pueden ser de tipo periférico (un miembro, un riñón, el corazón, etc.) o bien órganos centrales o de diferenciación del individuo (cerebro, gónadas). Los tejidos que se pueden trasplantar son la médula ósea, el hueso, la córnea, las válvulas cardiacas y la sangre de cordón umbilical, del que se extraen células que permiten regenerar componentes de la sangre en los casos de leucemia, etc.

recabo de la autorización judicial. Desde el punto de vista de la infraestructura médica, la decisión de *"dar la conformidad para la extracción"* (11) ha de ser tomada por un profesional de la medicina investido de autoridad para ello, que en términos generales se denomina *responsable* (de dar la referida conformidad) o *persona en quien delegue;* siendo este profesional el que asume la responsabilidad de tomar la decisión última sobre la realización del trasplante tras suscribir el documento que ha de presentarse a la autoridad judicial para solicitar la autorización de la extracción de órganos (12). Además, la intervención ha de ser respaldada por un determinado establecimiento hospitalario, que ha de estar homologado mediante la oportuna certificación expedida por la Comunidad Autónoma en la que tenga su sede dicho centro sanitario.

Ahora bien, el tema de los trasplantes de órganos es bastante complejo y requiere que al tratarlo se le preste la importancia y el respeto que implica y exige el proceso médico que supone la realización de un trasplante, con un elevado número de personas afectadas y que implica la aceptación y el seguimiento de una serie de principios básicos, a saber:

— Autonomía de la persona en la toma de decisiones;
— Justicia y distribución equitativa; y
— Beneficencia.

— **Autonomía**. Significa el respeto a la voluntad del individuo como persona: el respeto a las decisiones que haya tomado. En los trasplantes de órganos el donante tiene que ser capaz de decidir por sí mismo y sin ninguna presión, lo que sólo es posible en las siguientes circunstancias:

— Proporcionando información detallada sobre los beneficios posibles del trasplante y los riesgos de las complicaciones (incluyendo la posible mortalidad para el donante y/o el receptor, considerando también el retrasplante por fallo del órgano o de la aceptación del mismo).

(11) Artículo 12.2.2 del RDDTOT.

(12) Por mandato del artículo 11.2.2, en relación con el artículo 10.5 b) del RDDTOT.

— Prestación del consentimiento informado por el donante: el donante con información adecuada es el único que puede decidir en un acto libre.

— Someter al donante a una evaluación psicológica, si fuera preciso.

— No se permite la coacción ni se aceptará la donación de urgencia; pues entonces no hay condiciones para decidir correctamente.

— No debe existir remuneración para las donaciones, sino que debe constituir un acto de altruismo.

— El donante potencial puede retirar su consentimiento; de esta forma, en virtud del principio de autonomía, se le permite cambiar de decisión.

— **Justicia**. Al margen de que el proceso conlleva un cumplimiento legal, interesa destacar la forma de actuación equitativa, en cuanto a la distribución de los órganos o la designación del receptor, para lo cual se necesita que la adjudicación sea con arreglo a criterios médicos de máxima efectividad del trasplante y siguiendo protocolos que sean siempre verificables y que demuestren y justifiquen objetivamente por qué se ha trasplantado un órgano a un determinado paciente y no a otro.

Respecto a la selección del **receptor de los órganos**, los dos criterios médicos fundamentales son: la necesidad médica y la probabilidad del éxito (13). No obstante, a veces hay conflictos entre la urgencia del caso y las probabilidades de éxito, destacándose que lo más importante es definir la indicación clínica del trasplante; de modo que la decisión se base en el beneficio para el paciente en términos de calidad de vida y rehabilitación, en lugar de en la simple supervivencia. Pero todas las personas necesitadas de un órgano

(13) La investigación científica en el campo de la inmunología ha mejorado las técnicas para elegir órganos con buena posibilidad de compatibilidad. Además, el donante siempre es evaluado para evitar la posibilidad de transmitir enfermedad alguna al receptor. Para ello, los especialistas realizan estudios orientados a la detección de alguna enfermedad de origen infeccioso o maligno en el donante. En el caso de un donante vivo, es preciso evaluar su estado de salud, los riesgos ante una intervención mayor y su sistema inmune para valorar las probabilidades de aceptación del injerto en el receptor, pues el equipo de profesionales ha de cuidar la vida tanto del donante como la del receptor.

tienen el derecho a acceder a un trasplante, por lo que los servicios de salud capacitados para intervenir y ofrecer garantías en los casos de donaciones y trasplantes deben procurar que todos y cada uno de los pacientes sean respetados en su dignidad personal y tengan las mismas posibilidades de ser trasplantados, dado el caso.

— **Beneficencia**. Principio último y finalidad a conseguir con el proceso del trasplante. El beneficio va implícito en la acción, pues para ello se procede a tal intervención. El beneficiario, en este caso la persona a la que se le va a trasplantar el órgano o tejido extraído, también debe ser informado de los beneficios que puede obtener con el trasplante y de los inconvenientes que pudieran surgir, todo ello documentado con el consentimiento informado, documento que se firmará tras una explicación completa, detallada y comprensible del proceso al que va a ser sometido (así como de otras alternativas, si las hay), con la particularidad de que podrá renunciar a lo firmado en cualquier momento, cerrando así el proceso y respetando los criterios de autonomía de las personas en la toma de decisiones.

Además de ello, en caso de donación *post mortem*, el protocolo de actuación exige la constancia de ciertos documentos en la **solicitud de la extracción** de órganos, en concreto:

— El certificado de defunción, con expresión de si se emite en situación de muerte cerebral (asistolia) o por parada cardiorrespiratoria (PCR).

— Descripción de lo que se denomina *circunstancias personales y de ingreso en el hospital,* referentes a los antecedentes recabados sobre el posible origen o causa del fallecimiento.

— Datos adyacentes de interés para la causa, no solamente de naturaleza médica (manifestaciones que pudiera haber realizado el paciente antes de morir, incidencias en relación con parientes y familiares, efectos personales o documentos hallados en poder del fallecido...).

— La *hoja acreditativa,* como certificación del profesional responsable de dar la conformidad a la extracción de que el médico o médicos que firman el certificado de defunción son distintos al que va a realizar la extracción de órganos y/o el trasplante.

No parece preceptiva la acreditación de la voluntad donadora del paciente, como sí se recoge en el parágrafo 6, apartado a), del artículo 10 del RDDTOT. Pero ello no es obstáculo para su debida constancia en la solicitud, tal y como actualmente se está haciendo en la práctica, formando parte de los formularios empleados en los protocolos de actuación; pues, o debe darse por sobrentendido que existe voluntad de donar determinados órganos, por ser la primera e ineludible exigencia para que el proceso de extracción se inicie, o bien puede deducirse dicha voluntad donadora de las circunstancias personales del fallecido o de los mencionados datos adyacentes (manifestaciones, documentos privados, etc.) que han de formar parte de la documentación presentada en la solicitud.

Pues bien, toda esta información y documentación ha de ser facilitada al juez de Instrucción para que previo su examen pueda dictar la resolución procedente sobre si autoriza, y en qué términos, o deniega la realización de la extracción solicitada para el posterior trasplante. La ausencia de tal documentación o la incorrección o insuficiente información en alguno de tales elementos puede llevar al juez a exigir su perfección o aclaración en aquellos puntos en los que se detecte la falta, pudiendo emplear para ello los cauces de comunicación inmediata que estime oportunos, así: pedir la acreditación del nombramiento del médico responsable o su sustituto; solicitar una mayor aclaración de las circunstancias del óbito del donante o reclamar la aportación de cualquier documento (14). Pero

(14) En primer lugar, debe recabar el dictamen del médico forense (generalmente asignado por el Instituto de Medicina Legal para la prestación del servicio de guardia), quien primero deberá comprobar la realidad del fallecimiento del donante, contrastando los signos de muerte que aprecie con los criterios de certificación establecidos en la norma reglamentaria, pues solamente a él corresponde, como causa judicial, la certificación oficial del fallecimiento. El dictamen forense habrá de contener la constatación del fallecimiento, con anticipo de su posible causa, y la expresión de su opinión sobre la repercusión que habrá de tener la realización de la extracción de órganos en su labor investigadora sobre la determinación de la causa o causas de la muerte, con expresión del riesgo de posible obstaculización y medidas o prevenciones que en su caso pudieran solventarlo. Con esta documentación el juez cuenta ya con la información suficiente para poder resolver sobre si debe o no recabarse la autorización judicial, es decir, si a su juicio se trata o no de una extracción requerida de la previa autorización judicial y, seguidamente, sobre si la misma puede o no obstaculizar la labor

la labor del juez en este punto no es de fiscalización o control de las decisiones adoptadas, sino de simple comprobación del cumplimiento de las exigencias del trámite en el curso del cual se recaba su autorización. Verificada la regularidad formal del expediente, y facilitada la información precisa para que el juez pueda dictar su resolución, finaliza la posibilidad de control judicial sobre el trámite seguido hasta el momento de la presentación de la solicitud. El control posterior no podrá ir más allá de la verificación de la extracción e incidencias relacionadas con la causa, a los efectos de su debida constancia en el expediente judicial; pues el juez de Instrucción no interviene para nada en la fase posterior de emisión del documento/certificación descrito en el artículo 10.6 del RDDTOT (15), ni en las incidencias que pudieran surgir con posterioridad al trasplante.

Pero el hecho de que en determinadas circunstancias intervenga una autoridad judicial en la culminación del proceso de extracción de órganos de persona fallecida no convierte al juez competente en órgano decisor sobre lo que no deja de ser un acto médico participado de la previa declaración de voluntad del donante. La realización de un trasplante de órganos es una actuación médica que parte del previo consentimiento del paciente (16). En efecto, la autorización

---

de indagación de la causa de la muerte, teniendo para ello igualmente en cuenta la garantía de la salvaguardia del derecho de las partes a la igualdad en el proceso y al no cercenamiento de los medios de prueba de los que pudieran valerse. Pero, además, ha de tener un campo abierto de decisión en materia de control, no solamente formal, del recabo del consentimiento expreso o presunto (entendido como no oposición) del donante fallecido a la práctica de la extracción. El juez de Instrucción es garante último del respeto a los derechos fundamentales de la persona fallecida y nada debe impedir en este contexto de tutela judicial garantizar, incluso de oficio, el debido recabo o averiguación de la libre decisión del donante fallecido, mediante la exigencia de un mayor nivel de indagación, incluso por propia iniciativa, o el contraste de voluntades, cuando por ejemplo constara la oposición de algún pariente o allegado, resolviendo en función de tal indagación.

(15) El artículo 10.6 del RDDTOT se refiere a los requisitos exigidos al responsable médico competente para la expedición del documento que certifica (o habilita para) la materialización de la extracción.

(16) El juez competente no participa en momento alguno en la prestación del consentimiento por parte del donante; ni siquiera cuando pudiera ser necesaria, bien por la minoría de edad del paciente, bien por razón de su discapacidad; para ello se establecen reglas tasadas que dan respuesta a

judicial, en aquellos supuestos en los que procede, no es realmente sino una resolución judicial en la que, tras ponderar el riesgo de obstrucción a la investigación judicial por razón del proceso médico de extracción de órganos, el juez adopta la decisión procedente, expresando en resolución motivada si esa interferencia en el proceso investigador, dado el caso, supone o no un obstáculo a la materialización de la extracción (17).

Superadas tales exigencias es cuando, siendo preceptiva la autorización judicial, se supedita la decisión final sobre la práctica de la extracción a tal resolución. Buena prueba de ello es la estructuración que hace el artículo 10.6 del RDDTOT de los requisitos exigidos al responsable médico competente para la expedición del documento que se configura como título hábil para la materialización de la extracción; la autorización es una exigencia más, adicional, de entre los presupuestos y requisitos que se especifican a lo largo de los siete apartados del precepto, que se corresponden con otras tantas exigencias formales de constatación o certificación.

La decisión judicial no alcanza, realmente, más allá del horizonte de la no obstaculización de las posibles diligencias judiciales (18). En

---

la forma en la que se debe realizar tal manifestación de voluntad por parte del donante, para la comprobación oficial de su existencia y para la eficacia jurídica que ha de darse a la voluntad expresa o presunta que se haya podido recabar. La decisión judicial no se exige como última solución ante la imposibilidad de obtener un consentimiento directo del donante o del representante de éste, como sí se nos plantea en supuestos de agotamiento de las vías del llamado *consentimiento por representación,* de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1 ñ) 3 de la Ley del Parlamento de Andalucía 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

(17) La autorización judicial se configura, por tanto, como un presupuesto adicional para la práctica de una extracción de órganos de persona fallecida. La extracción, con o sin intervención judicial, parte de una disciplina común, que se resume esencialmente en las exigencias de la constatación de la existencia del previo consentimiento del fallecido [arts. 5.º 2 y 3 de la LETO, y 10.1 a) del RDDTOT]; la indagación oficial de la existencia de tal consentimiento [art. 10.1 b) del RDDTOT] y la determinación, por criterios científicos tasados, del hecho mismo del fallecimiento del donante, tanto por razón de la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias y/o encefálicas (art. 10.2.2.3 del RDDTOT).

(18) Tal y como expresamente lo manifiesta el artículo 10.5 del RDDTOT, matizando la desfasada voz *sumario* empleada en el artículo 5.3 de la LETO. Y ese resultado de la instrucción se concreta aún más en esta

ningún momento ha pretendido el legislador establecer un conflicto de intereses entre la vida o vidas que se pueden salvar o medrar con el trasplante de órganos y el fin público de la investigación judicial [en su caso, del delito y la posible inculpación del delincuente (19)]. En base a ello, el aprovechamiento de la generosidad donadora de las personas exige un procedimiento ágil para facilitar la extracción, incluido el recabo del consentimiento. Pero la potestad jurisdiccional no alcanza a la interpretación sobre la existencia o no de un consentimiento expreso o presunto, en los términos referidos en la propia ley respecto a la constatación de la no oposición del posible donante a la extracción de todos o parte de sus órganos. El juez ante quien se presenta la solicitud de autorización no puede entrar a examinar si a su juicio existía o no una tal oposición expresa a la realización de la extracción; ésta es una cuestión cuya decisión no le compete, no pudiendo ir más allá de la realización de un control

última norma, cuando se habla de: *"... por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte".*

(19) El cuerpo del donante y, en particular, los órganos susceptibles de extracción son considerados a los efectos de la posible instrucción judicial dentro de los términos a los que se refieren los artículos 335 y 340 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y solamente cuando el proceso de extracción de órganos puede garantizar que el cadáver como objeto de investigación no se ve afectado, que puede determinarse la causa de la muerte (siempre en el contexto de un procedimiento judicial justo, sometido a plenas garantías procesales, y entre ellas a los principios de defensa y contradicción), podrá darse por la autoridad judicial competente su *placet, nihil obstat.* Es, por tanto, la autorización judicial una decisión esencialmente procesal, dictada en el contexto de un proceso ya existente o que podrá iniciarse de forma inminente. A tal efecto, podrá existir una causa abierta, o no haber llegado a conocimiento de la autoridad judicial la *notitia criminis;* incluso podrá haber un obstáculo procesal para el inicio de la investigación judicial, cual sucedería respecto de las muertes por simple imprudencia (faltas), en las que, hasta que se dé cumplimiento al presupuesto de perseguibilidad de la previa denuncia de la persona legitimada, la actuación judicial no puede ir más allá de la simple *prevención* (art. 639.2 del Código Penal). En cualquier caso, la decisión del juez se circunscribe siempre al debido esclarecimiento de los hechos. Y en esta labor de decisión ha de tener especialmente en cuenta el órgano judicial la garantía de los derechos procesales de las partes, incluida sin duda la posibilidad de que por las partes se puedan instar nuevos medios de prueba, que resultando procesalmente pertinentes puedan confirmar, hacer variar o desvirtuar las conclusiones a las que se pudiera haber llegado inicialmente.

externo: la comprobación, mediante su examen, de que en el expediente para la extracción se han realizado las actuaciones tendentes a la comprobación de la prestación del consentimiento por parte del donante (20).

Puede el juez competente, por consiguiente, para garantizar las resultas del proceso judicial, limitar la extracción a determinados órganos [tal y como el propio donante puede hacer por su propia voluntad (21)] o imponer concretas condiciones o limitaciones a la práctica de la extracción; pero siempre en el contexto de las necesidades de una concreta investigación judicial; mas no podrá el órgano judicial adentrarse en analizar las razones por las que pudiera considerarse ética, deontológica o moralmente plausible la decisión médica sobre el hecho mismo de la extracción y su finalidad terapéutica o científica.

III. LOS EXPEDIENTES DE PRESERVACIÓN DE ÓRGANOS Y DE AUTORIZACIÓN

Presentada la solicitud, el **expediente de preservación de órganos** para trasplante se inicia salvo que se constate la existencia de una oposición del donante fallecido a la práctica de la extracción de órganos. En tal sentido, la solicitud presentada tiene por objeto obtener la autorización para tal preservación, a partir de la cual co-

(20) En los términos reflejados en el artículo 10.1 b) del RDDTOT: *"Artículo 10.1 b): Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue, según lo especificado en el artículo 11.3, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes: 1.º Información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica. 2.º Examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo. Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria".*

(21) Artículo 10.1 a) del RDDTOT.

mienza el trámite para la posible realización de la extracción (22). Ese es el sentido que debe darse al ap. 3.2 c) del Anexo I del RDDTOT, cuando refiere que obtenida la autorización judicial se podrá proceder a la extracción de órganos; pues en caso de no haber respuesta facilitadora de las operaciones de preservación de órganos no habría autorización judicial, sino simple aquiescencia presunta; y precisamente en tales supuestos podría darse con facilidad la posterior denegación de la extracción por parte del órgano judicial competente (23).

La premura del tiempo obliga a que la actuación judicial lo sea prácticamente por medio de diligencias de constancia, se reciba o no la petición de forma verbal (llamada telefónica, por ejemplo), documentada (vía buro-fax,…) o de forma telemática (correo electrónico, etc.). Evidentemente, el plazo de quince minutos impuesto en el anexo I del RDDTOT solamente comenzará a contar desde el momento en el que haya constancia de que la solicitud ha llegado a conocimiento de la autoridad judicial que ha de tomar la decisión.

Recibida la solicitud, descrita en el RDDTOT como (24): *"comunicación al juzgado de instrucción sobre la existencia de un potencial donante",* con las aclaraciones e información que fueran precisas (25), incluso a petición de la autoridad judicial o por mediación

(22) Una vez que se ha certificado el fallecimiento del donante, si de forma artificial se mantiene la oxigenación de los órganos, éstos pueden seguir funcionando al ser trasplantados. Es, por tanto, muy importante que se mantenga al donante en unas condiciones que sólo pueden asegurarse en unidades especializadas.

(23) La falta de respuesta judicial es interpretada por el RDDTOT como una conformidad presunta, un asentimiento tácito, respaldada por la cautela de la previa extracción de líquidos biológicos [sangre, y de ser posible orina y jugos gástricos, anexo I, ap. 3.2 b)] y el establecimiento de protocolos de cadena de custodia a disposición de la autoridad judicial competente. Sin embargo, el juez, sin duda apoyado en el informe médico forense, puede establecer indicaciones o limitaciones positivas; las cuales, ante el silencio de la norma, pueden suponer desde la restricción de actuación respecto de determinados órganos, a la exigencia de obtención de determinadas muestras o imposición de concretas pautas de actuación.

(24) Anexo I, ap. 3.2 a) del RDDTOT.

(25) La norma en este punto no establece formulismo alguno para encauzar la solicitud; solamente se disponen actuaciones materiales que dan comienzo incluso antes de la puesta en conocimiento de la autoridad judicial, en concreto el mantenimiento del flujo sanguíneo a los órganos.

del personal sanitario, el juez recabará el dictamen del médico forense (26); dictamen que habrá de referirse a las posibilidades de obstaculización del resultado de las diligencias judiciales. Recibido éste, el juez dictará la resolución que estime oportuna, que deberá transmitirse inmediatamente, incluso por vía oral, a la autoridad médica solicitante. Así, la formalidad de la resolución podrá ser inicialmente verbal, dejando constancia en el expediente judicial, sin perjuicio de su ulterior transcripción a documento escrito.

En efecto, la posibilidad técnica de la extracción para el trasplante de órganos viables de donante con cese cardiorrespiratorio requiere la aplicación inmediata de técnicas de preservación de los órganos susceptibles de extracción (27); técnicas que podrían suponer la al-

(26) Aunque la norma analizada no lo recoge expresamente, el párrafo que encabeza el parágrafo quinto del artículo 10 del RDDTOT establece reglas comunes a ambos procesos de preservación y extracción, entre las que se encuentran la previa autorización judicial, el criterio para la concesión o denegación de la autorización y el preceptivo dictamen del médico forense.

(27) El RDDTOT instaura el reconocimiento jurídico de las técnicas de comprobación científica del fallecimiento del eventual donante por cese efectivo de las funciones cardiorrespiratorias (asistolia), así como el aprovechamiento de la capacidad técnica de conservación de los órganos del donante así fallecido a los efectos de una posible ulterior extracción para su donación. La LETO, anclada en el ya clásico concepto de la muerte cerebral (el cese irreversible de las funciones encefálicas), no establecía previsión alguna respecto de la ampliación de las posibilidades de extracción de órganos, lo que hacía precisa una reforma de la materia, tal como se proclamaba tanto a nivel internacional (Conferencia sobre donantes en asistolia de *Maastrich,* de marzo de 1995), como nacional (Documento de Consenso Español sobre donación de órganos en asistolia, de 27 de noviembre de 1995). El Reglamento no hace sino establecer una interpretación extensiva de la Ley, que en su artículo 5.º 1 no cerraba la puerta a otras posibilidades de certificación de la causa de la muerte, en tanto en cuanto la constatación de la llamada muerte cerebral no era sino una posibilidad concreta del criterio de comprobación del hecho del fallecimiento del posible donante requerida para su certificación médica, estableciéndose a tal efecto una concreta mención en la Disposición Adicional Primera, apartado b), al necesario desarrollo reglamentario del procedimiento y comprobaciones para el diagnóstico de la muerte cerebral. La extracción de órganos de donante en situación de asistolia era una opción médicamente inviable en el umbral de la década de los ochenta del pasado siglo, aunque el legislador tuvo gran acierto al redactar su artículo 5.º 1 empleando la fórmula abierta de la simple comprobación del fallecimiento.

teración del cuerpo de la persona fallecida, de suerte que pudiese interferir en la labor judicial de determinación de la causa del óbito cuando se tratara de uno de los supuestos de judicialización del expediente de extracción a que se refiriere el artículo 5.º 3 de la LETO. Resultaba por ello imprescindible la adaptación de las necesidades de actuación inmediata a la preceptiva intervención de la autoridad judicial en interés del debido esclarecimiento de los hechos que llevaron al fallecimiento del donante.

La respuesta normativa a tal dilema se encontró en el establecimiento de un procedimiento acelerado de consulta a la autoridad judicial, con intervención del dictamen del médico forense, y decisión expresa o presunta en un plazo máximo de quince minutos; cuyo objeto no es otro que el de recabar la autorización del juez para el inicio de las técnicas de preservación (28), permitiéndosele imponer *"... cualquier limitación o indicación positiva para su práctica".* Realmente se está ya adelantando la ulterior autorización para la extracción, toda vez que, aunque el RDDTOT no lo exprese con claridad, resulta evidente que la autoridad judicial puede mostrar su oposición a la realización de la extracción de órganos en ese mismo momento. Sin embargo, el previo asentimiento judicial no exime del recabo de la autorización, una vez que por la autoridad médica correspondiente se hayan dado los demás pasos exigidos para llevar a efecto la extracción de órganos (29).

En cuanto al **expediente de autorización**, difiere estructuralmente en poco respecto del expediente de preservación. Se inicia con una solicitud formalizada que requiere el dictamen del médico forense, y tiene por finalidad concreta recabar del juez una decisión sobre si la práctica de la extracción de órganos puede o no obstaculizar el resultado de la instrucción judicial. La decisión judicial puede ser, por tanto, contraria a la práctica de la extracción (por lo que la misma decaería) o favorable. En sus aspectos básicos el procedimiento se limita a las fases de recepción de la comentada documentación, descrita en el apartado b) del artículo 10.5 del RDDTOT (30); es decir:

(28) Desarrollado en los tres párrafos del artículo 10.5 a) del RDDTOT.

(29) Tan es así que en el apartado 3.2 del RDDTOT se habla no de *donante,* sino de *"la existencia de un potencial donante".*

(30) El procedimiento se complica, sin embargo, cuando la muerte se produce iniciado éste o cuando hay partes personadas. Tanto el Ministerio

— La solicitud acompañada del correspondiente certificado de defunción.

— El informe médico explicativo de las circunstancias personales y de ingreso en el hospital.

— La *hoja acreditativa "... firmada por el responsable a quien corresponda dar la conformidad para la extracción, de que el médico o médicos que firman el certificado de defunción son distintos al que va a realizar la extracción de órganos y/o el trasplante".*

— El dictamen preceptivo del médico forense sobre la implicación que pudiera tener en la determinación de la causa de la muerte la realización de la extracción de órganos cuya autorización se insta; y

— La resolución judicial.

En resumen, el recabo del consentimiento para la extracción de órganos se establece como un simple acto médico en el que la intervención del juez se configura como garantía de la debida prestación del consentimiento a la extracción, cuando hablamos de donante vivo (31); y en el contexto de la relación existente entre el donante y una causa judicial abierta o de inminente incoación, cuando se trata de donante fallecido (32). Pero la específica regulación jurídica

---

Fiscal como las partes personadas poseen un incuestionable interés legítimo en que la extracción de órganos no obstaculice el acceso a la determinación de la causa concreta del fallecimiento y de cuantas posibles interacciones de concausas pudieran haber interferido o participado en el hecho luctuoso; no podría negárseles de plano que pudieran manifestarse sobre la procedencia o improcedencia de conceder la autorización judicial. En resumen, la aportación de las partes a la decisión judicial no puede negarse siempre y en todo caso; pero la necesidad de una respuesta inmediata por parte de la autoridad judicial a la demanda de autorización judicial para la extracción de órganos hará prácticamente inviable el recabo de la opinión de las partes previo a la decisión que se adopte por el juez de Instrucción competente. Establecer plazos perentorios, casi de minutos, para que las partes expresen su opinión podría adolecer de excesivo formalismo; pues impediría a las partes recabar la información técnica necesaria para dar una opinión cuyo fundamento más que jurídico sería esencialmente científico.

(31) Artículo 9.4 del RDDTOT.

(32) Artículo 5.3 de la LETO: *"Artículo 5.º—Uno. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte. Cuando dicha comprobación se base en la irreversibilidad de las lesiones cerebrales y por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que debe-*

sobre la autorización judicial de trasplantes de órganos del precepto legal antes aludido, así como su desarrollo reglamentario en el artículo 10.5 del RDDTOT (33), deja numerosas dudas y lagunas que deben ser integradas, bien por un detenido análisis de su contenido normativo, bien por la aplicación supletoria de las leyes procesales (34).

En cuanto a la necesidad de autorización judicial para la **donación de órganos por un menor o incapaz**, el Tribunal Constitucional establece que "la intervención judicial" es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás, exigiendo los siguientes requisitos:

1. Solicitud por parte de quienes ostenten la representación legal de la persona menor o incapaz ante el juez de su domicilio.
2. Proceso judicial sobre la persona del incapaz o menor.
3. Informe de los especialistas.
4. Oír al menor, en su caso.
5. Intervención del Ministerio Fiscal.

---

rán figurar un Neurólogo o Neurocirujano o el Jefe del Servicio de la Unidad médica correspondiente, o su sustituto; ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano o a efectuar el trasplante. — Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. — Tres. Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculice la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte."

(33) El citado reglamento sustituye, derogándolo (en la disposición derogatoria única), al RD 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrollaba la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

(34) En concreto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su desarrollo orgánico-procesal en materia de prestación del servicio de guardia (Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, el llamado RAAAJ).

Todo ello constatando que el donante o representante, si procede, es plenamente consciente de los riesgos que implica la intervención y que tiene plena capacidad para entender sobre lo actuado; manifestando, con pleno entendimiento y de forma libre y consciente, el deseo de donar los órganos para su trasplante.

No obstante, conforme a los artículos 4 de la LETO (35) y 9 del RDDTOT (36), para que pueda realizarse la extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante es preciso que el donante sea mayor de edad, goce de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado. Aun así, dado el caso, el artículo 271 CC no establece la necesidad de que el tutor precise de autorización judicial para consentir una donación de órganos. Y la LGS, en su artículo 10, permite que el tutor preste el consentimiento a la intervención quirúrgica o, en su caso, corresponderá prestar tal consentimiento a las personas allegadas al incapacitado (37). No obstante ello, no puede estimarse que para el supuesto de donación

(35) La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en su artículo cuarto, establece: *"La obtención de órganos procedentes de un donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: — Que el donante sea mayor de edad. — Que el donante goce de plena facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se refería a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor. — Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo... A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente...".*

(36) El RDDTOT, en su artículo 9, establece las condiciones y requisitos para el donante vivo de órganos: "*1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos: a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado*".

(37) José Ángel Marín Gámez: "A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado", en *Revista General de Derecho,* núms. 610 y 611 de 1995.

de órganos baste el consentimiento del tutor, considerando que, por analogía a los supuestos de esterilización del menor, deberá ser autorizada por el juez, supliendo la falta de capacidad del mismo. Es necesario, por tanto, acudir al proceso judicial, recabar el informe de especialistas y oír, en su caso, al menor, con la intervención del MF. Siendo ello así en el caso de una madre que, en representación de su hija, solicitó autorización judicial para la donación por la menor de parte de su hígado (38); y dichos requisitos se cumplen constatando que la menor (o su representante) es plenamente consciente de los riesgos que implica la intervención y que tiene capacidad para entender sobre lo actuado; manifestando, con pleno entendimiento y de forma libre y consciente (consentimiento informado), su deseo de donar algún órgano.

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

La medicina moderna ha ido perfilando el principio de la autonomía del paciente, entendido como la implicación de éste en la toma de decisiones que afectan a su salud, incluso en situaciones de riesgo vital. De la aplicación de este principio ha surgido el consentimiento informado, teniendo como fundamento esencial el respeto a la libre decisión del paciente y a su dignidad como persona bajo la obligación deontológica del profesional de la medicina de hacerle partícipe de las decisiones que han de tomarse en la diagnosis y el tratamiento de su enfermedad.

Desde el punto de vista médico, Simón Lorda (39) ha definido el consentimiento informado como: *"la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como el balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procesos diagnósticos y terapéuticos recomendados, con el fin de solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos".* Incidiendo en el plano de la posición del paciente

(38) Véase el auto de 18 octubre de 2007 del JPI, núm. 17 de Sevilla.

(39) Simón Lorda, Pablo: *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica,* Triacastela, Madrid, 2000.

frente al acto clínico de su tratamiento, podemos definir el consentimiento informado como *"el derecho de todo paciente capaz a ser informado sobre los extremos relevantes de su situación médica y sobre los tratamientos posibles, con el fin de que pueda decidir de forma autónoma sobre la manera en la que ha de ser tratado médicamente"* (40). La LBRAP, siguiendo el ejemplo de la legislación precedente en el tiempo (41), establece en su artículo 3 la siguiente definición del consentimiento informado: *"La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud".*

2. TIPOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Para un mejor tratamiento del tema que planteamos empezaremos exponiendo los tipos de donantes; así, la donación de órganos o tejidos puede ser efectuada por un donante vivo (42) o por un donante fallecido. En el primer caso, el donante vivo puede donar:

(40) REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria,* CGPJ, CD's de Cuadernos del Derecho Judicial, edición 2006.

(41) La Ley Gallega 3/2001, de 28 de mayo, de regulación del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, define tal consentimiento en su artículo 3.1 en los siguientes términos: *"La conformidad expresada por el paciente, manifestada por escrito y tras la obtención de una información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y comporte riesgos importantes, notorios o considerables".*

(42) El **donante vivo** puede ser "donante vivo relacionado", que se refiere al donante vivo que tenga una relación familiar con el paciente (por ejemplo: padre, hijo, hermano, etc.); o bien "donante vivo no relacionado", en el que no existe relación familiar, pero sí puede haberla de afecto con el receptor, como es el caso de algún amigo o conviviente del donante, que también puede ser anónimo. En estos casos son importantísimas las medidas que han de tomarse respecto al cuidado de la vida y la salud, no sólo de la persona que recibirá el o los órganos, sino de valorar física y médicamente la posibilidad de efectuar la extracción del órgano sin que ello afecte a la salud del donante, dado el caso.

tejidos regenerables (43) (como médula ósea o sangre); órganos no considerados imprescindibles (como el riñón o un segmento lateral hepático); o un órgano doble sin el cual se puede llevar una vida normal (44). La donación puede ser de órganos y tejidos en sentido amplio para el caso de trasplante con donante fallecido, pero se debe establecer de forma clara y precisa la causa de la muerte, realizar una revisión completa de la historia clínica del donante y valorar las contraindicaciones. Además, se le debe mantener con oxigenación adecuada y llevar a cabo las determinaciones analíticas y las pruebas complementarias pre-extracción; pues el óbito puede sobrevenir por parada cardiorrespiratoria (PCR), definida como el cese irrecuperable de todas las funciones cardiocirculatorias del individuo (45), o bien

(43) En general, puede ser donante de tejidos toda aquella persona que no padezca enfermedades infecciosas, cáncer ni SIDA.

(44) La donación de partes regenerables del cuerpo a otros individuos es un hecho habitual desde hace años (por ejemplo, las donaciones de sangre y, más recientemente, la de médula ósea) y no plantea demasiados problemas. Sin embargo, cuando se trata de órganos cuya extracción tiene ciertos riesgos la valoración es diferente. Es obvio, por lo demás, que los únicos órganos aceptables de un donante vivo son: en caso de órganos pares, uno de los dos; en caso de un órgano impar regenerable, se puede donar parte de éste; en el caso de un órgano no regenerable, se puede donar si su función no se ve gravemente afectada. Por ejemplo, el hígado (los llamados trasplantes hepáticos) es un órgano impar regenerable, la calidad de vida no se menoscaba por la pérdida de una parte de hígado y actualmente existen equipos especializados en cirugía hepática que reducen al mínimo los riesgos de estas intervenciones. Los primeros trasplantes hepáticos con donante vivo se realizaron en Brasil y Australia y posteriormente en Estados Unidos y Japón. Por lo demás, este trasplante va dirigido generalmente a niños, pues la masa trasplantable requerida es pequeña.

(45) La interrupción de dichas funciones conlleva una pérdida absoluta de la capacidad respiratoria y cardiocirculatoria, por lo que son mantenidas de una forma automática y artificial. Con el objeto del mantenimiento del donante se deben conservar los sistemas generales del organismo y las funciones específicas de los órganos trasplantables. Como a la muerte cerebral sigue inevitablemente la muerte del resto del organismo en un corto plazo de tiempo, en el transcurso del cual se van deteriorando progresivamente todos los órganos, salvo que se inicien medidas de mantenimiento y preservación de los mismos inmediatas al diagnóstico de muerte cerebral, se debe llevar un minucioso seguimiento de las constantes vitales para evitar las complicaciones propias de la muerte cerebral, como son: pérdida de la respiración espontánea, pérdida del control hemodinámico, alteraciones en

por la muerte cerebral (46), definida como el cese irreversible de todas las funciones del tronco y de los hemisferios cerebrales (47).

En cuanto a las condiciones para aceptar la donación entre personas vivas podríamos relacionar las siguientes:

— Cuando sea la única alternativa: si la donación de fallecidos garantiza o prevé un tiempo de espera razonable no debe recurrirse al donante vivo.

— Ponderación adecuada riesgo-beneficio: en los trasplantes renales o hepáticos esto puede ser muy claro; pero, por ejemplo, en el caso de los pulmonares, habría que ser muy crítico por los riesgos que sufre el donante.

— Ofrecer las mejores condiciones técnicas y los equipos quirúrgicos más especializados en estas intervenciones.

Por lo demás, cabe distinguir el tipo de consentimiento, según sea prestado éste por persona capaz o incapaz. Así, la **prestación del consentimiento por persona capaz**, consciente y libre de tomar sus propias decisiones, como máximo exponente de la autonomía de la voluntad, ha tenido su manifestación en el artículo 8 de la LBRAP. Pero del respeto a la voluntad del paciente incapaz surge la necesidad de dar una respuesta a su decisión a través de lo que ha venido a denominarse **consentimiento por representación***;* institución sobre la que surgen distintas teorías con el denominador común de la búsqueda de la voluntad presunta o tácita del incapaz, con más o menos intervención del denominado principio

---

la temperatura corporal, trastornos hidroelectrolíticos y de la coagulación; situaciones que podrían menguar la posibilidad y viabilidad de la donación.

(46) Las personas que fallecen de muerte encefálica y no tienen contraindicaciones pueden ser donantes de córnea, de órganos y tejidos.

(47) Ya que la viabilidad futura de los órganos y tejidos va a depender en gran medida de la situación en la que se produzca el óbito, podemos realizar la siguiente clasificación: 1. Donante por muerte cerebral, podrá donar los siguientes órganos: riñones, corazón, pulmones y páncreas; y los siguientes tejidos: córneas, piel, huesos, ligamentos, tendones, válvulas cardiacas y tímpano; 2. Donantes fallecidos en parada cardiorrespiratoria, deberán ser valorados como donantes de tejidos y, en caso de que se encuentren en isquemia caliente (fallecimiento muy reciente), podrán ser valorados como donantes renales.

de evitación del riesgo. Y siguiendo en este punto la propuesta de Barrio Cantalejo y Simón Lorda (48), tres son los criterios que se han manejado a la hora de determinar la consumación o perfección del **consentimiento otorgado por persona incapaz**:

A) El *criterio subjetivo*. En virtud del cual se trata de poner en práctica las instrucciones dadas por el paciente en un momento en el que gozaba de sus facultades de comprensión, entendimiento y decisión, para el supuesto de que tuviera lugar la contingencia a la que se enfrenta en situación de incapacidad. Tiene, sin embargo, por limitación, no solamente la prueba de la expresión de tal voluntad, sino la difícil coincidencia fáctica entre lo manifestado en su día por el donante para una determinada situación o contingencia y la realidad médica a la que se enfrenta.

B) El *criterio del juicio sustitutivo*. Que parte del principio de que la persona designada para tomar la decisión, el representante, habrá de ajustar su decisión a la que habría adoptado el paciente (su voluntad presunta o tácita de donar sus órganos o no donarlos) en el supuesto de que en ese momento el sustituido fuera persona capaz (49). No obstante, la capacidad de prestación del consentimiento por representación decae en el supuesto de riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo incapaz, supuesto en el que la decisión pasa al médico responsable, tras recabar la opinión o consulta del representante (50). En definitiva, el otorga-

(48) Barrio Cantalejo, Inés María, y Simón Lorda, Pablo: "Criterios éticos de las decisiones sanitarias al final de la vida de personas incapaces", *Revista Española de Salud Pública,* núm. 4, Madrid, julio-agosto de 2006.

(49) Evidentemente, tal juicio sustitutivo cuenta con claras limitaciones; puesto que, en primer lugar, solamente es predicable de quien hubiera podido tomar tal decisión en un momento determinado, aportando una información suficiente (tanto a nivel de valores éticos y morales como de respuesta ante contingencias similares a las que se enfrenta el paciente) que permita al representante una reconstrucción de la presunta voluntad del sustituido ante la situación que se presenta; y, en segundo lugar, existe un grave riesgo de superposición de los valores y sentimientos propios del representante sobre los del paciente al que representa, o de interpretación de la posible voluntad del representado a la luz de los criterios de valoración del representante (lo que significaría una superposición de personas, no una sustitución).

(50) Según el artículo 9.2 b) de la LBRAP.

miento por representación tiene por principal actor al representante legal del paciente. Pero, a falta de representante legal, la potestad para otorgar el consentimiento por representación se confiere a determinadas personas según criterios de preferencia regidos, más que por un sistema de prelación o grado, por un auténtico "principio de afectividad": la vinculación por razón familiar o de afecto y convivencia de hecho con el paciente. La norma parece prácticamente dejar a criterio médico la elección del *interlocutor válido* de entre uno de los parientes o allegados del paciente incapaz (51).

C) El *criterio del mayor beneficio* o *del mejor interés.* Este criterio parte precisamente de las limitaciones de los dos anteriores criterios; es decir, de la posible inexistencia de una voluntad inequívoca anticipada por el paciente o de la imposibilidad de establecer un criterio volitivo por sustitución; situación en la que entraría en juego la búsqueda del mayor interés o beneficio para el paciente, entendida no ya como la preponderancia de la vida a ultranza, sino como la búsqueda de la calidad de vida o el bienestar del paciente. El mantenimiento de la vida del paciente (su sometimiento a tratamientos de éxito o el beneficio obtenido tras los mismos) puede contraponerse a valores de similar entidad, tal como el derecho a una vida digna; surge por ello la necesidad de establecer criterios de decisión, habiendo en la actualidad una cierta preponderancia por el denominado método o modelo de la *evolución psicosocial*, que parte del establecimiento de tres estándares de calidad de vida, en función de los cuales se define el criterio del mejor interés o el mayor beneficio para el paciente incapaz, según se acerque a uno de los tres niveles de calidad de vida preestablecidos (según edad, tratamiento, etc.).

La opción tomada por el legislador español en los artículos 8 y 9 de la LBRAP trata de introducir el esquema propuesto por el Convenio Europeo (52), del que se extrae la preponderancia del principio

(51) En la legislación andaluza, salvo para el supuesto de urgencia, la inexistencia de parientes, allegados o representantes se suple por la decisión de la autoridad judicial, según dispone el artículo 6.1 ñ) 3 de la Ley de Salud de Andalucía.

(52) Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de

del beneficio directo, entendido como la evitación de cualquier riesgo grave para la salud del sujeto pasivo, aunque con reconocimiento del respeto a *los deseos expresados por él* (art. 9 del Convenio). Se parte de la existencia de una decisión del paciente facilitada a lo largo del proceso sanitario (53); y, a falta de ésta, se acude al criterio del beneficio del paciente, aunque sometido a tres principios o directrices:

— La adecuación de la decisión a las circunstancias del caso presentado.
— La proporcionalidad con las necesidades que hayan de atenderse, "*... siempre a favor del paciente*"*;* y
— El respeto a la dignidad personal del paciente.

Pero la aplicación del criterio del beneficio a la doctrina del consentimiento informado no resulta muy apropiada en materia de **extracción de órganos de persona tanto viva como fallecida**; las dificultades comunes alcanzan a la propia naturaleza y finalidad de la prestación del consentimiento y, respecto a los donantes fallecidos, afectan, sobre todo, a la forma de su recabo.

En efecto, todo acto médico supone una actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos o rehabilitadores que tienden a asegurar, preservar o cuidar la salud del paciente; en tal contexto de la procura del bienestar psicofísico del paciente, su consentimiento se impone como una necesaria "autoparticipación" en la toma de decisiones que afectan directamente a su salud, previa facilitación de la información pertinente de forma comprensible y adecuada a sus capacidades y necesidades. Sin embargo, el consentimiento informado para la extracción de órganos o tejidos y su ulterior utilización terapéutica en terceras personas trasciende del concepto de salud propia que caracteriza la doctrina del consentimiento informado. Concretamente, la extracción de órganos de donante vivo puede afectar prácticamente por definición a la salud del

---

la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997 (BOE de 20 de octubre de 1999).

(53) Artículo 9.5 de la LBRAP, último inciso: "*El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario*".

donante y comportarle riesgos, tanto a corto como a medio plazo; el beneficio de la intervención médica no es propio, sino ajeno, y por ello la información que se facilita al donante se centra esencialmente en *informarle sobre las consecuencias de su decisión* (54), pero sobre el contenido de esta información hablaremos más adelante. Lo que sí queremos manifestar aquí es que el consentimiento informado para la donación de órganos o tejidos no tiene un régimen jurídico específico ni dista mucho del tratamiento legal y doctrinal prestado a otros consentimientos otorgados ante diferentes intervenciones médicas; sobre todo en lo relativo a la manifestación de la voluntad, el objeto de la información y algunos de los requisitos preceptivos del mismo, como veremos en los próximos apartados.

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

A diferencia de la donación en vida, la prestación del consentimiento para la donación de órganos *post mortem* parte de una realidad sustancial: la muerte es incompatible con el concepto de salud. Este tipo de donación surge de una decisión altruista de quien es consciente de que ya no necesitará de sus órganos una vez fallezca; no hay que informar al posible donante más allá de asegurarle que la extracción se producirá una vez que se haya constatado el hecho irreversible de su óbito, y explicarle las consecuencias que podrá producir su decisión en la expectativa de vida de los receptores, aparte de la información que por mandato del artículo 10.b).2 del RDDTOT ha de facilitarse a los familiares presentes en el centro sanitario sobre *"... la necesidad, naturaleza, circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria".* Se trata, por tanto, de una decisión que el posible donante habrá de tomar según sus convicciones morales, culturales o de tradición geográfica, étnica o familiar, o siguiendo su propia, simple y

(54) Se exige que el *donante* goce de plenas facultades mentales y que haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante pueda conseguir el receptor [arts. 4.b) de la LETO y 9.1 c) del RDDTOT].

nuda voluntad, como predicado directo de su derecho fundamental al respeto de su dignidad, indemnidad e integridad física. En estos casos, el consentimiento no es más que una **manifestación de voluntad del presunto** donante que habrá de producir su efecto tras su fallecimiento.

Así, el RDDTOT de 1999 continuó en la misma línea iniciada por el Reglamento de 1980 (55), aunque con una importante novedad: la mayor participación del entorno familiar del donante, mediante su inserción en el elenco de personas respecto de las que se ha de indagar sobre la posible existencia de una exteriorización de la voluntad del paciente sobre la donación de sus órganos o tejidos para

(55) El Reglamento de 1980 estableció la presunción de la existencia del consentimiento mientras no hubiera una constancia expresa de la oposición del posible donante. El donante debería manifestar expresamente su oposición a la extracción de sus órganos para que la misma fuera descartada. Así, el derogado Reglamento de 1980 preveía un sistema de información que habría de facilitarse a todas las personas que ingresaran en centros sanitarios y a sus familiares (art. 7.º), además de contener reglas para la constancia documentada de la oposición del paciente a la donación de sus órganos (art. 8). Tal declaración de voluntad expresada por el paciente, o por quienes en ese momento ostentaran la patria potestad, tutela o representación legal del paciente, que podría abarcar al cuerpo en su conjunto o a cualesquiera de sus órganos, debía ser respetada siempre y en todo caso, inexcusablemente, cualquiera que fuera la forma en que se hubiera expresado. Acontecido el fallecimiento se imponía al personal facultativo competente un deber de constatación y comprobación de si existía o no dicha oposición expresa por parte del paciente, acudiendo para ello a los archivos del propio Centro (ficha de entrada y registro especial), a la práctica de una información sumaria sobre si el donante (interesado) hizo patente su voluntad a alguno de los profesionales que le atendieron en el Centro Sanitario, así como al examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo. En tal sentido, la participación de los parientes o allegados se definía como de simples receptores de información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, así como del ulterior proceso de restauración, conservación del cadáver o prácticas de sanidad mortuoria. Pese a la atrevida apuesta del legislador, el impacto social de la norma (en una sociedad que rinde culto al cuerpo de los fallecidos) llevó a que la labor de información a familiares o allegados se convirtiera en la práctica cotidiana de las coordinaciones de trasplantes en el recabo de un verdadero consentimiento a aquéllos, rechazándose la práctica de extracciones en aquellos supuestos en los que el entorno familiar del fallecido había manifestado su oposición.

su ulterior trasplante. Así, en el supuesto de que no se hubiera producido una manifestación contraria expresada por el sujeto fallecido (o su representante legal) se busca la indagación de cuál fuera su voluntad sobre tal extremo; por lo que los familiares son tenidos en cuenta a la hora de determinar la voluntad manifestada en vida por el posible donante. Por lo demás, en aplicación del RDDTOT, se procura la constatación documentada de la voluntad del paciente en el centro sanitario, o la confirmación de lo manifestado por él a los profesionales que le atendieran, y se recaba el examen de la documentación y pertenencias personales del finado al tiempo que se prescribe la información que ha de facilitarse a sus familiares.

Pero la verdadera exteriorización de la voluntad del presunto donante ha de encontrarse en las denominadas por la LBRAP "**instrucciones previas**", que albergan en su seno la posibilidad de definir la voluntad del otorgante respecto del destino de su cuerpo o de los órganos integrantes del mismo, extendiendo su ámbito de aplicación a todo el territorio nacional a través del **Registro Nacional de Instrucciones Previas**, cuya creación se prescribe en el artículo 11.5 de la LBRAP.

En tal sentido, rige en nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de la preponderancia de la voluntad del paciente a través de las *instrucciones previas* (56); que suponen el anticipo de la voluntad de determinada persona marcando pautas que habrán de cumplirse en el momento en el que se enfrente a situaciones en las que no sea capaz de expresarlas personalmente, *"... sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo".* Tales instrucciones, que no tienen más límites que la ley y la *lex artis,* permiten al otorgante la opción de expresar su voluntad directamente (con el riesgo que ello comporta ante la posible falta de previsión para el supuesto concreto ante el que se encuentre el interesado cuando llegue el caso) (57) o a través de un representante, que actuará como interlocutor con el personal médico que atienda al representado.

Tal posibilidad de expresión anticipada de la voluntad del paciente

(56) Desarrollado en el artículo 11.1 de la LBRAP.

(57) Dispone la LBRAP: *"Artículo 11.3. No se aplicarán las instrucciones previas [...] que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas."*

ha tenido su reflejo en las legislaciones autonómicas y, en concreto, en el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza, en la LDVVA (58); norma que extiende la actuación del representante a todo el ámbito de la sustitución del donante en la prestación del consentimiento informado (59). Así, en Andalucía, el instrumento diseñado por el legislador autonómico para documentar tales declaraciones de voluntad es la declaración de voluntad anticipada. Dentro del contenido posible de tal declaración está el de la decisión por el propio otorgante respecto de la donación de todos sus órganos o de alguno de ellos en concreto, de acuerdo con lo establecido en la legislación general en la materia (art. 3.3). Tal declaración de voluntad anticipada puede incluso otorgarse no sólo por persona mayor de edad o menor emancipado, sino por cualquier incapacitado judicialmente, salvo que otra cosa hubiera determinado la resolución judicial de incapacitación (60). El contenido de la declaración de voluntad anticipada, una vez inscrita en el Registro de Voluntades Anticipadas de Andalucía (61), prevalece en todo caso frente a las manifestaciones expresadas por sus familiares, allegados, representantes o profesionales que participen en su atención sanitaria, cuando sobrevengan las situaciones previstas en ella y

(58) Ley del Parlamento de Andalucía 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.

(59) La norma autonómica andaluza, artículo 3.2, guarda silencio sobre el alcance del otorgamiento del consentimiento informado por representación, presuponiendo que el otorgante habrá expresado al representante cuáles han de ser los márgenes de su actuación. Pero ante el silencio de la norma no queda claro si el representante designado, más allá de la exteriorización de la expresa voluntad del paciente o de la toma de decisión en función de los márgenes de actuación por él manifestados, ha de someterse o no a los criterios de decisión impuestos en el artículo 10.5 de la LBRAP. Tales criterios habrían de presidir la decisión del representante en la toma de cualquier concreta opción; al fin y al cabo, a falta de instrucciones expresas del donante o deducibles de éstas, el representante no es más que un representante designado.

(60) Aunque la norma no lo diga con claridad, parece que la designación de representante en este punto no sería viable, por cuanto que el artículo 3.2 de la ley habla de sustituir al representado *"... en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que éste proceda"*, y el consentimiento para la donación de órganos nada tiene que ver con los artículos 8 y 9 de la LBRAP.

(61) El Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía se creó por Decreto de la Junta de Andalucía 238/2004, de 18 de mayo.

en tanto se mantengan las mismas (art. 7); por ello, registrada la voluntad de donar sus órganos y/o tejidos, quedará expedito el camino a la extracción de los mismos por mucho que familiares, allegados o representantes muestren su oposición o manifiesten que la última voluntad del finado era otra. La revocación de tal declaración sólo puede producirse por medio de manifestación expresa del interesado en tal sentido, mediante la declaración de revocación realizada con cumplimiento de los requisitos exigidos para su otorgamiento, o mediante la emisión de una nueva declaración, que se presume deja sin efecto a las anteriores (revocación implícita o tácita), salvo manifestación expresa en contrario (art. 9). Por lo demás, el consentimiento informado debe versar sobre la parte del cuerpo que se va a intervenir para la donación y no sobre otra (62).

Pero el cumplimiento de la voluntad donadora del otorgante pasa por el problema del acceso a los registros y el reconocimiento de tales declaraciones cuando el fallecimiento del donante se produce fuera de la demarcación territorial de la Comunidad Autónoma en la que emitiera su declaración (63). El supuesto de la contraposición, por poner un ejemplo, de las regulaciones andaluza y catalana pudiera ser buen exponente de tal situación: si la legislación andaluza

(62) Esta cuestión fue tratada (aunque no en caso de donación de órganos) por la SAP Madrid, de 10 de julio de 2008, que ratifica la condena de un médico que, por error, intervino al paciente de la rodilla izquierda cuando estaba previsto hacerlo de la rodilla derecha. Así, se alegó, para justificar la conducta del querellado, que había existido consentimiento informado "porque en el documento que firmó el paciente no consta que la rodilla a operar fuera la derecha". La cuestión, según el Tribunal, "no merece mayores comentarios. La operación programada era de la rodilla derecha y el consentimiento para esa operación se otorgó precisamente para esa extremidad. Carece de justificación afirmar lo contrario. Con independencia de las deficiencias formales del consentimiento, que son atribuibles al personal facultativo o médico, lo cierto es que al paciente se le informa de una concreta intervención y para ella da su consentimiento. En este caso no existe duda alguna, porque así lo han reconocido todos los interesados, de que la operación era de la rodilla derecha, por lo que la intervención de la rodilla izquierda no fue autorizada". (SAP Madrid, Secc. 1.ª, 332/2008, de 10 de julio.)

(63) Terribas i Sala se plantea esta cuestión y aboga por la inmediata instauración de sistemas de coordinación como los anticipados por la LBRAP (Terribas i Sala, Núria, "Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica", en *Salud Pública y Derecho administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, CD's, edición 2006).

considera la declaración de voluntad anticipada como una manifestación que se presenta ante la Administración Sanitaria, y que se registra una vez que se comprueba la personalidad y capacidad de su autor (arts. 5.1 y 6) (64), la Ley del Parlamento de Cataluña (65) impone como forma para el otorgamiento la declaración ante notario o la presencia de testigos. Así, un otorgamiento de voluntad anticipada registrado en Andalucía con las formalidades requeridas en esta Comunidad podría, por tanto, no ser reconocido si el fallecimiento del otorgante se produce en un hospital de Barcelona, por mucho que se aportara una copia autenticada del mismo.

La solución a tal disparidad normativa pasa por la instauración del Registro Nacional de instrucciones previas, como forma de acceso no a la formalidad de las manifestaciones, sino a los datos recabados respecto de la expresión de la **voluntad vital anticipada**, como clave esencial para el respeto de la misma, cualquiera que fuera el lugar en el que se produjera el otorgamiento. Tal sistema habrá de suponer el reconocimiento y homologación de unas decisiones que solamente habrán de tener acceso al correspondiente registro autonómico una vez que se hayan cumplido las exigencias formales, de contenido y de capacidad del otorgante; a partir de ese momento habrían de desplegar su vigencia en todo el territorio nacional, independientemente del lugar del fallecimiento o de la vecindad administrativa del donante (66). Hasta tanto se produzca la entrada en funcionamiento de dicho Registro nada debería impedir la eficacia a nivel nacional o estatal de una declaración de voluntad anticipada que hubiera tenido acceso al correspondiente registro autonómico de tales otorgamientos, toda vez que la creación del Re-

(64) Decreto de la Junta de Andalucía 238/2004, de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía.

(65) Ley del Parlamento de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la información clínica.

(66) En el caso de la legislación andaluza, la LDVVA no impone ser andaluz ni exige la vecindad administrativa andaluza (art. 5.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía) como requisito para el otorgamiento de una declaración de voluntad anticipada: cualquier persona, empadronada o no, puede presentar dicha declaración de voluntad ante la Administración sanitaria andaluza y hacerla valer cuando se produzca una situación prevista en la misma.

gistro al que se refiere el artículo 11.5 de la LBRAP es solamente un instrumento de aseguramiento de eficacia (entendida como posibilidad de acceso a la información), no un elemento constitutivo para el reconocimiento intraterritorial o regional de tales declaraciones; que sí se rigen, en cuanto a su manifestación y formalización, por lo dispuesto en la legislación de cada Comunidad Autónoma.

4. OBJETO DEL CONSENTIMIENTO; LA INFORMACIÓN PREVIA

En cuanto a la aplicación práctica en España del consentimiento informado, según la LGS, su objeto es que los pacientes asuman decisiones sobre su salud, pero a veces, ante el cúmulo de reclamaciones contra el personal sanitario, algunos profesionales han pretendido que el consentimiento informado eximiera al médico de responsabilidades ante un eventual mal resultado de la operación (67), o su excesivo trámite les ha llevado a pensar que no producía otro efecto que el de aumentar la burocracia y los trámites. Pero el consentimiento informado no debe suponer para el profesional de la medicina una mera obligación legal que hay que cumplir, sino que debe ser utilizado como un medio de potenciar y de mejorar el mutuo diálogo entre médicos y pacientes.

Por lo demás, la regulación legal es escasa y son las sentencias de los distintos Tribunales las que van acotando el alcance, contenido y circunstancias particulares de esta institución jurídica. Pero para que una intervención médica sea correcta conviene recordar que es necesaria la concurrencia de tres requisitos:

1. Que la intervención sea médicamente indicada.

2. Que se realice conforme a la *lex artis ad hoc*. Esto es, que el personal sanitario actúe en el desempeño de las funciones que son propias de su especialidad o titulación (*ad hoc*) y que realice su intervención conforme a las reglas técnicas que presiden el desempeño de una actividad profesional (*lex artis*).

3. Que se lleve a cabo con el consentimiento informado del pa-

(67) Cuestión analizada en SAP Málaga, Secc. 8.ª, 536/2008, de 8 de septiembre, evidenciándose que "el hecho de que exista un documento de consentimiento informado no supone otorgar al facultativo una especie de «patente de corso» para actuar negligentemente".

ciente. Pues toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información necesaria, haya valorado las opciones clínicas.

Ahora bien, sólo cabrá estimar la existencia de un consentimiento válido si el que consiente está perfectamente informado. Así, para que el consentimiento pueda ser prestado libremente y con conocimiento de causa, es preciso que el paciente conozca lo esencial en términos comprensibles, que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar (entre las que se encuentran, dado el caso, la no intervención o la posibilidad de algún tratamiento paliativo), así como los riesgos asociados a cada una de ellas (68). En cualquier caso, el contenido mínimo de la información, previo al consentimiento, viene dado por el artículo 4.1 de la LBRAP, al establecer que deberá consistir en "la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias". Por ello, el artículo 10 prescribe que la información básica que debe suministrarse al paciente, para recabar el preceptivo consentimiento previamente a una intervención o tratamiento, ha de versar sobre:

— Las consecuencias relevantes o de importancia que se originan con la intervención.

— Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

(68) Precisamente –dice Muñoz Sabaté–, una cuestión muy importante es si la información que debe dar el médico figura plasmada en un protocolo. Un protocolo no es un tratado de medicina, sino un programa simplificado en el que se especifican los procedimientos a seguir para la realización de una determinada prestación de asistencia médica. Parece difícil que un profesional olvide o no tenga en cuenta lo que se determina en un protocolo. Como afirman los psicólogos, la mayor parte de la retención tiene lugar por medio de métodos mejorados de fijación, como son, por ejemplo, los programas. Las pautas o datos numéricos se retienen más acusadamente (Luis Muñoz Sabaté: "La prueba del consentimiento informado en la vasectomía. Los claroscuros de una sentencia", Diario *La Ley*, núm. 7329, Sección Tribuna, 27 de enero de 2010).

— Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y el estado actual de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

— Las contraindicaciones.

Por tanto, la información tiene que ser completa y referirse al diagnóstico, al pronóstico, las alternativas del tratamiento e, incluso, a los medios con los que cuenta el Centro hospitalario en el que se va a realizar la intervención (esto es, si son adecuados para su realización y sus posibles complicaciones; por ejemplo, si se va a realizar una operación con empleo de anestesia, conviene informar al paciente de si cuenta el Centro o no con una Unidad de Cuidados Intensivos o si sólo cuenta con una Unidad de Reanimación, etc.). El paciente es profano en la materia y debe ser informado con un lenguaje claro y comprensible y, como regla general, dicha información ha de proporcionarse al paciente de forma verbal, dejando constancia de la misma en la historia clínica del paciente (69). No obstante, al tratarse de un deber del responsable sanitario (la carga de la prueba de la información que se prestó y el contenido de la misma recae sobre el Centro sanitario y su personal), resulta conveniente que la emisión de esta información conste por escrito o por algún otro medio de prueba; pues los defectos en la información previa dan lugar a que el consentimiento se encuentre viciado, al no conocer el paciente las consecuencias de la intervención o los riesgos y las contraindicaciones: sería un consentimiento prestado sin conocimiento de causa y, por ello, ineficaz.

Así, no se considera consentimiento informado el documento en el que el paciente se limita a aceptar una intervención, no constando información sobre las consecuencias directas que afectan a su personal situación (70). En tal sentido, el TSJNA (71) expone que si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse

(69) Artículo 4.1 de la LBRAP.

(70) El consentimiento del paciente no puede ser considerado un mero requisito formal de asentimiento, sino un verdadero acto de voluntad en el que el paciente consiente en ello una vez informado debidamente (AAP León, Secc. 1.ª, 152/2008, de 18 de junio).

(71) Sentencia del TSJNA, Sala de lo contencioso-administrativo, de 26 de septiembre de 2007.

en mera rutina formularia y pretende responder a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir (con mayor motivo en un caso de riesgo en la operación, como sería el caso de una donación en vida de órganos para trasplante), es evidente que ha de considerarse que el consentimiento informado suscrito debe cumplir con las exigencias que la jurisprudencia determina que han de concurrir para ofrecer al paciente una posibilidad de opción entre diversas alternativas, dado el caso. En el documento suscrito, en el asunto en cuestión, la paciente se limita a aceptar la intervención sin más información que la derivada de "ciertos riesgos y posibles complicaciones" que en modo alguno se especifican y que parecen referirse a la no obtención de una total garantía en cuanto al resultado positivo de la operación. Ello no es suficiente para entender por cumplida la plenitud de información que exige la Ley, sin que pueda obviarse tal circunstancia con el argumento de que, si necesitaba una mayor información, era la propia paciente o sus familiares quienes debían haberla solicitado. Por lo que en el fallo de dicha sentencia no se considera consentimiento informado el documento suscrito (72).

(72) El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: El médico no informó a la paciente de la agravación que podía suponer el tratamiento que se le prescribía y la privó de la información sobre las consecuencias, impidiendo de este modo que pudiera decidir libremente sobre la asunción o rechazo del riesgo que la agravación suponía; la carga de la prueba del consentimiento informado incumbe al propio facultativo y no obra en las actuaciones ni un solo dato objetivo que permita concluir que el facultativo informó a la paciente sobre los riesgos del tratamiento. Más específicamente, la parte recurrente afirmaba que el facultativo no informó a la paciente de la agravación que podía suponer el tratamiento que se le prescribía. La sentencia no recoge que se informara detalladamente sobre este concreto extremo, por lo cual es menester valorar si la posible omisión de este particular constituye una vulneración del deber de información inherente a la obligación de obtener el consentimiento del paciente para el tratamiento, toda vez que, como ha subrayado la jurisprudencia, la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (SSTS de 21 de diciembre de 2005, 26 de junio de 2006, 15 de noviembre de 2006 y dos sentencias de 21 de diciembre de 2006).

Respecto al alcance del consentimiento informado en los actos médicos de carácter curativo, el TS (73) expone que el consentimiento informado presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva (74). En relación con los primeros, puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico, por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. No obstante, el artículo 10.1 de la LBRAP incluye como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones (75).

5. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Recibida la pertinente información, el sujeto pasivo (el paciente) debe proceder a prestar el consentimiento, que el mencionado ar-

(73) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de abril de 2007.

(74) La STS de 28 de diciembre de 1998 declara que, como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites; así, se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos, que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia.

(75) En efecto, ampliando el concepto del consentimiento informado más allá de la donación de órganos, deben distinguirse grados distintos según se trate de actos médicos de carácter curativo o de medicina satisfactiva. En ésta se exige un plus de responsabilidad que comporta no sólo el empleo de los medios precisos, sino la consecución del resultado al que se compromete el facultativo. Así, y descendiendo a la casuística, la SAP Valencia, de lo Penal, de 30 de septiembre de 2002, condenó al médico (tras una operación de cirugía correctora de vista) por no ser informada la paciente de los riesgos de la intervención, entre los cuales figuraba la pérdida de agudeza visual al ser "un riesgo previsible, por cuanto de él habla la literatura médica, constituyendo el más grave de la cirugía refractaria", concluyendo que la paciente vio limitada su libertad para escoger dentro de las posibilidades que la medicina ofrece al respecto, por lo que considera responsable al cirujano de los daños y perjuicios sufridos por el paciente.

tículo 3 de la LBRAP define como "*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud*". Así, el paciente tiene derecho a conocer, a efectos de decidir lo que quiere y crea por conveniente, sobre los siguientes extremos; a los que, por tanto, se extenderá el consentimiento informado:

— el diagnóstico de su enfermedad,
— las consecuencias de la misma, y
— los posibles tratamientos y sus efectos.

Pero los requisitos subjetivos del consentimiento informado son los siguientes:

— En cuanto a la **capacidad** para prestar el consentimiento, debe ser la suficiente para comprender la situación en la que consiente el paciente.

— Respecto al **momento** en el que ha de ser prestado el consentimiento, debe ser, lógicamente, con anterioridad a la intervención para la extracción de los órganos y, dado el caso, mantenerse dicha voluntad donadora cuando ha sido iniciada dicha actividad médica o quirúrgica (preoperatorio, pruebas, etc.), por cuanto el consentimiento es revocable hasta el momento en el que su ejecución sea irreversible. En este sentido, respecto al momento idóneo o exacto en el que debe prestarse el consentimiento, no está determinado legalmente, a nivel nacional, con cuánto tiempo antes a la intervención debe prestarse el consentimiento, aunque sí lo está en algunas legislaciones autonómicas (76). Como cuestión previa, obvio es decirlo, el consentimiento debe prestarse antes de la intervención. En derecho comparado, por ejemplo en Francia, se exige un período de reflexión de cuarenta y ocho horas. Parece lógico deducir que, en

(76) Así, Ley de la Comunidad Valenciana 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, señala en su artículo 11.2 que: "*La información se facilitará con antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente. Y, en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes*".

general, veinticuatro horas es el período mínimo que debe transcurrir entre la obtención del consentimiento informado y la realización del procedimiento quirúrgico o la intervención consentida para la extracción de órganos.

Así, se dejó sin efecto el consentimiento informado prestado por una paciente al entender que carece de validez por haber sido firmado, prácticamente, a las puertas del quirófano. La razón es que "la información debe darse con la antelación necesaria para que la voluntad se determine libremente", lo que no se consigue si se firma el documento minutos antes de la operación. Razona así la sentencia que "la información completa debe proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado a favor de la operación quirúrgica (captación de la voluntad), y ello se consigue con el solo hecho de hacer firmar un escrito minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones sociológicas y personales, no se puede esperar del firmante una respuesta meditada y un consentimiento libremente expuesto" (77).

— Además, el consentimiento debe ser prestado **libremente**, sin vicios que lo invaliden, porque el consentimiento prestado mediante coacción es ineficaz.

— Igualmente, respecto a la **forma**, el consentimiento prestado debe ser reconocible externamente de algún modo. Esto es, es necesario que el médico que actúa tenga conocimiento de la manifestación física del consentimiento. La BRAP, en su artículo 8.2, advierte que la forma de prestar el consentimiento no siempre debe ser escrita, Así, la regla general será la oralidad, aunque no se dice si el consentimiento debe ser expreso o tácito. Aplicando la doctrina general sobre la voluntad en la perfección de los negocios y la teoría de los actos propios debe entenderse que los actos concluyentes de consentir el tratamiento o la intervención bastarán para considerar cumplido el requisito del consentimiento informado. No obstante, aunque estos actos deben ser concluyentes de que se prestó el consentimiento con conocimiento de causa, se debe expresar por escrito el consentimiento en los siguientes casos:

— Intervención quirúrgica.
— Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.

(77) SAP Baleares, Secc. 4.ª, de 13 de febrero de 2001.

— Y, en general, en la aplicación de los procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Por lo que en la donación de órganos es preceptiva la constancia del consentimiento donador, pero no entendemos que sea necesario otorgarlo por escrito, pues hoy en día disponemos de varios medios y soportes físicos para expresar la voluntad con suficientes garantías jurídicas de conservación y no manipulación; al respecto nos remitimos a lo que ya dijéramos sobre la "libertad de formas" para manifestar la voluntad unilateral y personal (78).

Para finalizar, destacaremos algunos puntos del consentimiento informado para donación de órganos o tejidos:

— El consentimiento del donante de órganos no puede ser considerado un mero requisito formal de asentimiento, sino un verdadero acto de voluntad en el que el donante, consciente de la trascendencia de su manifestación e informado debidamente del acto médico al que se someterá, consiente en ello.

— La información al donante y la obtención del consentimiento informado para la donación de órganos viene dada por imperativo legal y su omisión será sancionada; pues la ausencia de consentimiento determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, consecuentemente, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.

— Para que reflexione, debe concederse al donante un tiempo suficiente entre el otorgamiento del consentimiento informado y la realización del procedimiento de intervención y, aunque no existe plazo legal explícito, parece prudente el plazo mínimo de veinticuatro horas.

(78) "La voluntad en los testamentos electrónicos", *Revista Jurídica del Notariado*, número 70, abril-junio 2009.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

BARRIO CANTALEJO, I., y SIMÓN LORDA, P.: "Criterios éticos de las decisiones sanitarias al final de la vida de personas incapaces", en *Revista Española de Salud Pública,* núm. 4, Madrid, julio-agosto de 2006.

BENITO BUTRÓN-OCHOA, J. C.: "Información asistencial médica: el consentimiento informado", *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, 2004.

CRAVEN-BARTLE LAMOTE DE GRIGNON, J.: "La prestación del consentimiento informado por el paciente; desde las exigencias legales a la práctica médica", en *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 10, 2004, CGPJ.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)", en *Anuario de Derecho Civil,* año 1977, Serie 1.ª, núm. 2.

GRACIA GUILLÉN, D.: "Ocho tesis sobre el consentimiento informado", en *La responsabilidad de los profesionales de las Administraciones sanitarias*, Actas del II Congreso "Derecho y Salud", organizado por la Asociación de Juristas de la Salud, Granada, noviembre de 1993, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.

HIPÓCRATES: "Tratado sobre la decencia", en *Tratados hipocráticos,* Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990.

JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica,* Madrid, Tecnos, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "El consentimiento informado", en *Responsabilidad del personal sanitario*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. I/1995, CGPJ.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: "Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España", Diario *La Ley*, núm. 6524, 12 de julio de 2006.

MUÑOZ SABATÉ, L.: "La prueba del consentimiento informado en la vasectomía. Los claroscuros de una sentencia", Diario *La Ley*, núm. 7329, Sección Tribuna, 27 de enero de 2010.

PEMÁN GAVÍN, J.: "Hacia un estatuto del enfermo hospitalario", en *Revista de la Administración Pública*, núm. 103 (enero-abril) 1984.

REQUERO IBÁÑEZ, J. L.: "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las administraciones", en *La Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, CD's, de Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ. 2006.

RETUERTO BUADES, M.: "El derecho a la información y el consentimiento del paciente", en *La responsabilidad de los profesionales de las Administraciones sanitarias*, Actas del II Congreso "Derecho y Salud", organizado por la Asociación de Juristas de la Salud, Granada, noviembre de 1993, Publicado por la Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: "El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid,* núm. 28, enero-junio 2009.

RODRÍGUEZ DEL POZO, P.: "Los derechos de los enfermos", en la obra colectiva *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados,* Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.

ROMERO PAREJA, A.: "El derecho a la reproducción asistida, I y II", números 63 y 67 de la *Revista Jurídica del Notariado*, 2007 y 2008.

SÁNCHEZ CARO, J.: "El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles", en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales,* XXII Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993.

SIMÓN LORDA, P.: *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica,* Triacastela, Madrid, 2000.

TERRIBAS I SALA, N.: "Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica", en *Salud Pública y Derecho administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, CD's, edición 2006.

EL DOCUMENTO NOTARIAL ELECTRÓNICO EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO (UINL): ESTADO DE LA CUESTIÓN (1)

Jeffrey A. Talpis (2)

En memoria del gran notario, jurista y amigo
HUGO PÉREZ MONTERO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

A) DISTINCIONES PREVIAS
   1. Documento notarial electrónico (DN-e) / Documento notarial en papel (DNP)
   2. El documento público o instrumento público / La legitimación de firmas
   3. Los documentos notariales en los Estados de Derecho civil
   4. El documento notarial según los Estados de la *Common Law*

B) MARCO LEGISLATIVO DEL DOCUMENTO NOTARIAL ELECTRÓNICO EN LOS ESTADOS DE LA UINL
   1. Otorgamiento del DN-e
   2. Efectos jurídicos del documento público electrónico

(1) Traducción: Miguel Vicente-Almazán y Pérez de Petinto, y Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, notarios.

(2) Notario de Montreal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, director del Centro de Derecho Internacional Privado.

C) RETOS EN EL PASO DE LA PRÁCTICA NOTARIAL DEL DNP AL DN-e
   1. La autorización del DN-e
      a) Statu quo: un solo notario
      b) Dos o más notarios
      c) Presencia electrónica virtual o funcional
   2. Firma electrónica y DN-e
      a) La firma electrónica del notario
      b) La firma electrónica de las partes en el DN-e
   3. La matriz, la conservación y las copias del DN-e
   4. La integridad y la inalterabilidad del DN-e
   5. La circulación transfronteriza del DN-e
      a) La prueba de la autoría de un DN-e, de una copia electrónica de un DN-e, o de una copia o versión electrónica de un DNP
      b) Ley (es) aplicable (s) a la validez del documento
      c) Ley aplicable al reconocimiento de un DN-e
      d) Ley aplicable a la fuerza probatoria de un DN-e
      e) La ejecución en el extranjero de un DN-e
      f) La deontología en torno al DN-e

CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

La utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación se va extendiendo en la práctica moderna del Notariado. Los notarios recurren a la informática en un número creciente de transacciones, no sólo para transferir documentos entre ellos, sino también a órganos judiciales, oficinas de la Administración, registros y organismos de publicidad. Esta tendencia se verá acentuada en un porvenir muy próximo.

Ciertos Notariados de la UINL se han adaptado ya a los progresos tecnológicos para reflejar mejor los cambios de la sociedad civil.

En Quebec, por ejemplo, la Cámara de Notarios constituyó en 1996 una entidad independiente, *Notarius,* con el objetivo principal de ayudar a los notarios en su camino hacia un mundo virtual. Les une en una amplia red y les permite la formación y asistencia técnica en las nuevas tecnologías.

El mismo objeto está garantizado en Francia por la *Red Electrónica Notarial (RÉAL),* una filial informática del Consejo Superior del

Notariado (CSN); en Bélgica por *ISABEL* (3) y por *E-NOTARIAT*, redes seguras profesionales que aseguran una colaboración estrecha con los bancos, y por la Cámara Nacional de Notarios y la Federación real del Notariado belga, y en Italia, por una entidad independiente, regida por el Consejo Nacional de Notarios, NOTAREL (4). Lo mismo sucede en otros países de la UINL.

Habida cuenta que en la mayor parte de los Estados de la UINL hay leyes recientes que contemplan la utilización de las tecnologías modernas en materia de comercio, así como la firma electrónica, que los notarios han modernizado sus prácticas, que sus oficinas están ahora completamente integradas tecnológicamente (5), y que el notario "sin papeles" es casi una realidad (6), es cuando menos sorprendente que hasta el momento no haya más que algunos Estados que permitan la utilización del documento notarial electrónico (DN-e) (7).

¿Hay que buscar la razón en impedimentos externos a la profesión notarial, en especial la tardanza legislativa, o la organización de la Administración (8), o más bien en los requisitos del documento

(3) Véase ISABEL, HERVÉ DE HEMPTINNE, publicado en los documentos del Congreso Bruselas 2000, por KLUWER, p. 279.

(4) Véase el informe preparado por Emmanuel Calo y Antonio Cappiello presentado a una reunión de corresponsales del CRIDON (Centre de Recherches, d'Information et de Documentation Notariales) en Charmy, los días 16 y 17 de noviembre de 2007, no publicado. Véase en la red en www.notariato.it.

(5) Véanse los informes del Coloquio IRENE de 26 y 27 de febrero 2010 sobre "El notario: Profesión jurídica en el entorno digital" (no publicado), especialmente el informe austríaco, redactado por Christoph Mondel; el informe español, redactado por los notarios José Luis Perales Sanz y Alfonso Rentería Arocena; el informe griego; el informe francés, redactado por Jérôme Chevalier; el informe italiano, preparado por el notario Ugo Bechini, y el informe holandés, redactado por Marc Gelejins.

(6) Los notarios disponen de una gama de tecnologías que les permiten desmaterializar el conjunto de operaciones que rodean al documento público, sea durante la fase que precede a la firma del documento público, especialmente en la obtención de determinadas informaciones y autorizaciones procedentes de la Administración Pública o de las instituciones financieras, sea en la transmisión de copias a los fines de registro u otros; véase Ugo Bechini, ibíd.

(7) Véase más adelante.

(8) Según Ugo Bechini, es la razón por la que, al menos en Italia, el no-

público, en particular del documento notarial? Es una pregunta que habría que plantearse.

Lex est notamus (*lo que escribimos tiene fuerza de ley*) es la divisa ancestral del Notariado Latino. Se comprende así la importancia que tiene el notario en el orden jurídico. Del Tabelión al ciber-notario, los miembros del Notariado han tenido siempre la preocupación por la inalterabilidad y la seguridad jurídica de sus documentos. La versatilidad y el continuo cambio ocasionado por el desarrollo de las tecnologías de la información, ¿no bastarían por sí mismas para poner en peligro, de hacer vulnerable, la práctica notarial por la utilización del documento notarial electrónico? Es otra pregunta que habría que plantearse.

En esta breve exposición estudiaremos los retos y los valores en juego en el paso, en la práctica notarial, del documento notarial en papel (DNP) al documento notarial electrónico (DN-e), especialmente en lo que se refiere a los requisitos del documento notarial y a asegurar que la utilización del DN-e no comprometa el papel del notario ni la imagen de la profesión.

El reto consiste en asegurar que el notario sea el mismo notario de ayer con el DN-e. Para vencer este desafío hay que asegurarse de que DN-e conserve las mismas características esenciales que el DNP, lo que constituye el envite de los DN-e. En primer lugar es importante definir determinados conceptos y expresiones.

A) DISTINCIONES PREVIAS

1. DOCUMENTO NOTARIAL ELECTRÓNICO (DN-e) / DOCUMENTO NOTARIAL EN PAPEL (DNP)

Con el fin de evitar toda confusión es importante precisar que el documento notarial electrónico (DN-e) es un documento notarial cuyo original está elaborado de forma inmaterial (fichero numérico o electrónico) y firmado electrónicamente por las partes, los testigos y el notario autorizante.

Por consiguiente, ni un documento notarial autorizado en soporte

tario sin papeles no se ha materializado aún al cien por cien. Véase, *supra*, nota 5.

papel (DNP) firmado por las partes, los testigos y el notario, y posteriormente escaneado y transferido en forma desmaterializada, ni tampoco una versión desmaterializada de un DNP, constituyen un DN-e. Sin embargo, la ley puede prever que las copias de los documentos notariales redactados en papel puedan ser entregadas y transmitidas utilizando medios electrónicos y que las copias tengan el mismo valor que las hechas en papel.

2. EL DOCUMENTO PÚBLICO O INSTRUMENTO PÚBLICO / LA LEGITIMACIÓN DE FIRMAS *(documento público= documento auténtico en terminología francófona / legitimación de firmas= autentificación en la terminología francófona y notarización en la terminología del* Common Law*)*

En los territorios regidos por el Derecho civil (tradición romano-germánica), los documentos a los que se atribuye la condición de documento o de instrumento público son los documentos elaborados y autorizados o atestiguados por un funcionario competente. Éste ha sido encargado por el Estado de conferir la condición de "público" a estos documentos.

Los criterios relativos a la calificación de los documentos como públicos o auténticos se encuentran, generalmente, en los códigos civiles o han sido desarrollados por la jurisprudencia (9). Entre ellos se incluyen los documentos oficiales del Estado, las decisiones de los tribunales y de las municipalidades, los registros públicos y los documentos notariales, y todos gozan de la fuerza probatoria de los documentos del Estado y hacen prueba de su contenido a favor y en contra de todos.

El estatuto de "público" o "auténtico" de estos documentos no debe ser confundido con la legitimación de firma, autentificación o

(9) Véase en derecho comunitario la decisión UNIBANK de 17 de junio de 1999 con ocasión de la interpretación del artículo 50 de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, aplicable al artículo 57 del Reglamento Bruselas I; véase igualmente el Reglamento 44/2001 CE, de 22 de diciembre de 2002, el Reglamento 2201/2003 CE, de 27 de noviembre de 2003, Bruselas II bis, el Reglamento 805/2004 CE, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, y el Reglamento 4/2009 CE del Consejo Europeo, de 18 de diciembre de 2008.

notarización, que se refiere al testimonio y a la certificación por un notario latino o un "*public notary"* de los territorios anglo-americanos, de la autoría del documento, de la autenticidad de la firma y de la identificación de las partes.

3. LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EN LOS ESTADOS DE DERECHO CIVIL

La definición de documento notarial, el más importante de los documentos públicos instrumentales, se encuentra generalmente en las leyes que rigen el Notariado. De una manera general el documento notarial se ha definido como un documento redactado y autorizado por un notario.

El hecho de que este documento sea un documento público es una consecuencia del doble papel del notario como funcionario u oficial público y consejero jurídico. En tanto que funcionario u oficial público, el Estado le confiere una parte de sus poderes que le permite dar el carácter de público (autenticar, en terminología francófona) a los documentos que él redacta y autoriza. En tanto que consejero legal, informa y aconseja a las partes sobre sus derechos y obligaciones antes de su firma. Además de su fuerza probatoria, en la mayor parte de los países de Derecho civil, los documentos notariales tienen fuerza ejecutiva.

Finalmente, los países de Derecho civil imponen a los notarios la obligación de conservar el original de los documentos notariales en matriz (y no *en brevet*) en soporte papel. Esta obligación imperativa proporciona a las partes una seguridad incomparable contrariamente a los documentos privados. Aparte de la garantía de integridad del contenido del documento, la conservación del original permite a las partes interesadas consultar el documento y obtener copias autorizadas.

4. EL DOCUMENTO NOTARIAL SEGÚN LOS ESTADOS DE LA *COMMON LAW*

Es necesario distinguir el documento notarial de los Estados de Derecho civil, del documento notarial de los Estados de la "*Common Law*". En la mayor parte de estos últimos territorios los notarios no son ni funcionarios u oficiales públicos nombrados por el Estado ni consejeros jurídicos, y lo que se designa como documento notarial es muy diferente a lo que se conoce en los Estados de Derecho civil.

A título de ejemplo, según la Ley Modelo Notarial (*Model Notarial Act* / MNA), redactada por la *National Notary Association* de los Estados Unidos (10), todo documento que un notario tiene derecho a autorizar según la ley, como un juramento (2-11), un "Jurat" (2-7), un reconocimiento (2-1), una legitimación de firma (2-19), una comprobación de hechos (2-20) y una certificación de copia, constituye un documento notarial. No hay duda de que estos diferentes documentos, aunque sean calificados como documentos notariales por esta ley, no tienen la fuerza probatoria y ejecutiva de los documentos públicos o auténticos en los territorios de Derecho civil.

Sin embargo, puede ser que los documentos notariales de los notarios ingleses posean ciertos atributos de los documentos públicos en los Estados de Derecho civil (11).

B) MARCO LEGISLATIVO DEL DOCUMENTO NOTARIAL ELECTRÓNICO EN LOS ESTADOS DE LA UINL

1. OTORGAMIENTO DEL DN-e

El recurso al DN-e nos lleva forzosamente al concepto de firma electrónica. Ya hace varios años que numerosos países se han dotado de legislaciones que regulan el estatuto de este tipo de firma. A título de ejemplo, la directiva de 13 de diciembre de 1999 de la Unión Europea (12) ha instaurado el marco jurídico de la firma electrónica.

Aunque los notarios discuten desde hace varios años la posibilidad de utilizar el DN-e, el derecho a la autorización de un documento notarial bajo forma desmaterializada no existe actualmente más

(10) La *Model Notarial Act* es una ley modelo publicada por la *National Notary Association* el 1 de enero de 2010. El autor es consultor para esta ley.

(11) Véase R. A. D. Urquhart Notaries & Authentic Acts, artículo no publicado.

(12) Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

que en Francia (13), Bélgica (14), Quebec (15) y España (16), y tal documento no ha visto la luz realmente más que en Francia en octubre de 2008, fecha en que se firmó el primer documento notarial electrónico (17).

En Italia, por ejemplo, aunque el DN-e parece ser admitido *in abstracto,* los desafíos planteados por la relación entre la autenticidad y la conservación parecen ser uno de los mayores obstáculos para su reconocimiento (18), y este obstáculo debería constituir uno de los retos del DN-e.

Al contrario, en la mayoría de los Estados de la UINL un documento público no puede ser autorizado en forma desmaterializada, por ejemplo, en los Países Bajos, en Grecia, en Alemania.

Las pocas leyes estatales que prescriben la utilización del DN-e están redactadas de forma neutra, a fin de no favorecer al DNP más

(13) Desde el 1 de febrero de 2006, el DN-e está operativo en el plano teórico cuando todas las herramientas jurídicas estén disponibles, según el Decreto núm. 2005-973, de 10 de agosto de 2005. j.O. 11, p. 13096, que modificaba el Decreto núm. 71-941, de 26 de noviembre de 1971, relativo a los documentos autorizados por los notarios. Para la evolución del documento notarial electrónico en Francia, véase Arnaud Raynouard: "Observations critiques sur l'adaptation du droit de la preuve", Défrenois, 2000, pp. 593 y s.

(14) Ley de 6 de mayo de 2009 de disposiciones diversas, capítulo 4, Documentos notariales electrónicos, artículos 18 a 26. Se trata de la consagración del principio en la ley. Corresponderá al Rey prescribir, por disposición deliberada en Consejo de Ministros, las medidas necesarias a fin de garantizar la inalterabilidad, la confidencialidad y la conservación de los documentos notariales. Fundamentalmente no hay diferencia entre el documento público en soporte papel y el documento público en forma desmaterializada. Véanse comentarios jurídicos, Ley sobre disposiciones diversas, Notamus, 1/2009.

(15) Ley sobre el Notariado, C.R.Q.c.N-3, artículos 35, 39, 50. En Quebec, la utilización del DN-e autorizado según el artículo 35 de la *Notarial Act* será realidad cuando sea aprobada por el *Bureau*.

(16) La Ley 24/2001, de 27 de diciembre (modificada en 2005), prevé el documento público electrónico, es decir, el que existe únicamente en formato electrónico. Se espera el desarrollo reglamentario de esta disposición legislativa (art. 115 de la Ley 24/2001).

(17) El 28 de octubre de 2008 el primer documento notarial electrónico fue firmado en París en el Consejo Superior del Notariado y archivado en el Archivo Central de Protocolos Electrónico, llevado por su filial informática Real.Not.

(18) Véase Calo et Cappiello, *supra*, nota 4.

que al DN-e. Desde esta óptica, mantienen una sola definición de documento notarial, dejando libertad para la utilización del soporte electrónico o el papel.

En Quebec, el artículo 35 de la Ley sobre el Notariado dispone:

"El documento matriz es el que el notario debe incorporar a un archivo para que sea conservado allí y desde el que serán expedidas las copias auténticas literales o en extracto.

Los documentos notariales matrices deben ser autorizados y conservados sobre cualquier soporte que permita asegurar la integridad y que sea aprobado por reglamento del Consejo de administración. Este soporte puede ser diferente según se trate de un proyecto de documento o de un documento concluido. Los caracteres de los documentos deben, en el momento de la conclusión del documento, ser permanentes, sin lagunas y estar protegidos contra las alteraciones" (19).

El artículo 39 de la Ley prevé lo que sigue: *"Los documentos notariales en «brevet» pueden ser autorizados sobre cualquier soporte que permita asegurar la integridad y que sea aprobado por reglamento del Consejo de administración".*

En Francia, el artículo 1317 del Código Civil francés prevé:

"El documento auténtico es el realizado por oficial público con derecho a autorizarlo en el lugar donde ha sido redactado y con las solemnidades requeridas.

Puede ser redactado sobre soporte electrónico si está autorizado y conservado en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado" (20).

(19) Véase *supra*, nota 15.

(20) Véanse también los artículos 1317, 1317.1, 1317.2, 1317.3, 1317.4 del Código Civil; B. Reynis: "Le droit à l'épreuve des nouvelles Technologies", JCP N 2000, p. 1864; Jérom Huet: "L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi", D. 2005, chronique 2903. En cuanto a los elementos técnicos, véase X. Linant de Bellefonds: "Notaires et huissiers face a l'act authentique électronique", JCP N&1 2003 1196, p. 382; M. Grimaldi et B. Reynis: "L'acte authentique électronique", Defrénois, 2003, 37798, p. 1023; bajo la dirección de Lamberterie, "Les actes authentiques électroniques –réflexion juridique prospective", La documentation française Coll. (Pers-

En Bélgica, el artículo 19 de la Ley referente a diversas disposiciones, de 6 de mayo de 2009, prevé que el artículo 18 de la Ley de 16 de marzo de 1803 sobre la organización del Notariado, modificada por las leyes de 10 de julio de 1951 y 26 de junio de 2000, se sustituya por la disposición siguiente:

"*El documento notarial puede ser extendido sobre soporte papel o bajo forma desmaterializada*" (21).

Conviene precisar que los legisladores se han cuidado bien de imponer cualquier procedimiento técnico para los documentos desmaterializados, favoreciendo de esta manera la neutralidad tecnológica necesaria en un terreno en plena transformación. No obstante, con una finalidad de clarificación, el poder reglamentario ha venido a aportar ciertas precisiones. A título de ejemplo, el artículo 2 del Decreto (22) de 30 de marzo de 2001, dictado para la aplicación del artículo 1316-4 del Código Civil francés y relativo a la firma electrónica, dispone que: *"La fiabilidad de un procedimiento de firma electrónica se presume, salvo prueba en contrario, cuando este procedimiento utiliza una firma electrónica reconocida, establecida*

pectives sur la Justice) 2002; Didier FROGER: "Contribution notariale à la définition de l'authenticité", Defrenois 2004, pp. 173 y ss. Isabelle DE LAMBERTERIE: "L'Établissement et la conservation des actes authentiques électroniques en droit français", vol. 106 (2004) R du N, 379; Jérôme SALANSON: "Technologies nouvelles et prospectives notariales françaises", vol. 106 (2004) R du N, 415.

(21) Publicada el 19 de mayo de 2009, aún no en vigor. Mathias GARANCE: "La signature électronique: état des lieux" 2002, Expertise des systèmes de l'information, pp. 264-267. Marie BAREL: "La signature électronique au cœur des débats", Legalis.net, 1er avril 2001, pp. 6-23; Veronique PIRE et Bernd STAUDER: "*Commerce électronique et société de l'information*", *Revue européenne de droit de la consommation*, avril 2005, pp. 212-215; Didier GOBERT: "*Signature électronique (Belgique): projet «preuve» déposé à la chambre*", *Droit et Technologies*; 28 juin 2000, en ligne: http://www.croit-technologie.org/actuality-307/signature-electronique-belgique-projet-preuve-depose-a-la-chamb.html.

(Consultado el 21 de mayo de 2009).

(22) Decreto núm. 2001-272, de 30 de marzo de 2001, dictado para la aplicación del artículo 1316-4 del Código Civil y relativo a la firma electrónica.

gracias a un dispositivo seguro de creación de firma electrónica, y la verificación de esta firma reposa sobre la utilización de un certificado electrónico avanzado".

En estos países, aceptada su validez, estos documentos están igualmente sometidos a las disposiciones del Código Civil o de leyes específicas.

En Francia, por ejemplo, estas disposiciones, introducidas en el Código Civil, son las siguientes:

1316-1: *"El documento bajo forma electrónica es admitido y previsto en las mismas condiciones que el documento sobre soporte papel, a condición de que la persona de la que procede pueda ser debidamente identificada y que esté extendido y conservado en condiciones adecuadas para garantizar su integridad".*

1316-3: *"El documento sobre soporte electrónico tiene la misma fuerza probatoria que el documento sobre soporte papel".*

1316-4: "*La firma necesaria para la perfección de un documento jurídico identifica al que la pone. Implica el consentimiento de las partes a las obligaciones que se derivan de este documento. Cuando está puesta por un oficial público, confiere autenticidad"* (23).

En Quebec ha sido adoptada en 2001 una ley especial (24) que modifica el Código Civil en los artículos siguientes:

(23) Voir Jean Louis Navarro: *"L'impact de l'écrit électronique sur le droit de la preuve français*", vol. 106. (2004) R du N décembre, 471.

(24) *La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, 2001, R.S.Q. c-1.1. Voir aussi* Vicent Gautrais: *"Preuve et formalismes des contrats électroniques: l'exemple québécois" (1998) Juriscom.net 1-19;* Vincent Gautrai*: "Le contrat électronique au regard de la Loi relative a l'encadrement des Technologies de l'information",* dans Vincent Gautrais (dir.), "*Droit du commerce électronique",* Montréal, Themis, 2002, pp. 3-56; Vincent Gautrai: *"Le contrat électronique International".* Bruxelles, Bruylant Academia/Bruylant, 2002; Patrice Vachon: "*La formation des contrats à l'aube des nouvelles technologies"* dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Congrès annuel du Barreau du Québec (1997), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 531-626; Claude Fabien: *"La preuve par document technologique"* (2004), 38 R. T. J. 533-611; Bertrand Salvas: *"L' acte notarié électronique: rêve ou réalité" (2004)* 13 *Entracte* 10,5; Alain Roy et Bertrand Salvas: *"Réflexions sur l'acte notarié électronique en droit québécois",* dans

Artículo 2838: "Además de las otras exigencias de la ley, es necesario para que la copia de una ley, el documento auténtico, el documento semi-auténtico o el documento privado establecidos en un soporte relacionado con las tecnologías de la información, haga prueba en los mismos términos que un documento de la misma naturaleza establecido en soporte papel, que su integridad esté asegurada".

Artículo 2839: "La integridad de un documento está asegurada cuando sea posible verificar que la información no ha sido alterada y que es mantenida integralmente, y que el soporte que sustenta esta información le procura la estabilidad y la perennidad querida.

Cuando el soporte o la tecnología utilizada no permite afirmar ni negar que la integridad del documento esté asegurada, éste puede, según las circunstancias, ser aceptado a título de testimonio o elemento material de prueba y servir como principio de prueba."

Por el momento, y quizá para siempre en muchos Estados, sólo son utilizadas copias o versiones electrónicas de los DNP.

Por otra parte, en los Estados Unidos la versión revisada de 1 de febrero de 2007 de la *MNA (Model Notarial Act),* en su artículo 16 precisa que la definición de un documento notarial en soporte papel (DNP) se aplica también a los documentos notariales electrónicos.

2. EFECTOS JURÍDICOS DEL DOCUMENTO PÚBLICO ELECTRÓNICO

En la medida en que el documento notarial electrónico (DN-e) satisfaga las exigencias, especialmente en cuanto al otorgamiento, a la autorización y a la conservación de un documento público, se deberá beneficiar de los mismos efectos jurídicos atribuidos al DNP.

Vincent Gautrais (dir.) "*Droit du commerce électronique",* Montréal, Themis, 2002, p. 653; Trân Thuy-Nam-Tram: *L'acte authentique notarié électronique.* McGill. Institute of Comparative Law, University de McGill, 2001, en ligne: http:/digitool.Library.McGuill.CA:8881; Bertrand Salvas: *"L'Acte notarié électronique rêve ou réalité?".* Extracte-vol. 13, núm. 10, 15 octobre, 2004.

C) RETOS EN EL PASO DE LA PRÁCTICA NOTARIAL DEL DNP AL DN-e

Sin embargo, quedan, a nuestro juicio, al menos cinco retos a superar para que el DN-e pueda ser calificado como documento público, tener los mismos efectos jurídicos que el DNP y alcanzar el mismo grado de seguridad jurídica que actualmente ofrecen los DNP.

1. La autorización del DN-e.
2. La firma electrónica y el DN-e.
3. La matriz, la conservación y las copias del DN-e.
4. La integridad y la inalterabilidad del DN-e.
5. La circulación transfronteriza del DN-e.

Nuestras observaciones se limitarán a estas cuestiones jurídicas. No tenemos la menor duda de que una vez estos retos sean superados, se pondrán rápidamente los medios técnicos.

Por otra parte, no hay que descuidar la necesidad para los notarios de familiarizarse con el derecho informático, el cual posee sus propias nociones, estructuras conceptuales, sus propios mecanismos y su terminología exclusiva y especial, tales como el DNS, códigos HTML, función de *hash* y formatos de firma electrónica o numérica, y que se pida al notario, especialista por excelencia del documento, estudiarlo, no desde el punto de vista técnico (lo que no es su propósito como usuario especializado), sino desde un punto de vista jurídico (25).

1. LA AUTORIZACIÓN DEL DN-e

La autorización por un notario de un documento notarial requiere la presencia de las partes (o de sus representantes), testigos y notario durante todas las etapas del otorgamiento del mismo, a saber: la comprobación de la identidad de las partes, el control de la capacidad y de la legitimación para obrar, la explicación o la lectura del documento que va a ser firmado, la recepción de las declaraciones en cuanto a la comprensión de los derechos y obligaciones de las partes, el consentimiento de estas últimas, y la firma.

(25) Véase informe de Ugo Bechini, *supra*, nota 5, p. 3.

Aunque la identificación y la firma de las partes y de los testigos que no están físicamente presentes ante el notario autorizante puedan ser establecidas con una certeza casi absoluta, la presencia física de las partes ante el notario es indispensable a fin de permitir al notario juzgar la existencia y la calidad del consentimiento. En efecto, la actitud, el comportamiento e incluso los momentos de silencio y/o las expresiones físicas son todos ellos indicios de la disposición de las partes y por encima de ello, de su aceptación incondicional del documento proyectado. Tal verificación es esencial en la autorización del documento notarial (26).

Así, si hubiese en un Estado una ley que permitiese la firma de las partes o de los testigos sin la presencia del notario, el DN-e definido de tal modo en ese Estado no sería un documento público, al menos no según el sentido generalmente aceptado de documento público.

Existen esencialmente tres opciones en cuanto a la autorización del documento notarial: (a) el statu quo: un solo notario, (b) la presencia de dos o más notarios, o (c) la presencia virtual o funcional.

a) Statu quo: un solo notario

Las partes y los testigos se presentan en persona ante el notario autorizante y firman electrónicamente, todo como en el supuesto de un DNP. La sola excepción la constituye la utilización de poderes. Es lo que establecen las leyes en la mayor parte de los países de la UINL.

b) Dos o más notarios

Esta opción supone la obligación de presencia física de las partes ante un notario, pero una parte puede, no obstante, comparecer ante otro notario distinto del notario autorizante. Es la opción adop-

(26) Se puede incluso hacer una analogía con la obligación de una mujer musulmana de levantar su *burka* en un proceso a fin de que el juez y el jurado puedan apreciar sus expresiones; véase la sentencia del Tribunal de Sydney, Australia, de 19 de agosto de 2010.

tada por los derechos francés y belga (27), que garantiza la autenticidad del DN-e preservando además las ventajas de las relaciones electrónicas, especialmente la limitación de los desplazamientos. De hecho, se trata de un modelo que se inscribe en la práctica y la tradición cultural en Francia y en Bélgica, donde, para un gran porcentaje de transacciones inmobiliarias, es habitual la utilización de dos notarios.

En Francia, esta práctica, que se llama documento notarial a distancia, "con dos notarios en cada extremo de la cadena", ha sido consagrada por el nuevo artículo 20 de los Decretos de aplicación (28) del artículo 1317, párrafo segundo, del Código Civil, que permite la autorización simultánea de un documento notarial por dos despachos notariales diferentes.

Dicho artículo 20 establece:

"*Cuando una parte o cualquier otra persona concurrente en un documento no está presente ni representada ante el notario autorizante, su consentimiento o su declaración es recogida por otro notario ante el que comparece y que participa en la autorización del documento. Este documento hace referencia a que ha sido así autorizado"* (29).

Como consecuencia, cada uno de los notarios recoge el consentimiento y la firma de la parte o persona que concurre en el documento. Esta firma de la persona a distancia se hace igualmente por un procedimiento que permite visualizar en pantalla la imagen de la firma conforme al artículo 1317.

(27) La nueva Ley 24/2001 española (art. 111) prevé también la formación de un DN-e autorizado por varios notarios de manera que cada notario reciba la declaración de voluntad de cada parte, comunicándolo después por medio electrónico al otro u otros notarios y formalizando finalmente un solo documento notarial. Se espera igualmente el desarrollo reglamentario de esta previsión legislativa. Véase informe español IRENE, *supra*, nota 5.

(28) Véase *supra*, nota 13.

(29) Para los decretos de aplicación del artículo 1317.2 del Código Civil sobre la escritura pública, véase: http/:www.fidalweb.com/liste/liste.

Recalquemos que la posibilidad de que una escritura pública pueda ser firmada por una parte ante otro notario ha existido siempre en Quebec (30), aunque es raramente utilizada.

Además, según el derecho quebequés, después de la adopción de un reglamento, con el fin de garantizar mejor la libre circulación internacional de los documentos notariales, se permite incluso que un notario de un Notariado miembro de la UINL pueda autorizar la firma de una de las partes (31) y que esta solución se aplique respecto de los documentos notariales electrónicos.

c) Presencia electrónica virtual o funcional

Para responder a las ventajas de ganancia de tiempo y economía del documento electrónico, el derecho quebequés permite la firma de una parte fuera de la presencia de un notario. Las modalidades deben ser aprobadas por el reglamento.

El párrafo 3 del artículo 50 dispone:

"Dentro de los límites y siguiendo las condiciones previstas por reglamento del Consejo de administración, la firma de las partes y de los testigos de un documento autorizado sobre un soporte distinto del papel, puede ser puesta fuera de la presencia del notario y éste no está entonces obligado a firmar la escritura en el mismo lugar donde la última de las partes a firmar lo ha hecho".

Se puede entender el fundamento de esta disposición. Uno de los efectos del desarrollo de la tecnología de la información es que la proximidad física entre las partes en la formación del documento ya no es requerida hoy y que es más sencillo establecer relaciones contractuales entre individuos que se encuentran lejos uno de otro. No se puede negar, sin embargo, aceptando tal práctica, que la exigencia de la presencia física de las partes da la impresión de que el documento notarial pertenece a una época pasada.

Comentarios:

(30) L.R.Q.N-3. Artículo 50, párrafo 2, y el artículo de la antigua Ley del Notariado.

(31) Ibíd., artículo 50, párrafo 3, de la Ley del Notariado.

De todas maneras, nos parece que es preciso descartar la tercera opción. Esperamos que esta práctica no se concrete jamás en Quebec, ni en otra parte. Si existieran leyes que permitieran las firmas electrónicas a distancia fuera de la presencia del notario, el DN-e no sería un documento público, al menos según los criterios generalmente reconocidos.

Esta solución, rechazada por todos los Estados, tendría como consecuencia que un documento que no sería público o auténtico más que en virtud de criterios aceptados por el derecho de Quebec, podría no ser reconocido como tal en otra parte. Esperemos que el rechazo por la comunidad internacional de Notariados refleje la opinión de que la existencia del consentimiento no se puede garantizar fuera de la presencia del notario, incluso aunque sea por videoconferencia, por ejemplo.

La presencia de las partes ante el notario tiene otras muchas ventajas; hay que evitar la situación en la que las partes no se reúnan, sobre todo en los contratos de venta. La presencia ante el notario permite a menudo a las partes, con ayuda de aquél, resolver los problemas menores que sobrevienen con ocasión de la transacción y establecer buenas relaciones para un mejor futuro del contrato.

El notario, funcionario público y consejero jurídico, no debería parecer un buzón ni un depósito de firmas (32).

A nuestro juicio, también es necesario restringir la multiplicación de notarios, como se hace en Francia y en Bélgica, como si fuese la solución mágica para asegurar la autenticidad del DN-e a la vez que permite la utilización del DN-e.

Con todo el respeto debido a estos grandes Notariados y sus notarios, esta manera de hacer tiene, como efecto, desnaturalizar el papel fundamental del notario en lo que afecta a su imparcialidad hacia todas las partes del documento. Incluso aunque siga siendo posible, lo que parece ser el caso en estos países, actuar con imparcialidad, nos parece evidente que falta la apariencia de obligar a cada uno de los notarios a ser imparciales (33).

---

(32) Hay actividades humanas que no se pueden confiar a la máquina. La máquina no es más que una herramienta; el hombre es el que concibe y garantiza las actividades humanas. Sería peligroso confiar a una máquina un papel que siempre ha sido confiado a un humano.

(33) Reconozco que mis comentarios se aplican también a los DNP. Por

En este sentido, ya no quedaría mucho de la especificidad del notario con relación al abogado, lo que no es deseable teniendo en cuenta ciertos proyectos recientes (34).

Es por lo que, a fin de responder a las exigencias de la autorización del documento notarial y de no alterar la imagen y el papel del notario, recomendamos el mantenimiento del statu quo, es decir, la firma de las partes electrónicamente ante el notario autorizante, y la utilización muy excepcional de un segundo o tercer notario.

2. FIRMA ELECTRÓNICA Y DN-e

La firma electrónica está admitida en la mayoría de los Estados miembros de la UINL. Por ejemplo, en Europa, la directiva 1999/93 ha creado un marco comunitario para la firma electrónica, y ha sido transpuesta en todas las legislaciones de los Estados de la Comunidad (35) por medio de leyes especiales.

Subrayemos que la determinación de lo que pueda constituir una firma electrónica no es una cuestión técnica, sino más bien jurídica. En efecto, un proceso técnico o un conjunto de datos no funcionarán como firma más que si es reconocido como tal por la ley aplicable.

---

otra parte, en lo referente al problema de dos notarios y el DN-e, la obligación de consejo y la de verificar el consentimiento, la comprensión, etc., podría incumbir al notario instrumentante en cuanto a las dos partes, incluso aunque un cliente firmase ante otro notario, que no estaría ahí más que para verificar la identidad y la ausencia de coacción. El primer notario podría comunicarse con el cliente y con el segundo por medio de videoconferencia. Sin embargo, no es deseable generalizar la apariencia de que cada uno tiene su propio notario para protegerle.

(34) El informe Darrois recomienda conferir la fuerza probatoria de un documento auténtico a un documento privado refrendado por un abogado.

(35) Por ejemplo, en Bélgica, por la Ley de 20 de octubre de 2000, que modifica el artículo 1322 CC así como la Ley de 9 de julio de 2001; en Austria, por la Signatugesetz (SigG), BGB1, 1990/190; en España, por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre; en los Países Bajos, por la Ley de 8 de mayo de 2003, llamada *wet elektronische handtekeningen*; en Italia, por Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005; en Alemania, por la Ley sobre firma electrónica de 21 de mayo; en Francia, por el artículo 1316-4 y el Decreto de 30 de marzo de 2001; en Grecia, por el Decreto Presidencial número 150/2001.

Existen diversas formas de firma electrónica y todas pueden constituir una firma electrónica si son reconocidas por la ley, ya se trate de identificaciones biométricas, como las huellas digitales, huellas de voz, firmas numéricas creadas para la utilización de la criptografía asimétrica, o incluso otros medios mecánicos, como un sello de caucho, una marca, un número de identificación personal o una tarjeta con chip inteligente.

En los Estados de la UINL en que se reconoce la firma electrónica, tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita.

La firma electrónica del notario, lo mismo que la de los colaboradores del notario y de los candidatos a notario, está sometida a condiciones especiales: hay un procedimiento especial para obtener la firma electrónica; a veces es obligatorio, para cada notario, tener una firma electrónica; el uso de la firma electrónica está generalmente limitado a la realización y a la transmisión de documentos públicos u otros documentos con arreglo a la ley y los notarios son responsables de la custodia de su firma electrónica, cuyo uso por un tercero no puede ser admitido.

a) La firma electrónica del notario

Atendida la función esencial de una firma, es decir, unir una persona a un documento, y los criterios que permitan asegurar esta unión, a saber, la identificación, la autenticidad y la integridad del documento, parece incontestable que la firma electrónica del notario en el DN-e:

Deberá ser única del notario;

Deberá ser puesta o agregada a la escritura matriz de tal manera que las alteraciones posteriores hechas en el documento, o la retirada o las alteraciones de la firma, prueben que ha habido una modificación.

Deberá poder ser verificada independientemente por todas las partes interesadas a fin de confirmar que el notario tenía el poder de actuar como tal; y

Deberá igualmente estar bajo el control exclusivo del notario y al abrigo de toda utilización no autorizada, según un procedimiento de seguridad aprobado.

b) La firma electrónica de las partes en el DN-e

A menos que una ley o un reglamento o incluso un decreto requieran una forma específica de firma electrónica para las partes y los testigos del DN-e, las reglas establecidas por la ley del Notariado o el derecho común son las que deberían determinar la manera de firmar un DN-e.

Nos parece evidente que la manera de firmar un DN-e debería ser uniforme al menos para cada Notariado.

Para hacer el DN-e más accesible al público no es preciso que las exigencias relativas a la firma electrónica sean demasiado complejas, pudiendo utilizarse, por ejemplo, un documento de identidad, provisto de un chip inteligente, foto, etc., o una firma sobre pantalla, en vez de imponer una firma electrónica reconocida.

En Francia el decreto que regula la cuestión de la firma de las partes y testigos precisa que se debe utilizar "un procedimiento que permita la inserción en el documento notarial, visible en la pantalla, de la imagen de su firma manuscrita".

Esto supone en la práctica que el compareciente firma sobre una tableta electrónica que transmitirá la imagen de la firma al documento digital (DN-e).

Según la ley belga la firma electrónica de las partes y de los testigos se efectúa mediante el documento de identidad que poseen todos los ciudadanos, provisto de un chip que contiene informaciones perceptibles a simple vista, así como informaciones únicamente legibles de manera electrónica. Las informaciones de carácter personal perceptibles a simple vista y legibles de manera electrónica se refieren a: nombre, apellidos, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, sexo, lugar y fecha de expedición del documento, fecha de inicio y expiración de la validez del documento, fotografía del titular, firma del titular y del funcionario comunal y número de identificación del registro nacional.

Desde el punto de vista de la sencillez, los dos modelos, francés y belga, respetan el objetivo de la simplicidad para las partes de un DN-e.

Sin embargo, hay que ser conscientes de que el modelo belga adopta para las escrituras públicas la práctica empleada para las pequeñas transacciones cotidianas, lo que constituye una devalua-

ción de la firma de una persona sustituida por la introducción de un número, que valdría más que una firma.

Nos parece que la copia electrónica de un DN-e escaneado y que muestra una firma manual hecha sobre una tableta electrónica ofrece una mayor seguridad, siendo sencillo de utilizar.

3. LA MATRIZ, LA CONSERVACIÓN Y LAS COPIAS DEL DN-e

La adaptación al DN-e de 1) la obligación de tener una matriz, 2) de conservarla y 3) de expedir copias de los documentos desmaterializados, parece plantear importantes cuestiones prácticas y jurídicas:

En cuanto a la primera cuestión, conviene distinguir el documento de su soporte. En efecto, la calidad de "matriz" no es tributaria de la naturaleza de un soporte en particular (36). Esto conlleva, sin embargo, un reto suplementario que consiste en mantener y gestionar un escrito sobre diferentes tipos de soporte (37). Dicho esto, ¿es precisa una nueva definición de matriz para el DN-e? ¿Es que un documento sobre un soporte electrónico, como un disco, una banda o un CD-ROM, podría ser calificado de matriz?

Por otra parte, ¿no es preciso redefinir la noción de "matriz" para el DN-e? ¿Es esta problemática lo que las leyes aprobadas hasta ahora parecen querer escamotear?

Además, sí que sería posible contemplar la posibilidad de que la noción actual de "matriz" sea revisada y adaptada al DN-e. Tomemos como ejemplo las actas de verificación de identidad (que contienen un número de minuta) que son enviados por los notarios quebequenses con una infraestructura de clave pública gubernamental (ICPG). Aunque estos documentos sean asimilados a certificados públicos (38) y no a documentos notariales, son considerados como matrices

(36) Stéphane Caïdi: "La preuve et la conservation de l'ecrit dans la societé de l'information", Memoria, Universidad de Montréal, 2003, pp. 17 y 50.

(37) Isabelle de Lamberterie: "Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective", Réflexions sur l'établissement et la conservation des actes authentiques, Mission de recherche "Droit et justice", Paris, La Documentation française, 2002, p. 81.

(38) Laurent Granier: "L'authenticité notariales électronique", Mémoire, Universidad de Montpellier 1, 2004, pp. 93 y 96.

a partir del momento en que son firmados y cifrados mediante la firma electrónica del notario. No existe copia de tales documentos, solamente uno o varios originales que deben respetar la condición enunciada precedentemente. Sin embargo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, no sería recomendable que varios originales de un mismo documento notarial pudiesen coexistir.

Por el momento ninguna de las leyes que ha reconocido el DN-e ha puesto en duda la naturaleza de original del documento autorizado en forma desmaterializada.

En cuanto a la segunda cuestión, dado que es preciso siempre conservar un original del DN-e, el reto es precisar las medidas para asegurar la conservación de esta matriz. Al respecto se presentan numerosos problemas: 1) ¿durante cuánto tiempo se podrán conservar las firmas electrónicas iniciales? 2) ¿Qué nos reserva el porvenir sobre los sistemas de soporte utilizados inicialmente? 3) En efecto, los documentos notariales deben ser almacenados a muy largo plazo, pero, ¿qué pasará con los documentos cifrados y firmados con certificado electrónico en caso de mutación tecnológica? En fin, ¿cómo almacenar las matrices de los DN-e?

Las primeras iniciativas que han aportado una solución a estas cuestiones provienen de los notarios austriacos, que han establecido un sistema que prevé la centralización de los DN-e durante cierto periodo de tiempo, permitiendo así la coexistencia de los DNP y los DN-e.

En Francia, la respuesta se ha buscado en la centralización de los DN-e, que ya está en vigor. Se caracteriza por la existencia de un gran protocolo central, puesto en funcionamiento y controlado por el Consejo Superior del Notariado (39), a fin de permitir la conservación colectiva de los documentos públicos. Esta colectivización ha sido necesaria, sobre todo, para subvenir a los costes de mantenimiento y previsión de riesgos. El protocolo central supone la indispensable unificación de la forma de producción de los documentos. Por otro lado, sólo el notario autorizante o su sucesor pueden acceder al protocolo central. Por lo que significaría de desposesión de una matriz en soporte papel, se considera que el notario, por su derecho de acceso exclusivo, permanece en "posesión" virtualmente de la matriz.

(39) Véase artículo 28 del nuevo Decreto.

Bélgica ha creado también un sistema de centralización de documentos, acercándose al modelo francés. Según el artículo 18 de la Ley sobre diversas disposiciones de 6 de mayo de 2009:

"Todos los documentos notariales autorizados bajo forma desmaterializada, así como una copia desmaterializada de todos los documentos autorizados en soporte papel, serán conservados en un Banco de documentos notariales llevado por la Cámara Nacional de notarios, que puede delegar su desarrollo y la gestión operacional en la Federación real del Notariado belga. En los cinco días siguientes a la autorización del documento, sea un documento desmaterializado, o la copia desmaterializada de un documento extendido sobre soporte papel, debe ser depositado y registrado en el Banco de documentos notariales. Esta disposición no se aplicará a los testamentos, las revocaciones de testamento y las instituciones contractuales. Esta copia tiene el mismo valor probatorio que la primera expedición sobre soporte papel."

Además, según el artículo 20 de la misma ley: *"El notario no está obligado a conservar la matriz de un acto autorizado bajo forma desmaterializada después de que haya recibido la confirmación del depósito de la escritura en el Banco de documentos notariales contemplado en el artículo 18. El Banco de documentos notariales tiene el valor de fuente auténtica de los documentos que están allí registrados".*

De hecho, según la ley belga, el notario está incluso expresamente liberado de la obligación de conservar la minuta de los documentos desmaterializados desde que ha recibido la confirmación del depósito del documento en el Banco de documentos notariales. Esto constituye la cesión de una función esencial del notario: la de conservar las matrices de los documentos notariales. Esta cesión ha sido considerada necesaria, pues permite conseguir mayor seguridad y mejor conservación de los documentos notariales, puesto que estarán agrupados bajo un sistema central armonizado y que la pérdida de datos, si no están a resguardo de todo peligro, podría conducir a su destrucción.

No obstante, solamente el notario autorizante de un documento notarial registrado en el Banco de documentos notariales podrá expedir copias del mismo (art. 22). Pero mientras que el notario

autorizante pierde la "posesión" de la matriz del documento desmaterializado (DN-e), conserva la del DNP. Hay que pensar que debe recurrir al Banco de documentos notariales para expedir una copia de un DN-e, pero no para hacerlo de un DNP.

No se puede sino constatar que se ha modificado un elemento del documento notarial.

Parece, pues, a la luz de los ejemplos precedentes que, a fin de garantizar la integridad de los DN-e, su agrupación en un sistema centralizado, que confiere una seguridad masiva y sólida, sea la mejor solución que se haya encontrado hasta hoy, a fin de responder al desafío de la conservación de las matrices de los DN-e. El hecho de conservar estos documentos colectivamente les confiere una cierta estabilidad. Hay que esperar que los sistemas de centralización de Francia, Bélgica, Alemania y Austria sean verdaderamente tan infalibles y estancos como se pretende. Sería necesario, por ejemplo, blindar cada DN-e individualmente, de suerte que nadie más que el notario autorizante pudiese acceder al documento a fin de expedir una copia autorizada. Esta seguridad formal podría ser garantizada por la firma electrónica del notario autorizante con su clave pública de firma y de encriptación.

Se puede pensar que los Notariados de otros Estados miembros de la UINL van a inspirarse en estos modelos.

La tercera cuestión concierne a las copias del DN-e. Sea el notario individual quien conserva la matriz del documento en forma desmaterializada o sea conservada la matriz en un archivo central al que el notario tiene acceso exclusivo, debería existir alguna manera de diferenciar la matriz de la copia. En cambio, el notario autorizante podría sencillamente autorizar la copia electrónica como una copia del DN-e.

La ley debería prever en qué medida las copias de los DN-e extendidas sobre papel pueden ser expedidas y transmitidas utilizando medios electrónicos. En muchas leyes las copias electrónicas expedidas para las autoridades judiciales y administrativas (incluido el registro inmobiliario y otros registros) tienen el mismo valor que las copias expedidas sobre papel. En consecuencia, en estas leyes, la transcripción "sobre un documento papel" de una copia notarial electrónica por el registro inmobiliario, por ejemplo, es tan auténtica como la original.

Sin embargo, todavía no está previsto por ninguna ley que las copias electrónicas expedidas por los particulares tengan el mismo valor auténtico y efectos probatorio o ejecutorio que las copias de los DNP.

Sobre la cuestión de la copia en soporte electrónico, el artículo 37 del decreto de 2006 del derecho francés (40), relativo a los documentos autorizados por los notarios franceses, dispone que "*el notario puede proceder a la copia sobre soporte electrónico después de haber utilizado un sistema de codificación en condiciones que garanticen su reproducción idéntica. El notario que expide una copia en soporte electrónico debe expresar la fecha y poner su firma electrónica segura. La copia autorizada debe incluir además la imagen de su sello. La copia autorizada debe hacer mención a su conformidad con el original.*

Cuando la copia auténtica es expedida por un oficial habilitado, éste debe imponer además de la imagen del sello del notario su firma electrónica segura, así como la imagen de su nombramiento, en que conste su nombre y la fecha de habilitación.

Las copias ejecutivas y las copias autorizadas pueden ser transmitidas por vía electrónica en condiciones que garanticen la integridad del documento, la confidencialidad de la transmisión, la identidad de quien la expide y la del destinatario".

Señalemos también que, según la ley belga, la versión desmaterializada se considera como copia desmaterializada de un DNP (41).

(40) Decreto núm. 71-941, de 26 de noviembre de 1971, relativo a los documentos autorizados por los notarios, versión consolidada 1 de febrero de 2006.

(41) Es interesante e intrigante comparar el sistema en vigor en la Columbia Británica (la más occidental de las provincias canadienses), que, según la Land Title Act B.C.Reg. 471/2003, permite a los abogados y a los notarios presentar documentos para inscribir derechos inmobiliarios de forma electrónica. Ya que la Ley ordena que un original sea depositado en la oficina de registro, según la sección 168.6, un documento electrónico que ha sido recibido por el registrador es, de forma concluyente, considerado como el original del acto, mientras que la versión papel es considerada como una copia.

4. LA INTEGRIDAD Y LA INALTERABILIDAD DEL DN-e

Este reto concierne a la seguridad de que la copia del DN-e es fiel a la matriz. Es preciso asegurar que el contenido de la matriz del DN-e no ha sido modificado y que la copia electrónica no ha sido modificada durante la transmisión.

Se trata, sin duda alguna, del desafío más importante. Aun cuando las firmas electrónicas seguras recurriendo a las tecnologías de firma numérica, utilizando las funciones de criptografía, pueden proporcionar una cierta seguridad en cuanto a la integridad, es innegable que los riesgos de modificación y alteración son mayores en los documentos electrónicos que en los documentos sobre papel, incluso aunque la modificación saltase a la vista inmediatamente.

Así la integridad del documento estará asegurada si es posible comprobar que las informaciones que contiene no han sido modificadas, han sido mantenidas íntegramente, y el soporte utilizado asegura la estabilidad y la perennidad de la información.

Ello no es siempre así, pues el DN-e no está inmunizado contra los delitos y los problemas relacionados con la seguridad que se producen a menudo en el exterior de las fronteras nacionales. Estos problemas incluyen la piratería informática, la difusión de virus, la suplantación de personalidad, el uso de "anzuelos" (42), los programas espías y las intrusiones fraudulentas en un ordenador por medio de engaños (43). A modo de ejemplo, recordemos que Estonia fue víctima de ciber-ataques masivos en 2007 que paralizaron completamente los servicios gubernamentales y bancarios en línea, por parte de "pretendidos" *hackers* rusos (44). Imaginemos la disfunción que tales actos podrían ocasionar en el Notariado en cuanto a los bancos de centralización de documentos notariales.

---

(42) El uso de anzuelos significa "la utilización de correos engañosos con la finalidad de obtener información de datos personales de un individuo para suplantar su personalidad".

(43) Véase Peter P. SWIRE: "Elephants and mice revisited: law and choice of law on the internet". Vol. 153 (2005), Unit of Penn Law Rewiew, 1975 a 1978.

(44) Véase el artículo de correo internacional disponible en la siguiente dirección: http://www.courrierinternational.com/article/2009/03/05hackers-en-uniforme

5. LA CIRCULACIÓN TRANSFRONTERIZA DEL DN-e

La transmisión de los documentos originales (DN-e *en brevet*), de copias electrónicas de los DN-e y de copias o versiones electrónicas de los DNP se añade a los problemas ya existentes que conciernen a la circulación transfronteriza de las escrituras notariales.

a) La prueba de la autoría de un DN-e, de una copia electrónica de un DN-e, o de una copia o versión electrónica de un DNP

En los Estados que no han adoptado *El Convenio de La Haya de 1961* suprimiendo la exigencia de la legalización de documentos públicos extranjeros, se requiere todavía la legalización para constituir la prueba de la veracidad de la firma y de la calidad con la que el notario ha actuado y el origen del timbre o del sello.

Es extraño, por otra parte, que Canadá no haya adoptado todavía el Convenio. Al menos, el artículo 2822 del Código Civil de Quebec ha suprimido toda exigencia de legalización para los documentos públicos extranjeros.

El Convenio de la Apostilla se aplica actualmente en 98 países; en virtud de él, la inserción de una apostilla por una de las autoridades del país de procedencia de la escritura pública reemplaza la legalización diplomática y consular del país de destino.

En respuesta a los trabajos de la Comisión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como a las conclusiones de algunos foros internacionales organizados por la Conferencia de La Haya, la UINL y la *National Notary Association*, han concluido que era posible adaptar dicho Convenio a los documentos extendidos o producidos electrónicamente en las siguientes condiciones:

i) Que su utilización no comprometa los principios directores del Convenio de la Apostilla, especialmente su simplicidad y el hecho de reducir los costes y plazos y que continúe ofreciendo la misma seguridad jurídica que los documentos en soporte papel, y

ii) Que los Estados contratantes estén en condiciones de adaptar sus leyes y prácticas a las líneas directrices de la ley modelo CNUDCI sobre el comercio electrónico de 1966 y su guía, y de la ley modelo

CNUDCI sobre las firmas electrónicas de 2001 y su guía, especialmente los principios de no discriminación y equivalencia funcional.

En tal caso, una apostilla electrónica podrá ser insertada sobre el original de un DN-e (documento notarial *en brevet*), sobre la copia electrónica de un DN-e librada por el notario autorizante, o sobre una copia o versión electrónica de un DNP librada por el notario.

El hecho de que el notario autorizante es el único que puede librar copias de la escritura que ha autorizado excluye, a nuestro juicio, la inserción de una apostilla, sea sobre una fotocopia de un DNP no autorizada por el notario, sea sobre una versión escaneada no autorizada y firmada electrónicamente por el notario, sea sobre una fotocopia de una copia autorizada de un DNP. En otros términos, la inserción de una apostilla electrónica no añade ningún valor a una copia escaneada que no haya sido expedida y firmada electrónicamente por el notario (45).

Subrayemos que es posible que la ley del Estado de procedencia de un documento público pueda prever que una versión escaneada o una fotocopia del documento público ya firmado pueda constituir un documento público para los fines de la Convención. Sin embargo, en lo que concierne a los documentos notariales de los Estados miembros de la UINL, no es el caso, por lo que sabemos.

b) Ley (es) aplicable (s) a la validez del documento

Incluso en los Estados donde el Convenio sobre la Apostilla está en vigor, continuarán presentándose ciertos antiguos conflictos de leyes y de autoridad sobre la validez del documento (46). Por ejemplo:

i) ***La calificación de la exigencia de forma notarial*.** El problema está todavía de actualidad, pues mientras que en unos te-

(45) No obstante el hecho de que una versión escaneada parece ofrecer una gran seguridad en cuanto a las firmas. La cuestión ha sido discutida en el Quinto Foro sobre la Apostilla, celebrado en Londres el 13 de junio de 2009.

(46) De todas formas, la Convención no regula la cuestión de la validez del acto.

rritorios la exigencia de documento notarial es calificada como una cuestión de forma, en otros ello depende de la ley aplicable al contenido del acto, o del estatuto real o de la *lex auctoris* (47).

ii) ***La calificación del documento como documento notarial.*** No es el nombre dado al documento, sino los elementos y circunstancias que rodean el otorgamiento y la autorización del documento, así como la función y la calidad de la persona que actúa como "notario", los que permitirán la calificación del documento como documento público. Por consiguiente, las "*Notarial Acts*" emitidas por un "*Notary Public*" según la *Model Notarial Act* de los Estados Unidos no serán reconocidas como documentos notariales en los Estados de Derecho civil (48). Es más, los documentos elaborados por las partes o por abogados, calificados según la ley de ciertos Estados de Derecho civil como documentos notariales, no lo son cuando la intervención del notario esté limitada a la legitimación de la firma y a la identificación de las partes.

Se van a presentar nuevos conflictos de leyes con la utilización del DN-e. Por ejemplo:

iii) ***Utilización de la forma desmaterializada para un documento notarial.*** No hay uniformidad en cuanto a la utilización del soporte electrónico para la redacción y la autorización de cier-

(47) La cuestión se presenta frecuentemente en Quebec, donde las donaciones y lo mismo las hipotecas, que afectan a los inmuebles situados en Quebec, son a veces firmados en una provincia de "*common law*". A no ser que exista un fraude de ley o pueda ser invocada la cláusula de excepción (art. 2082 C.c.Q), cuando el acto concierna a un inmueble situado en Quebec, es probable que el acto sea válido si respeta las formalidades del lugar de su otorgamiento. Para un estudio exhaustivo de esta cuestión, véase C. Pamboukis: *"L'acte public étranger en droit International privé".* Paris. Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1993.

(48) La resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008, que contiene las recomendaciones a la Comisión sobre el documento público europeo [2008/2124(INI)], parece poner fin al reconocimiento como documento público a los documentos redactados y expedidos por los abogados (*solicitors*) que desempeñan la función de notarios, así como los de los notarios de profesión (*scrivener notaries*) en Inglaterra y País de Gales. Personalmente yo hubiera preferido la enmienda propuesta por la MEP Diana Walis, tendente a permitir el reconocimiento de los instrumentos que tuvieran efectos equivalentes.

tos documentos notariales (49). Por ejemplo, el testamento notarial debe estar autorizado en DNP en Quebec y en Bélgica (50).

iv) ***La firma electrónica.*** Otros conflictos de leyes se pueden presentar, bien sobre la firma electrónica del notario, especialmente en lo que concierne a la forma de certificar su identidad y su firma por un tercero, bien sobre la firma electrónica de un otorgante del documento.

v) ***El momento y lugar de la formación del DN-e.*** Finalmente, los conflictos de leyes en cuanto al momento y lugar de formación del contrato para los contratos a distancia se presentarán si algún día fuera posible que un documento notarial pudiera ser firmado electrónicamente fuera de la presencia del notario autorizante, pero ante un notario perteneciente a un Notariado miembro de la UINL en un Estado extranjero (51).

c) Ley aplicable al reconocimiento de un DN-e

La utilización de un DN-e nada añade a la cuestión de la determinación de la ley aplicable en los conflictos de leyes relativos al reconocimiento de un DNP, sobre todo en los Estados que han adoptado leyes o principios de no discriminación y de equivalencia funcional. En consecuencia, el reconocimiento de un DN-e o de una copia electrónica de un DN-e o de una copia o versión electrónica de un DNP otorgado en el extranjero, no deberá ser rechazado por razón del soporte utilizado.

Sin embargo, no es imposible que el reconocimiento sea rehusado, bien porque el Estado no haya podido instalar las tecnologías necesarias, bien porque dude de la seguridad de tales medios o, en fin, porque sea imperativa la utilización del DNP para el documento cualquiera que sea el lugar de su otorgamiento.

(49) Véase Thomas J. SMEDINGHOFF: "*Online Transactions: The Rules for Ensuring Enforceability in a Global Environment*" *(*2006), The Computer&Internet Lawyer. Volume 223, núm. 4, p. 6.

(50) La Ley de 6 de mayo de 2009, Capítulo 4, Documentos notariales electrónicos. Artículo 18. Artículo 726 C.c.Q (Quebec).

(51) Solución posible según la *Ley du Notariat* de Quebec, después de la adopción del Reglamento, véase artículo 50, párrafo 3.

d) Ley aplicable a la fuerza probatoria de un DN-e

La utilización de un DN-e, o una copia electrónica de un DN-e, o una copia o versión electrónica de un DNP, no aporta nada nuevo a la cuestión de la determinación de la ley aplicable en los conflictos de leyes relativos a las incidencias de la fuerza probatoria del documento fuera del país de origen, especialmente en lo que concierne a la alegación de falsedad. ¿Es preciso aplicar la ley del foro, la ley del lugar del otorgamiento del documento, o la ley en virtud de la cual proviene la autoridad del notario? (52).

e) La ejecución en el extranjero de un DN-e

Finalmente, la utilización de un DN-e, o una copia electrónica de un DN-e, o una copia o versión electrónica de un DNP, no aporta nada nuevo a la determinación de la ley aplicable en los conflictos de leyes relativos al reconocimiento de los documentos notariales extranjeros en papel. El hecho de que el documento notarial se presente bajo un soporte desmaterializado no debería cambiar la situación actual.

En Europa, la ejecución transfronteriza de los documentos notariales se ha logrado desde hace tiempo en virtud del artículo 57 del *Reglamento de Bruselas* (53) y en virtud del artículo 57 del *Convenio de Lugano* revisado (54), y este marco jurídico tiene vocación de aplicarse a los documentos notariales otorgados sobre soporte electrónico. Resulta, sin embargo, poco probable que dichos documentos sean ejecutivos como resolución extranjera en los territorios de *common law*, al menos en Canadá y Estados Unidos.

(52) La resolución de 18 de diciembre de 2008 (*supra* nota 34) pone fin a esta cuestión en Europa en virtud de la resolución Q-3, "subraya que el reconocimiento no puede tener como consecuencia dar a un documento extranjero mayores efectos que los que produciría un documento nacional".

(53) Artículo 57 del Reglamento de Bruselas (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

(54) Convenio de Lugano sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

f) La deontología en torno al DN-e

Hay que pensar que las disposiciones de cada ley del Notariado constituyen reglas de aplicación inmediata. Sin embargo, me parece que el otorgamiento de un DN-e destinado a un país extranjero deberá imponer un comportamiento y un incremento del deber de consejo por parte del notario, a fin de asegurar la eficacia de su documento en el extranjero.

CONCLUSIÓN

Puesto que los obstáculos que se oponen a la entrada del documento notarial en forma desmaterializada no son insuperables, hay que pensar que algunos Notariados miembros de la UINL van a optar o piensan optar por una práctica notarial que favorezca el DN-e. Sin embargo, las ventajas de esta transformación no son forzosamente enormes: 1) economizar espacio para la conservación de las matrices en soporte papel; 2) economizar tiempo y desplazamientos, y 3) dar al Notariado una apariencia de modernidad a fin de no dar la impresión de que el documento notarial está superado.

1) Economizar espacio para la conservación de las matrices en soporte papel. Es verdad; sin embargo ¿está la garantía de perennidad igualmente asegurada?

2) Economizar tiempo en los desplazamientos; de todas maneras no se trata de un argumento muy sólido. Desplazarse es concienciarse de la importancia y de la seriedad de la operación; es ver al notario y aprovechar sus consejos. La celeridad no es siempre una virtud, y en muchos casos, el simple desplazamiento hacia el estudio del notario es en sí, no una pérdida de tiempo, sino la garantía de una transacción meditada y bien comprendida.

3) La apariencia de modernidad a fin de no dar la impresión de que el documento notarial está superado. Sin embargo, la modernidad no es una garantía de calidad. Es quizá más sensato tomar del pasado y de lo nuevo lo que cada uno tiene de más interesante. Del pasado, su experiencia; del presente, sus tecnologías innovadoras y sus límites en términos de fiabilidad y de seguridad a través del espacio y del tiempo.

Efectivamente muchos Notariados han optado ya por la práctica consistente en la autorización de DNP y en el envío de las copias electrónicamente, lo que es una utilización compartida del DNP y del DN-e.

En fin, incluso en los Estados en los que la práctica notarial concede ya un amplio espacio al DN-e, el tiempo nos dirá si su utilización será algo marginal o raro. Modernidad y seguridad no son forzosamente una combinación ganadora. La informática general es una excelente demostración de ello: todavía estamos a la búsqueda de una seguridad y una fiabilidad cuasiabsoluta a través del espacio y del tiempo.

De todos modos, lo esencial de nuestro propósito era hacer una revisión del estado de la cuestión y no poner el acento en las apuestas y los desafíos del paso desde el documento notarial en papel al documento notarial electrónico.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

En primer lugar voy a centrar el comentario de las cuestiones planteadas en el DICTAMEN del número 74 de la Revista, exclusivamente en los problemas fundamentales que surgen en las mismas. A continuación el nuevo DICTAMEN.

Primero. Venta de participaciones sociales de SRL que encubre donación: cabe demostrarlo así porque aunque en la escritura pública se hizo constar que el precio se confiesa pagado con anterioridad, el comprador carece de medios económicos para probar haber satisfecho el precio.

1. La venta que donación encubre ha hecho correr ríos de tinta y dado lugar a abundante número de sentencias. Las del Tribunal Supremo constituyen un elenco demostrativo de no clara tendencia y de falta de uniformidad, aunque el criterio se ha ido decantando por considerar la nulidad de la compraventa por falta de precio y de la donación disimulada por las consideraciones que expongo.

2. Ha sido fundamentalmente a partir del estudio de De Castro sobre la cuestión cuando lentamente el Supremo ha ido consolidando el criterio anterior (aunque con importantes variaciones proclives a considerar, en casos, la validez como donación remuneratoria cuando ha aparecido clara la existencia de servicios prestados por el donatario al donante). Para concretar la doctrina jurisprudencial que puede considerarse firme y consolidada cabe apuntar la sentencia de 11 de enero de 2007, seguida por otras posteriores, sobre nulidad de la donación disimulada bajo la forma de compraventa referida a bienes inmuebles.

3. Y en el presente supuesto que se plantea en el DICTAMEN, por sentencia de 3 de febrero de 2010 decide el Supremo que existe

simulación absoluta y procede la declaración de nulidad de ambos negocios.

Los argumentos jurídicos en que se apoya son los siguientes: a) el ánimo de liberalidad no se presume; b) la escritura pública de compraventa no contempla la *causa donandi; animus donandi* y aceptación expresa del donatario que, al no recogerse, no quedan amparados por la fe pública notarial, vulnerándose así el régimen de la donación del Código Civil; c) considerar válido el negocio disimulado de donación propicia por sí mismo el fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y, una vez conseguido, combatirla si perjudica sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad).

4. Con lo que la argumentación que siempre que por la nulidad total se había decidido por el alto Tribunal se refería a compraventa de inmuebles en escritura pública (art. 633) encubriendo donación, en el supuesto presente la aplica a la escritura de compraventa de participaciones sociales (que ha de constar en documento público, art. 26 Ley SRL y hoy art. 106 Ley de Sociedades de Capital) que encubre donación.

Tajante doctrina jurisprudencial que –aunque ha podido considerarse excesiva por autor como LACRUZ– supone para la actuación notarial razón suficiente para estar alerta ante las circunstancias del caso concreto. Por ello se precisa el conveniente asesoramiento, si se dan los requisitos, para enfocar el supuesto que la realidad presenta por la vía del contrato de alimentos que el Código Civil regula en los artículos 1791 y siguientes. Quede al menos apuntado un supuesto que aparece con cierta frecuencia: los servicios, atenciones, manutención y asistencia de todo tipo que una persona proporciona a otra.

Segundo. Acerca de la inscripción de una escritura en la que los condueños de un solar forman tres fincas que: en lo sucesivo serán susceptibles de aprovechamiento separado y propiedad independiente en régimen de "propiedad horizontal tumbada". Sobre dos de las parcelas se proyectan actualmente determinadas construcciones, mientras que en la tercera, la construcción aún no se realiza, teniendo una edificabilidad de... y estará compuesta por dos plantas, sótano..., con una altura de... y una ocupación de...

Las edificaciones están "meramente proyectadas", se hace constar expresamente en la escritura pública.

El registrador de la propiedad suspende la inscripción: por no existir descripción de la obra nueva proyectada sobre la parcela restante, como ordena el artículo 24.4 de Ley de Propiedad Horizontal...

La sucinta exposición del supuesto responde a un caso real que ha dado lugar a la resolución de 3 de febrero de 2010. Como puede apreciarse, la tendencia que mantengo a plantear supuestos *reales* sigue persistente. Y es que considero fundamental *estar al día* en sentencias y resoluciones destacables por su interés práctico y contenido sustantivo. Estudio el supuesto en lo fundamental.

1. La situación de "prehorizontalidad" en la que sin hallarse terminados todos los elementos privativos, cabe su acceso al Registro, así como la de conjuntos urbanísticos en que los distintos elementos privativos se construyen por fases, ha sido objeto de atención doctrinal en aras de obtener seguridad jurídica por la vía del acceso al Registro de la Propiedad conforme al régimen de propiedad horizontal adaptado a las características de las situaciones inmobiliarias concretas. Así lo hace constar la resolución citada, haciendo referencia expresa además a varias resoluciones de los años noventa en el mismo sentido.

2. Y existe también la figura de la "propiedad horizontal tumbada" para expresar que la separación entre los elementos privativos se da, no por planos paralelos al suelo, en línea vertical, sino perpendiculares a él (la terminología y el estudio profundo de la figura se debe a Sapena Tomás). Sobre ella dice la resolución: en la escritura se recoge una sucinta descripción de lo que en el futuro será la descripción del elemento privativo C, sin que exista precepto alguno que exija que los diferentes elementos privativos de una propiedad horizontal estén totalmente terminados, pues si así fuera, no cabría atender a las situaciones de prehorizontalidad y de construcción por fases. Por ello –agrega– no es necesario en este momento hacer una descripción más precisa, que se realizará en su momento por el propietario correspondiente...

3. El reconocimiento de figura como la que constituye el centro neurálgico de la cuestión en estudio aquí se debe fundamentalmente al estudio e investigación tenaz y clarificador del autor

antes citado. Hoy la Ley de Propiedad Horizontal regula –desde el 6 de abril de 1999– los "Complejos inmobiliarios privados": a los mismos –dice el art. 24– será aplicable el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil, si reúnen los siguientes requisitos: a) Estar integrados por dos o más edificaciones o *parcelas* independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. Y b) Participar los titulares... de una propiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

4. Justamente es lo que en el caso presente existe. Como el notario recurrente esencialmente afirma: el registrador alega artículos como el 24.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando es el 24.1, letra a), el aplicable exactamente al supuesto al permitir expresamente *parcelas sin construir* en el régimen de propiedad horizontal (como ha interpretado –añade en su recurso– la resolución de 23 de octubre de 2002).

Tercero. La constancia en la escritura pública de compra de la finca *z* de que los compradores están casados "en sociedad de gananciales" origina la suspensión de la inscripción porque: es necesario especificar si tal régimen es legal o convencional.

Así lo decide, atendiendo a la calificación registral, la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 5 de marzo de 2010, que corrobora la de 15 de junio de 2009. Sobre esta cuestión cabe exponer lo que sigue.

1. La resolución, sobre la base del artículo 159, párrafo 5, del Reglamento Notarial, considera que: es necesario que el notario despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. Por lo que, conforme al citado precepto, si con base a las manifestaciones de los otorgantes, considera que su régimen, en defecto de capítulos, es el legal supletorio que corresponda, debe hacer referencia expresa al carácter legal de dicho régimen.

2. El criterio de la Dirección General, ante el precepto reglamentario, ¿puede considerarse excesivo, cabe tacharlo de riguroso, formalista...?

Ciertamente existen supuestos en que el matrimonio, casado en sociedad de gananciales, ha pactado luego separación de bienes

capitular, para en último término volver –vía capítulos– al régimen de gananciales, realizando incluso aportaciones al sistema convenido (he atendido algún supuesto; excepcionalmente se dan desde luego, pero existen).

Ahora bien, salvando lo anterior, si manifiestan los interesados que casados están *en gananciales*, es porque consideran que no es otro su régimen económico y por supuesto que no han pactado otro régimen en capitulaciones.

3. En conclusión, a la resolución hay que estar –como he apuntado, corrobora otra anterior de 2009–, por lo que, como expresa la misma, "es necesario que el Notario despliegue la mayor diligencia al...".

4. Con lo anterior expuesto queda el criterio a seguir ante la cuestión planteada, pero no queda dicho con ello todo lo que se debe. A mi juicio –ha considerado VENTOSO ESCRIBANO recientemente–, el problema fundamental no está en que al decir que están casados en gananciales no se sabe si es el legal o convencional, sino en que en ocasiones el verdadero régimen económico matrimonial no es el que los cónyuges creen o dicen, sino otro (véase su estudio: "¿Cuántos tipos de regímenes económico-matrimoniales de gananciales existen en España?". En *El Notario del siglo XXI*, 2010).

Y *Cuarto*. La sociedad "Renta segura SL". Su objeto social. Las competencias de la Junta General y la actuación del órgano de administración.

Acerca de la cuestión planteada, el comentario a realizar podría ser extenso debido a los enfoques doctrinales, la interpretación de concretos preceptos legales, la existencia de sentencias y resoluciones...

Dado que se trata de comentar el supuesto planteado en el DICTAMEN voy directamente a lo que constituye el fondo de la cuestión, sin perjuicio de que pueda y deba profundizarse más.

1. La resolución de 25 de abril de 1997.

En una SRL, su objeto social es: "la explotación del manantial *x* y su distribución de agua mineral, así como la explotación del balneario, baños, hostal, apartamentos, casa de huéspedes y servicios centrales".

Y es competencia de la Junta General: "aportar, vender, hipotecar

y ceder la totalidad de los bienes, derechos y acciones de la sociedad afectos al objeto social".

Ante la calificación registral: tal atribución sólo puede admitirse a efectos internos, la citada resolución considera que el artículo 129 de la Ley SA –aplicable a la SRL– define el contenido mínimo, pero también el máximo del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor. En el caso debatido el objeto social de la entidad está constituido por: "la explotación, en forma societaria, de unos concretos y significados bienes aportados al haber social, por lo que cualquier actuación que implique de presente o pueda implicar en lo sucesivo la salida de esos bienes del patrimonio social excede inequívocamente de las facultades representativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta General".

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2008.

El órgano de administración de una SA –cuyo objeto era la explotación del negocio de transporte– transmitió la titularidad de las concesiones administrativas de transporte, las tarjetas de transporte y los autobuses a otra sociedad dedicada al mismo objeto, dejando a aquélla sin actividad social.

El Supremo considera que: "excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario, pero hay que proteger la buena fe del comprador –que se presume– ante el abuso de exceso de poderes del órgano de administración (art. 129.2 Ley SA, aplicable por una clara razón de analogía)".

3. A mi entender el criterio que de la resolución se desprende es el adecuado: prevé las situaciones que pueden modificar, alterar significativamente la estructura o el funcionamiento de la empresa social, con lo que la delimitación competencial está expresada con claridad.

4. Podría decirse que en el supuesto del DICTAMEN, si el objeto social hubiera sido "La explotación en régimen de alquiler del edificio *x*", la delimitación competencial sí que estaría totalmente clara.

5. Ahora bien, si en último caso, a pesar de la clara delimitación, el abuso, exceso, extralimitación del órgano de administración lleva a la solución de la sentencia citada del Supremo, la seguridad jurídica quiebra, sin ninguna duda.

Y es que falta una clara delimitación competencial hoy por hoy en el régimen legal de las sociedades de capital. Así se pone de manifiesto por parte de la doctrina actual, a fin de que si el criterio que –por concretar un caso real– marca la resolución antes citada se plasma en la escritura pública, queda ya fijada con nitidez la delimitación competencial, por lo que no debe intentarse siquiera *el paso adelante* por el órgano de administración, extralimitándose.

6. Sopesando, en definitiva, pros y contras ante el supuesto real concreto, debe llegarse a la conclusión de si conviene, o es factible en su caso, concretar, como en el supuesto de la resolución expuesta, el objeto social y delimitar claramente en consecuencia el ámbito competencial (sobre esto puede verse, recientemente, mi estudio en: *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, pág. 30 y ss. Tirant lo Blanch, 2010).

Y *a continuación el DICTAMEN.* Aunque en puridad no planteo un supuesto de hecho con varios problemas ligados por la unidad-pluralidad de protagonistas.

Expongo diversas cuestiones, en gran parte basadas en supuestos de hecho que han dado lugar a sentencias del Tribunal Supremo o a resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Insisto, en fin, en la necesidad de estar al día en tal sentido.

Primero. Los padres del menor A, de quince años de edad, venden en representación de su hijo una plaza de garaje que éste heredó de sus abuelos.

En la escritura pública se manifiesta que "la parte compradora sabe que sin lugar a dudas el menor consentirá la venta cuando cumpla dieciséis años, por lo que está conforme en que no se inscriba la titularidad registral hasta que se acompañe dicho consentimiento *a posteriori* o ratificación a la escritura de compraventa".

Efectivamente, meses después lo anterior lo realiza A, acreditando haber cumplido dieciséis años.

El registrador de la propiedad deniega la inscripción: "el negocio celebrado es nulo de pleno derecho dado que el artículo 166 del Código Civil exige la previa autorización judicial. Cuando se celebró aquél el

menor no tenía dieciséis años; por lo que el requisito necesario para la validez de la venta, la autorización judicial, no se ha cumplido".

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segundo. El tutor del incapacitado B celebra un contrato con un tercero por el que acepta, en nombre del pupilo, una operación de reducción de capital a cambio de una contraprestación determinada en acciones, y no solicita previamente la autorización judicial.

• ¿Puede solicitarla *a posteriori*?

Tercero. En escritura pública se celebra un contrato de préstamo con constitución de hipoteca. Se concede el mismo a don C, viudo, y a uno de sus hijos mayor de edad. Siendo los hipotecantes los citados y otras dos hijas, una mayor de edad y otra –D– con diecisiete años cumplidos.

El padre interviene en su propio nombre y derecho y además como titular de la patria potestad de su hija D, la que también comparece y "consiente según el artículo 166 del Código Civil".

En la escritura se expresa que los cuatro hipotecantes tienen su domicilio en la finca hipotecada. Y además que "el préstamo ha sido concedido con la finalidad de rehabilitación de vivienda".

El registrador de la propiedad suspende la inscripción: por existir contraposición de intereses entre el padre y la hija D, siendo necesario por tanto el nombramiento de defensor judicial.

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Y *Cuarto.* Se presenta en el Registro testimonio de la sentencia dictada en procedimiento de separación conyugal que aprueba el convenio regulador aportado a los autos. En él se liquida la sociedad de gananciales disuelta y se adjudican los bienes los cónyuges.

Además, en dicho convenio una vivienda privativa de la esposa es vendida al esposo, quien se subroga en la hipoteca que grava la misma.

• ¿Puede inscribirse así este último negocio jurídico?

SEIS HORAS.

ACTUALIDAD JURÍDICA

DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

María Paloma Fisac de Ron
Tórculo Edicións, 4.ª edición
Santiago de Compostela, 2008
501 páginas

Por José M.ª Castán Vázquez
Profesor Emérito
de la Universidad CEU San Pablo

Desde la Universidad de Santiago, en cuya Facultad de Administración y Dirección de Empresas de Lugo imparte clases como profesora titular de Derecho civil, la doctora Fisac de Ron ofrece un nuevo libro en la misma línea didáctica de otros suyos anteriores. Esta vez su obra es una exposición del Derecho civil patrimonial orientada especialmente hacia los alumnos de empresariales.

La visión pedagógica de la profesora Fisac, que se había manifestado sobre todo a través de un libro de casos prácticos de Derecho civil, está clara. Sobre la base de la doctrina clásica, se apoya al exponerla en esquemas y gráficos, con un estudio de sociología jurídica al pie de página en cada tema, que facilita la comprensión del texto y el conocimiento de la vida jurídica. Y es que la autora entiende que "la realidad de las historias, los datos y las curiosidades cumplen de igual forma el mismo objetivo pedagógico que preside la obra: demostrar que las normas jurídicas están en nuestras vidas de forma permanente y decisiva".

Para lograr ese objetivo didáctico, la Dra. Fisac expone, resumiéndolo, el contenido tradicional de los manuales de Derecho civil. Parte de las concepciones básicas de tan importante rama del Derecho, recogiendo entre ellos especialmente los procedentes del Derecho romano, cuya importancia pone de relieve destacando su proyección en el civil. El peso de esa procedencia, por lo demás, es visible en todo el libro a través de los casos prácticos planteados –repletos, por cierto, de nombres romanos– y de las observaciones de la autora. También ofrece ésta desde las páginas iniciales una visión de las fuentes del Derecho que resultará fundamental para los alumnos en su vida profesional. También ofrece un resumen de las primeras premisas del Derecho, que será útil para el estudiante, donde destaca el valor del Derecho natural.

Sobre esas bases afronta la autora, resumiéndola, toda la completa temática del Derecho civil, desde la parte general hasta el Derecho de su-

cesiones. Y para que los alumnos conozcan las orientaciones actuales, les ofrece una sugestiva reflexión sobre el nuevo Derecho civil europeo. Las normas comunitarias y la jurisprudencia europea están, además, resumidas en lo esencial a lo largo de todos los temas, entre los que se incluyen no sólo los de estricto carácter patrimonial, sino los de naturaleza predominantemente personal.

Algunos temas importantes son, por comprensibles razones de espacio, recogidos con demasiada brevedad; así ocurre, por ejemplo, con el Registro de la Propiedad, cuya referencia sería deseable, por su importancia, que se ampliara en lo posible en las futuras ediciones que el libro, según es previsible y deseable, alcanzará. La presente incluye, a modo de índices, una relación de conceptos jurídicos (pp. 447 a 488) que puede resultar un verdadero vademécum para los jóvenes juristas.

HACIA UNA VISIÓN GLOBAL DE LOS MECANISMOS JURÍDICO-PRIVADOS DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Varios autores
Sofía de Salas Murillo (coordinadora)
El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010
396 páginas

Por María Rosa Gutiérrez Sanz
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

Hablar de discapacidad es hablar de personas, de seres humanos con limitaciones, con dificultades, con problemas, con barreras, con unas condiciones de vida más duras que la generalidad de los ciudadanos.

La discapacidad puede ser contemplada como una característica que hace diferentes a determinados individuos frente al estándar común, pero también como un fenómeno social que acentúa la dificultad de determinadas personas para procurarse, en la medida de lo posible, una vida plena. Esta situación ha provocado que, en un buen número de casos, a la discapacidad se una un fenómeno de discriminación que impide que el individuo disfrute de una ciudadanía plena, de un empleo digno, de una educación en igualdad de condiciones que el resto, e incluso de otros aspectos como la salud, la vivienda, la cultura, etc.

El tema de la discapacidad no siempre ha sido considerado una cuestión de derechos humanos, sino que se ha intentado paliar con medidas de política social que, en muchos casos, sólo han conseguido propiciar e incrementar situaciones de discriminación.

Las Naciones Unidas acordaron formalmente el 13 de diciembre de 2006 el primer tratado del sistema de derechos humanos del siglo XXI para proteger y reforzar los derechos y la igualdad de oportunidades de los cerca de 650 millones de personas con discapacidad que se estima hay en el mundo. Se trató de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la ratificación por España, tanto de dicha Convención [el 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)] como de su Protocolo opcional (BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008), ha marcado un hito en el enfoque de todas las cuestiones referidas a este colectivo.

En este marco, la adecuación de nuestro Derecho a las previsiones de la Convención (considerada como revolucionaria por algunos de los operadores jurídicos implicados), ha generado una concepción distinta de la clásica, de tal forma que se abandona lo benéfico-asistencial y se acoge la óptica que impone la proclamación como derecho subjetivo de ciudadanía del derecho a la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; proclamación efectuada, como es conocido, en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en la que se adoptan medidas concretas de publicidad de las modificaciones judiciales de la capacidad de obrar y de sus correspondientes regímenes de guarda legal a través del Registro Civil.

El libro *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* aborda el tema desde una doble vertiente. En primer lugar, afronta el estudio de la propia valoración de la discapacidad, tanto en el ámbito judicial, como administrativo o sustantivo. Pero, claro está, con la valoración no se agota la respuesta que nuestro ordenamiento está obligado a dar a estas situaciones y, por eso, la segunda parte del libro se centra en la determinación de los diversos mecanismos de respuesta previstos por el ordenamiento, en un intento de aplicar en cada caso el más eficaz, respetando la dignidad de la persona discapacitada y de sus derechos básicos. Asimismo, se incluyen aquellos mecanismos que nuestro ordenamiento prevé para el supuesto en que no se ha producido un proceso de valoración previo.

El nutrido número de profesores autores de los distintos capítulos que componen este libro son rigurosos y destacados especialistas en los diversos campos que abordan, pero además participan de una sensibilidad poco habitual en el manejo de situaciones ciertamente delicadas como son las que se derivan de la aplicación de normas previstas por el legislador con carácter general y objetivo a cada una de las personas discapacitadas que acarrean su particular problemática y su peculiar carga emotiva.

Se trata, en suma, de una obra muy interesante, diseñada desde la seriedad de una doctrina consolidada, pero que aborda los mecanismos jurídico-privados de respuesta que necesariamente se han de arbitrar en la práctica diaria, si lo que se pretende es hacer realidad la demanda social y personal de ese ingente número de ciudadanos que, no por padecer algún tipo de discapacidad, deben verse relegados ni desposeídos de los derechos que la sociedad actual está obligada a proporcionarles.

Como no podía ser menos, la obra recibe el apoyo del Justicia de Aragón que, como institución defensora, dentro de Aragón, de los derechos y libertades de los ciudadanos, acoge esta iniciativa y le confiere un apoyo firme y decidido a fin de que esta magnífica obra haya visto la luz y contribuya a conseguir una sociedad en la que todas aquellas personas que padecen algún tipo de discapacidad tengan un día a día más sencillo, más similar al del resto de la población y, en suma, más feliz.