

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXII ° Mayo-Junio 1996 ° Núm. 634

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albasa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«La capacidad en los negocios sobre inmuebles», por ANTONIO PAU PEDRÓN	723
«La protección registral de los montes vecinales en mano común», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	823
«Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales», por M. ^a LUISA MORENO-TORRES HERRERA	849
«La formación histórica del régimen hipotecario francés o mixto», por MARGARITA SERNA VALLEJO	943
«La imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones en la obligación alternativa», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	1023
«Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos)», por M. ^a TERESA MARTÍN MELÉNDEZ	1037

DICTAMENES Y NOTAS

«Unas notas de recuerdo sobre la conservación de la garantía patrimonial y la protección del derecho de crédito», por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1077
«La representación aparente», JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	1113

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1127

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1131

	<u>Págs.</u>
II. Resoluciones de la Dirección General, por CARMEN DE GRADO SANZ, JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ y FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA	1135
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	1161
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1172
4. Jurisprudencia procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	1188

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Temas de Derecho Agrario», de M. ^a DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1199
«Nueva fiscalidad de los actos jurídicos documentados», de JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, por ELENA MÚGICA ALCORTA	1201
«Afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles: Criterios administrativos y repercusiones fiscales», de VARIOS AUTORES, por ANTONIO TAPIA HERMIDA	1205
«Principios filosófico-jurídicos y comunitarios en la política de la Unión Europea», de JESÚS LÓPEZ MEDEL, por GABRIEL GARCÍA CANTERO	1209
«Democracia, Jueces y control de la Administración», de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1212

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN. Comentarios de M. ^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1217

ESTUDIOS

I

La capacidad en los negocios sobre inmuebles

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA CAPACIDAD NEGOCIAL Y SUS MODALIDADES.—II. LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD.—III. LA CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.—IV. LA INHABILITACION DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS.—V. NEGOCIOS JURIDICOS: § 1. APODERAMIENTO: A. *Capacidad para apoderar*. B. *Capacidad para ser apoderado*. § 2. ARRENDAMIENTO. § 3. COMPRAVENTA. A. *Capacidad para vender*. B. *Capacidad para comprar*. § 4. CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD: A. *Capacidad para pactar la constitución*. B. *Capacidad para pactar la disolución*. § 5. CONSTITUCIÓN DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. § 6. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. § 7. DONACIÓN: A. *Capacidad para donar*. B. *Capacidad para aceptar y renunciar donaciones*. § 8. HERENCIA. A. *Aceptación*. B. *Repudiación*. C. *Partición*. D. *Conmutación de la legítima del cónyuge viudo*. E. *Ejecución testamentaria por albacea y contador-partidor*. § 9. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA. A. *Capacidad para constituir hipotecas*. B. *Capacidad para adquirir hipotecas*. C. *Capacidad para cancelar hipotecas*. § 10. MODIFICACIONES HIPOTECARIAS. § 11. NEGOCIOS SOBRE EL RANGO HIPOTECARIO. § 12. TRANSACCIÓN.—VI. REGIMEN DE LA INEFICACIA Y CALIFICACION REGISTRAL: § 1. INCAPACIDAD NATURAL. § 2. DEFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL. § 3. FALTA DE AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL. § 4. RESTRICCIONES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR. § 5. FALTA DE LEGITIMACIÓN. § 6. VULNERACIÓN DE PROHIBICIONES LEGALES. § 7. INHABILITACIÓN DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS. § 8. AUSENCIA E INSUFICIENCIA DE PODER. § 9. INCURSIÓN EN INCOMPATIBILIDAD DE INTERESES.

I. INTRODUCCION: LA CAPACIDAD NEGOCIAL Y SUS MODALIDADES

En materia de capacidad negocial suele distinguirse entre una capacidad para actos de administración o conservación y una capacidad para

actos de disposición o enajenación (1). Pero la claridad de esta clasificación es engañosa: primero, porque no existen actos que por su intrínseca naturaleza sean de administración o de disposición, sino que se clasificarán como tales según la finalidad perseguida (2); segundo, porque la exigencia de contrato y tradición, para que se produzca el efecto traslativo de derechos reales, obliga a reconocer que para realizar un acto *con efecto* dispositivo basta con tener capacidad para actos de administración (3); tercero, porque existen actos de disposición que no son de enajenación, por lo que la *summa divisio* que distingue entre actos de administración o conservación y actos de disposición o enajenación no agota todos los supuestos —atendiendo a la finalidad de los actos y la capacidad requerida para ellos— (4).

A las anteriores dificultades, que vienen a desvirtuar la aparente sencillez de la dicotomía acto de administración o conservación-acto de disposición o enajenación, hay que añadir la pluralidad de expresiones que la doctrina utiliza, atribuyéndoles, además, sentidos no siempre concidentes: actos de simple administración, actos de ordinaria administración, actos de extraordinaria administración, actos de mera administración, actos de administración provisional, actos de gestión, actos de conservación, actos modificativos, actos reconocitivos.

En ocasiones, la disparidad de términos lleva consigo sistematizaciones opuestas: para la generalidad de los autores, los actos de disposición engloban los actos de riguroso dominio, mientras que para el Código Civil —y la jurisprudencia que lo interpreta (señaladamente la sentencia de 22 de junio de 1966)— los actos de riguroso dominio engloban, como una de sus subespecies, los actos de disposición.

(1) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2, Madrid, 1987, pág. 164.

(2) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 492. En la misma línea dice GITRAMA (*El acto de administración en el Derecho civil*), AAMN, t. XIX, 1976, pág. 337: «Todo acto jurídico de alcance patrimonial puede ser acto de administración, como puede serlo de disposición [...]. Es que el acto ha de ser contemplado no tanto en sí mismo, cuanto en la función que en concreto realiza en el seno o en el conjunto de un patrimonio y en conexión con todo éste».

(3) Como advierte ALBALADEJO, sólo la tradición es un acto de disposición; la compraventa es un acto obligatorio, para el que sólo se exigiría capacidad de administración: «no provoca por sí la pérdida o gravamen de un derecho, sino que simplemente se limita a prepararla, mediante la constitución del deber (obligación) de transmitir» (*Derecho civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1991, pág. 163).

(4) Dos ejemplos: los actos para los que el art. 1.713 CC exige poder *expreso* no son sólo los actos de disposición (y por supuesto, no son los actos de administración, para los que rige la regla opuesta, la del párrafo 1.º); los actos para los que el menor emancipado necesita consentimiento de sus padres o su curador no son —dicho en términos negativos— *todos los que no son de administración*.

La sistematización de la capacidad negocial podría hacerse del siguiente modo —y en el sentido que a continuación se expone utilizo los términos en las páginas que siguen:

a) Acto de administración es el que tiene por finalidad la conservación y explotación —obtención de rendimientos— del inmueble.

b) Acto de disposición, en sentido amplio, es el que excede de esa finalidad, y tiene por objeto:

a') un efecto traslativo o constitutivo, de manera que otra persona adquiere un derecho del titular anterior (acto de disposición en sentido estricto; p. ej.: compraventa, donación, constitución de hipoteca, constitución de comunidad por agrupación de fincas de distintos propietarios, negocios sobre el rango hipotecario, la transacción en ciertos casos...);

b') un efecto de modificación físico-jurídica, o exclusivamente jurídica, en los que el acto que lo produce es unilateral (acto de riguroso dominio; p. ej.: modificaciones hipotecarias, constitución en régimen de propiedad horizontal, cancelación registral, ...).

A lo largo de este trabajo se dedica, en relación con diversos negocios sobre inmuebles, un apartado propio al incapacitado sujeto a curatela. Si no se hace referencia en ningún momento a los menores emancipados y a los pródigos sujetos a esta institución de guarda, es porque la capacidad de los primeros es la misma que la de los emancipados cuyos padres viven y no están impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley; y la capacidad de los segundos será la que determine la sentencia, que debe indicar los actos que el pródigo no puede realizar sin consentimiento del curador.

Se estudia, en relación con diversos actos, la capacidad de los menores sujetos a patria potestad, pero no se hace referencia a los mayores incapacitados cuyos padres viven, porque en este caso caben dos regímenes distintos, aunque no estén explícitamente diferenciados en el Código: que se prorrogue la patria potestad (art. 171 CC), o que se prorrogue la función asistencial, cuando la incapacidad, «atendiendo al grado de discernimiento» (art. 287), solo haga necesaria la asistencia o intervención —pero no la representación— de los padres. En el primer caso, para determinar el ámbito de capacidad del incapacitado y las facultades representativas de los padres, habrá de estarse «a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación» (art. 171), y subsidiariamente, a las reglas aplicables a los menores sujetos a patria potestad. En el segundo caso, habrá de atenderse a la enumeración, que haga la sentencia, de los actos en que deba ser necesaria la intervención de los padres; si la sentencia de incapacitación no especifica tales actos, habrá de aplicarse el art. 290 *in fine*: no podrá

realizar, sin asistencia de sus padres, ninguno de los actos para los que el tutor requiere aprobación judicial (5).

En la duda de si exponer el régimen de la capacidad para los negocios inmobiliarios desde una perspectiva subjetiva u objetiva —es decir, partiendo de las personas (menor sujeto a patria potestad, menor emancipado, sujetos a tutela, cónyuges...) o de los negocios (compraventa, donación, constitución de hipoteca...)— he optado por la segunda, no sólo por razones sistemáticas, sino también por razones prácticas, y quizá también por hábito profesional: a la vista de una escritura de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, no interesa tanto saber qué capacidad tiene, en general, una persona sujeta a curatela —por ejemplo—, sino quiénes son o no capaces de otorgarla.

He incorporado las novedades introducidas, en materia de capacidad y representación legal, por la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por la Ley 30/1994, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y su Reglamento aprobado por el RD. 316/1996.

Para terminar la introducción, una precisión final. El texto de este trabajo es, en un aspecto, más amplio, y en otro, más restringido de lo que su título anuncia: se abordan no sólo cuestiones de capacidad, sino también de representación, e incluso, en algunos casos, de requisitos legales para la validez de ciertos negocios inmobiliarios; pero, por otro lado, las cuestiones de capacidad se abordan sólo desde la perspectiva del Derecho común.

II. LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD

La capacidad se rige por la ley personal (art. 9, 1 CC), y por capacidad ha de entenderse no sólo la capacidad jurídica, sino también la capacidad obrar, incluyendo en ella la capacidad jurídica especial, «la propia de cada acto» (6). La eliminación de la expresión «capacidad legal», que empleaba

(5) No creo que exista un paralelismo entre la patria potestad prorrogada (art. 171) y las reglas de la patria potestad (arts. 162 a 168), de un lado, y la asistencia paterna prorrogada (no regulada en el CC) y las reglas sobre asistencia paterna al menor emancipado (art. 323), de otro. La razón es que el CC distingue entre curatela de los emancipados y curatela de los incapacitados, señalando actos distintos que no pueden hacer sin asistencia. Y esa distinta enumeración (288 y 290 *in fine*) no depende de quién lleve a cabo la asistencia o intervención, si no de la gravedad de la limitación de capacidad: la ley considera mayor la limitación del incapaz que la limitación del incapacitado.

(6) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952, pág. 56.

el Código Civil en la redacción del Título Preliminar anterior al D. de 31 de mayo de 1974, trata de evitar una interpretación restrictiva, que reduzca el concepto genérico de «capacidad» (7). No duda la doctrina internacionista que el art. 9, 1 CC se refiere tanto a la capacidad general como a la capacidad especial para la realización de determinados actos jurídicos (8). El Reglamento hipotecario conforma esta interpretación, al hablar de «la capacidad legal necesaria para el acto» (capacidad especial, por tanto) y la «capacidad civil» de los extranjeros (capacidad de obrar). En el mismo sentido entiende el precepto la R. de 17 de enero de 1951.

La ley personal viene determinada, a su vez, por la nacionalidad (art. 9, 1 CC), si se trata de extranjeros, o por la vecindad (art. 16, 1, 1.^a CC), si se trata de españoles. No habiendo cambio de ley personal, la capacidad vendrá determinada siempre por la misma ley: no cabe elección de ley aplicable; no hay, en esta materia, autonomía conflictual. «Al extranjero [y al que tiene una determinada vecindad civil, cabría añadir] le acompaña su capacidad», como ha dicho reiteradamente el Tribunal Supremo (SS de 1 de mayo de 1919, 4 de diciembre de 1935...).

Cualquier duda que pudiera haber sobre la extensión del art. 10, 5 CC —regulador de las «obligaciones contractuales»— a cuestiones de capacidad —capacidad especial— ha quedado disipada por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que ha desplazado las reglas de aquél apartado 5 (9) —y este efecto se ha producido también en la función que las normas de Derecho internacional privado tienen como normas de resolución de conflictos internos (10)—. Según su art. 2, «no se aplicarán [las disposiciones del Convenio]

(7) Vid., en este sentido, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pág. 179.

(8) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *ibidem*, FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional*, al Privado. Parte especial, (GONZÁLEZ CAMPOS y otros), Madrid, 1995, pág. 101, entre otros. También SIMÓ SANTONJA, «Normas sobre bienes», en *Estudios sobre el título Preliminar del Código Civil*, AMN, Madrid, 1977, vol. II, pág. 144, y parece que MARIN LOPEZ, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, 1977, pág. 433. Limita sin embargo la regla del art. 9, 1 CC a la capacidad de obrar, AMORES CONRADI, *Comentario del Código Civil*, Min. Justicia, Madrid, 1993, pág. 78. PÉREZ VERA y otros (*Derecho Internacional Privado*, vol. II, Madrid, 1994, pág. 32) sostienen que «la mayoría de los ordenamientos (entre los que se cuenta el español) establecen capacidades, distintas a la prevista con carácter general, para la realización de determinados actos jurídicos [...] que, en principio, parece adecuado que se rijan por la ley aplicable acto de que se trate».

(9) Como escribe VIRGÓS SORIANO, «el Convenio de Roma de 1980 es un Convenio cuyas normas se aplican sin condición de reciprocidad. Tiene carácter universal. No es preciso que el otro Estado vinculado con el contrato sea parte del Convenio. El art. 10, 5 CC sólo sigue en vigor para las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio» (*Comentarios*, dir. Albaladejo, t. I, vol. 2, pág. 623).

(10) VIRGÓS SORIANO, *ibidem*, pág. 626.

a la capacidad de las personas físicas [...]». Por otra parte, aunque se ha sostenido que, por paralelismo con el art. 10. 1 CC, los contratos relativos a bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de situación (11), no hay duda que ese precepto no alcanza a las cuestiones de capacidad (12). Quedarían, sin embargo, en el ámbito de ese art. 10, 1 CC las prohibiciones impuestas por la *lex rei sitae* en relación con negocios determinados —cuando tales negocios recayeran sobre inmuebles—, porque las prohibiciones responden a razones objetivas, y nada tienen que ver con la capacidad.

La aplicación de la ley personal a la capacidad tiene dos excepciones: el *orden público* y el llamado *interés nacional*. Por virtud de la primera (consagrada en términos generales en el art. 12 CC), no cabe aplicar en España una norma extranjera que discrimine, en materia de capacidad, por razón de sexo, o por razones raciales, religiosas o políticas; por virtud del segundo, cuando la ley española sobre capacidad sea más favorable que la ley personal del extranjero, se aplicará aquella y no ésta. Según el art. 11 del Convenio de Roma de 1980, «en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte». Es necesario hacer dos precisiones inmediatas:

a) La «incapacidad» a que se refiere ese art. 11 del Convenio de Roma debe interpretarse en sentido amplio, es decir abarcando también las limitaciones a la capacidad de obrar —derivadas de los estados civiles— y la falta de capacidad especial —exigida para negocios concretos—.

b) Por efecto del art. 16 CC, esa regla será igualmente aplicable en conflictos interregionales (13) sin que le alcance la no aplicación, a esos conflictos, del concepto de orden público, porque no se trata de tal, sino de interés nacional (14). De manera que, p. ej., un menor de edad emancipado,

(11) VIRGÓS SORIANO, *Comentario*, Min. Justicia, pág. 119

(12) Vid., BOUZA VIDAL, *Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 109, y ORTIZ-ARCE *Comentarios a las reformas del Código Civil El nuevo Título Preliminar*, vol. I, pág. 508.

(13) Un examen extenso de la aplicabilidad de la noción de interés nacional en los conflictos interregionales puede verse en MEZQUITA DEL CACHO, «Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal», en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil*, Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Acad. Jusripr. de Cataluña, Barcelona, 1975, págs. 225 y ss.

(14) En uno de los trabajos preparatorios privados más importantes que precedieron a la reforma de 1974, el realizado por el II Congreso Jurídico Catalán de 1971, se establecía explícitamente la extensión del interés nacional a los conflictos interregionales.

de vecindad común, podrá vender inmuebles en Aragón —tanto si los inmuebles radican o no en este territorio (el convenio de Roma no contiene una excepción semejante a la del art. 10, ap. 8, inciso final CC)— sin asistencia de sus padres o curador, pues según el art. 5 de la Compilación de Aragón, «tendrán la consideración de mayores los menores de edad desde el momento en que contraen matrimonio». Queda, naturalmente, a salvo la aplicabilidad del fraude, que sí tiene aplicación en el ámbito interregional: art. 16, 1, 1, 2.^a CC en relación con el art. 12, 4 CC.

Para los supuestos residuales, el art. 10, 8 CC dispone que «serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española». Quizá las diferencias más llamativas entre la norma de origen interno y la norma de origen convencional sobre interés nacional radican en la indiferencia de aquélla sobre la buena fe del contratante capaz, y su exigencia de que el contrato sea oneroso.

La Dirección de los Registros ha aplicado la noción de interés nacional en la R. de 4 de marzo de 1981, en la que ha puesto manifiesto:

a) «Que la nueva redacción del texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, de 31 de mayo de 1974, si bien ha mantenido en el artículo 9, 1, el criterio tradicional de ser la ley nacional la que rija la capacidad y el estado civil de las personas físicas, ha introducido una importante excepción a este principio general en el artículo 10, 8, al objeto de procurar una mayor protección de la seguridad jurídica de la contratación y del tráfico jurídico, ya que ordena que se aplique la ley española cuando concurran las circunstancias señaladas en el mencionado artículo 10, 8, a saber, que se trata de un contrato oneroso celebrado en España que no tenga por objeto inmuebles situados fuera del territorio español, y que en el que, si el extranjero es incapaz con arreglo a su ley nacional, la causa de esta incapacidad no esté reconocida en concreto en la legislación española.

b) «Que al acoger el Código Civil reformado esta norma correctora de la ley personal en materia de capacidad, no ha hecho sino seguir las modernas orientaciones y enseñanzas del Derecho Comparado, y si bien las diferentes legislaciones pueden ofrecer un alcance y unos presupuestos de aplicación distintos, coinciden siempre todas ellas en la competencia de la ley territorial y el consiguiente rechazo de la ley nacional del extranjero que provoque la ineficacia del contrato».

c) «Que en el presente caso se dan las circunstancias establecidas en el artículo 10, 8 del Código Civil, ya que se trata de un contrato oneroso —Sociedad— a la que no se ha aportado por el socio extranjero inmueble alguno que esté situado fuera de España, y si este socio es capaz con arreglo

a la ley española, nuestro ordenamiento reconoce validez al acto realizado, por lo que en aplicación del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento para su ejecución, la capacidad del extrenjaro habrá de ser calificada por Notarios y Registradores, en estos supuestos especiales, con arreglo a la ley española, y de ahí que no sea necesario la aseveración exigida en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que este precepto reglamentario hay que entenderse derogado en este punto ante la posterior disciplina de mayor rango legal, por lo que se suficiente en consecuencia el juicio general de capacidad hecho por el defatario».

La capacidad del menor se edad, del menor emancipado y del incapacitado se determinarán, aplicando la regla general del art. 9, 1, por la ley personal, que determinará también la representación y la asistencia paterna, pues según el art. 10, 11 CC, «a la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante», y según el art. 9, 4 CC, «las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley personal del hijo». La Dirección de los Registros y del Notariado ha afirmado, en esta misma línea, que «debe prevalecer la aplicación de la ley del menor en cuanto a su capacidad, representación legal y facultades del representante» (R. de 14 de julio de 1965). En cuanto a las facultades representativas del tutor y asistenciales del curador, debe aplicarse también la ley personal del incapaz, incapacitado o limitadamente capaz, pues según el art. 9, 6 CC, «la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste».

Aplicando el principio *semel maior, semper maior*, que recoge la generalidad de los ordenamientos europeos, el art. 9, 1, párr. 2.º CC establece que «el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal». La generalización de una misma edad determinante de la mayoría ha reducido la aplicación práctica del precepto. Tampoco en el ámbito interregional —al que indudablemente se extiende, por efecto del art. 16, 1 CC— será aplicable, aunque cabe imaginar algún supuesto en que sí lo sea: p. ej., el del menor aragonés casado que adquiera vecindad común por residencia de dos años y manifestación (art. 14, 3, 1.º CC) o por opción (art. 14, 2, inciso 2.º CC). La mayoría de edad del art. 4 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón no es una figura análoga o semejante a la mayoría de edad del art. 315 CC, sino auténtica mayoría, como se ha demostrado con muy sólidos argumentos (15).

(15) SANCHEZ REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, comentario al art. 4 en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dir. por LACRUZ, vol I, Zaragoza, 1988, págs. 301 y ss. Además de los argumentos de carácter histórico —que esos autores analizan exhaustivamente—, es decisivo otro que apuntan a continuación: el de la DA

Por último, la capacidad —y las prohibiciones— para donar vendrán determinadas por la ley nacional —o de la vecindad, si se trata de españoles— del donante: los arts. 10, 7 y 9, 1 CC llevan a la misma conclusión (16). La capacidad del donatario vendrá determinada por su ley nacional; como se ha dicho con carácter general respecto del art. 9, 1 CC, será ella la que rija la capacidad de obrar y también la capacidad especial, de manera que la regla del art. 626 —capacidad para aceptar donaciones condicionales u onerosas— no se aplicará a quienes, con arreglo a su ley personal puedan aceptarlas por sí (17).

De la calificación registral de la capacidad de los extranjeros se ha ocupado en diversas ocasiones la Dirección de los Registros. En la R. de 15 de julio de 1965 (reiterando doctrina ya sentada en la R. de 17 de enero de 1951, y que luego reiteraría la de 28 de marzo de 1974) ha puesto de relieve que al Registrador no le obliga la máxima «iura novit curia»; no está obligado a conocer el Derecho extranjero. Si lo conoce, puede aplicarlo, y si no lo conoce, puede pedir que se le acredite; como ha afirmado, sistematizadamente, la R. de 14 de diciembre de 1981, «de la lectura del vigente art. 36 RH se deduce: a) que si el notario o cónsul español no asevera por falta de conocimiento directo la capacidad del otorgante, puede el Registrador prescindir de cualquier medio si conoce suficientemente la legislación extranjera y lo hace constar en el asiento correspondiente; b) mientras que si no la conoce puede acudir, a falta de juicio de capacidad por el fedatario, a los restantes medios que señala el art. 36 y especialmente a la aseveración o informe del cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable; y c) en caso de discrepancia con el juicio de capacidad emitido por los funcionarios indicados, manifestar el punto concreto de su disenso al igual que sucede en el ámbito del Derecho interno español».

Otras resoluciones han precisado el ámbito de la calificación cuando se trata de adquisición por extranjeros de inmuebles en zonas de acceso restringido; debe comprobar el Registrador, de manera especial, si aquella se ha

2.ª de la Constitución —fruto de la llamada «enmienda aragonesa», que aparece formulada como excepción al art. 12 CE —«Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»—: por tanto, esas «situaciones amparadas por los derechos forales», a que se refiere la DA, son también —aunque distintas— mayorías de edad. Como escriben los prof. SANCHO Y DE PABLO, «no se trata [...] de que, como en el régimen del Código Civil, el matrimonio produzca la emancipación, sino, estrictamente, la mayoría de edad y ello cualquier que sea la que tengan los esposos» (*ibidem*, pág. 311).

(16) Y la doctrina es unánime, probablemente porque de ambos artículos se deduce la misma consecuencia: vid. AMORES CONRADI, *Comentario*, Min Justicia, t. I., pág. 124, y autores que cita.

(17) Vid., en este sentido, BORRÁS RODRÍGUEZ, *Comentarios*, dir. ALBALADEJO, t. I, vol. 2, pág. 710.

producido o no sobre «nucleo urbano», «zona de ensanche» y «zona urbanizada», y si los Planes Urbanísticos han sido favorablemente informados o no por el Ministerio de Defensa. La R. de 30 de julio de 1986 señala la forma de acreditar estas circunstancias, y la equivalencia de los conceptos urbanísticos empleados por la legislación de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional con los empleados por la legislación urbanística.

III. LA CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

No se alude en estas páginas a la capacidad de las sociedades en relación con cada uno de los negocios que se examinan, porque la capacidad de la sociedad es general (la sociedad «tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho», dice la R. de 2 de febrero de 1966); la sociedad puede realizar toda clase de negocios jurídicos, y tanto si constituyen una actividad propia del objeto como si son ajenos a él («el objeto social no limita la capacidad de la sociedad», dice la R. de 2 de octubre de 1981).

En cuanto a la representación, pueden los administradores actuar, en la consecución del fin común (lucro), realizando negocios dentro del ámbito del objeto social. Para apartarse del objeto social o del fin común, necesitan los administradores autorización de la junta general (18).

Pero el objeto social no constituye ya —tras la adaptación del Derecho mercantil español a las directivas societarias de la Unión Europea— un límite a la eficacia externa de la representación de los administradores. «La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe (19) y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social», dice el art. 129, 2 LSA. Esta regla procede, a través de la directiva 68/151, del Derecho alemán. La diferencia entre el régimen derogado y el vigente —de origen germánico— queda, curiosamente, explicada en la R. de 2 de octubre de 1981, aunque su perspectiva era —por razones cronológicas— la inversa a la que se adoptaría hoy. «Todo lo expuesto anteriormente —dice la resolución, refiriéndose a la incidencia del objeto en las

(18) Cuando ésta haya de autorizar un acto que quede fuera del objeto social, ha de adoptar el acuerdo por mayoría ordinaria. Tiene que tratarse, desde luego, de autorizaciones para negocios concretos. Si se trata de autorizaciones generales, el acuerdo está encubriendo un cambio de objeto, que ha de decidirse por mayoría cualificada.

(19) «Buena fe» significa aquí no sólo desconocimiento del objeto social (y sin que la publicidad registral del objeto desvanezca el desconocimiento), sino también desconocimiento de la conexión del acto con el objeto. Vid. ESTEBAN VELASCO, voz *Representación de la Sociedad Anónima*, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995, vol. IV, pág. 5.826.

facultades representativas de los administradores, y a la existencia de actos neutros— no significa que a la regulación estatutaria del objeto social se le atribuya un alcance meramente interno, como sucede en el Derecho alemán y en la mayoría de los Derechos europeos, en el sentido de que los administradores que hubiesen desatendido o se hayan extralimitado en su función, serían responsables por los daños ocasionados a la sociedad al ejercer una actividad extraña al objeto social, y sin que afectara para la a su actuación a la validez del acto [...]. Pues bien, hoy habría que invertir la perspectiva de este razonamiento: «En el Derecho español —debe leerse hoy esa resolución—, al igual que en el Derecho alemán y en el resto de los Derechos europeos...».

La cuestión tiene una incidencia evidente en la calificación registral. Si los actos que exceden del objeto social son eficaces *ex lege*, ¿cabe que se les niegue el acceso al Registro? La respuesta sólo puede ser negativa, como la ha expresado ya un sector autorizado de la doctrina (20). Cuestión distinta son los actos que quedan fuera del régimen del poder de representación de contenido típico. La legalidad de estos actos —en los que afecta a las facultades de los administradores, y en todos los demás aspectos— sí es, naturalmente, objeto de calificación. Se incluyen en esta categoría (21) «las medidas jurídico-corporativas en sentido estricto (modificaciones de estatutos, aumento y reducción del capital [...]) que quedan absolutamente fuera del ámbito y disciplina de la representación, y aquellos actos que por su trascendencia económica, repercutan o no en la estructura jurídico-formal de la sociedad, inciden en la actuación representativa en la medida en que sólo son eficaces en las relaciones externas si se ha tomado la decisión por el órgano competente (adquisiciones onerosas posfundación, emisión de obligaciones, fusión, escisión, etc.)». También implican una cuestión distinta los actos prohibidos a determinadas sociedades, que nada tienen que ver con la capacidad, y quedan también dentro del ámbito de la calificación registral (22).

(20) ESTEBAN VELASCO, voz *Representación de la Sociedad Anónima*, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, t. IV, pág. 5.826; POLO, com. al art. 129, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA, t. VI, Madrid, 1992, pág. 185; SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1990, pág. 237; RUANO BORRELLA, *El gobierno de la Sociedad Anónima*, en *Estudios sobre la reforma de la legislación de las sociedades mercantiles*, t. I, pág. 330; SÁNCHEZ RUS, «Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima», en *Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, t. IV, págs. 2.421 y ss.

(21) ESTEBAN VELASCO, *Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación*, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea Estudios en homenaje a José Girón Tena*, pág. 307.

(22) Por ejemplo, la prohibición impuesta por la reciente Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que prohíbe a las

Esa irrelevancia del objeto respecto de las facultades representativas de los administradores hace que la doctrina antigua del acto neutro deba desligarse de la relación entre negocio y objeto, y deba reconducirse a la relación entre negocio y fin común (lucro). Es llamativo que en todas las resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado en que se planteaba el problema de los actos neutros, esos negocios incidieran también en el fin común, lo que hace que la doctrina de la Dirección conserve, en gran parte, la vigencia que tenía antes de la incorporación del principio germánico-comunitario de la irrelevancia —externa— del objeto.

«Reconvirtiendo» la jurisprudencia registral, habría que entender hoy que actos neutros son los de dudosa incardinación en el fin común. Como afirma la R. de 2 de octubre de 1981, estos actos no pueden definirse o enumerarse *a priori*, porque el calificarlos como neutros depende de su relación con el objeto social (léase «fin común»). La Dirección mantiene, de todas formas, un criterio amplio respecto de los actos neutros: hay que considerar como tales a los negocios que no sean *claramente contrarios al objeto social* (rectius, fin social) (R. cit. de 1981). Y así ha afirmado que es acto neutro la constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena (R. cit. y R. de 12 de mayo de 1989). Es posible que todos los ejemplos que cita la R. de 2 de febrero de 1966 —regalos propagandísticos, gastos extraordinarios (art. 105 de la LSA de 1951), remuneración en cuantía no exorbitante a un antiguo empleado— deban considerarse «actos neutros». También el «avaluar a un tercero» se considera acto neutro (R. de 16 de marzo de 1990).

No tiene relevancia que el acto concreto cuya naturaleza se discute (si es o no neutro) figure entre las facultades de los administradores; porque, como advierte la R. cit. de 1990, «la enumeración de las facultades en la escritura resulta de todo punto innecesaria, toda vez que no añade nada. Si las actividades están cubiertas por el objeto social [por el fin común —podía leerse—], el apoderamiento [la resolución emplea este término en sentido amplio, porque se trataba de un administrador] para realizar tales actividades existe con independencia de su consignación [...]».

Cuando la Junta haya de autorizar un acto que quede fuera del fin común (lucro), ha de actuar por unanimidad. La realización «normal y habitual» de

entidades aseguradoras el ejercicio de cualquier actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora (art. 5, 1 b)), bajo sanción de nulidad de pleno derecho. Como escribe GÓMEZ GÁLLIGO («Principales incidencias en el ámbito del Registro de la Propiedad de la LOSSP de 8 de noviembre de 1995», *BCRE*, n.º 12, febrero de 1996, pág. 336), «No se trata sólo de una norma limitativa del objeto social de las entidades aseguradoras, sino del propio ejercicio de tales actividades por la administración de las compañías aseguradoras. Así, por ejemplo —añade—, deberá denegarse la inscripción en el Registro de la Propiedad de los préstamos hipotecarios y de los leasings inmobiliarios que pudieran conceder tales entidades [...]».

actos a título gratuito —dice la R. de 2 de febrero de 1966— «constituye una contradicción con la misma esencia del contrato societario». Pero «actos aislados con carácter de liberalidad» pueden hacerlos; en el caso concreto de la resolución citada, la Dirección considera que la ratificación por acuerdo unánime convalida la extralimitación de los administradores. Debe tratarse, lógicamente, de «actos aislados»; lo contrario implicaría una modificación del requisito esencial de la sociedad, que es el interés común de los socios, y requeriría una recontractación, realizada por unanimidad (23).

En cuanto a los representantes voluntarios de las sociedades mercantiles, si bien es cierto que se rigen por las normas de la representación voluntaria y no por las de la representación orgánica (como advierte la R. de 9 de junio de 1986), también es cierto que la Dirección General de los Registros ha establecido una radical y trascendental diferencia entre la representación voluntaria de las sociedades mercantiles y la representación voluntaria de las demás personas jurídicas y de las personas físicas. Se trata de la interpretación del ámbito del poder —lo que en definitiva redundaría en el ámbito mismo del poder—. Donde esa diferencia se pone de manifiesto con mayor claridad es en el R. de 24 de octubre de 1986: «La doctrina reiterada de este Centro Directivo es que en la interpretación de los poderes debe acentuarse el celo y rigor, a fin de evitar extralimitaciones perjudiciales al derecho del poderdante; sin embargo, debe tenerse en cuenta el carácter civil o mercantil de aquéllos, pues así como el apoderamiento civil concebido en términos generales no incluye los actos de riguroso dominio, que debieran ser nominativamente indicados en el correspondiente instrumento (art. 1.713 del Código Civil), en el ámbito mercantil, los poderes generales incluyen toda clase de actos u operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o establecimiento (artículos 281, 283 y 286 del Código de Comercio)». Reiteran la inaplicabilidad del art. 1.713 al poder otorgado por una sociedad mercantil las R. de 31 de marzo de 1979 y 4 de marzo de 1985.

IV. LA INHABILITACION DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS

Los que se encuentran en situación de concurso de acredores, suspensión de pagos o quiebra no son incapaces ni incapacitados; aunque el art. 1.914 afirma que «la declaración de concurso incapacita», es más preciso el art. 878 C de c al decir que «declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabi-

(23) PAZ-ARES, «Com al art. 1.665», en *Comentario del Código Civil*, Min. de Justicia, t. II, Madrid, 1993, pág. 1.323.

litado». Que esas tres situaciones no afectan a la capacidad lo prueba: *a)* que pueden realizar negocios, quienes se encuentran en ellas, con plena libertad y eficacia, sobre los bienes inembargables —a los que no afectan las situaciones de insolvencia—; *b)* que esas situaciones no alcanzan nunca a la esfera extrapatrimonial —a los derechos personalísimos y de familia—; *c)* que puedan los acreedores, a través del convenio, determinar el ámbito de las facultades del insolvente; *d)* que la rehabilitación del concursado y del quebrado deriven de razones ajenas a la situación personal de uno y otro, y lo mismo puede decirse del sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos.

La diferencia fundamental que existe en la eficacia de las tres situaciones de insolvencia radica en que el concurso y la quiebra inhabilitan para administrar (arts. 1.914 CC y 878 c de c) y por tanto para disponer (S. de 19 de junio de 1912), correspondiendo a los síndicos del concurso y de la quiebra la gestión y liquidación de la masa patrimonial, mientras que la suspensión de pagos no inhabilita al suspenso para administrar y disponer, aunque debe contar con «el acuerdo e intervención» de los interventores (art. 6 LSP). El concurso y la quiebra implican un desapoderamiento del deudor, mientras que la suspensión de pagos no lleva consigo desapoderamiento. El desapoderamiento propio del concurso y la quiebra hacen necesario el nombramiento sucesivo de depositario y síndicos; en el caso de la suspensión de pagos, al no existir una necesidad inmediata de administración, no existe la figura del depositario.

El depositario del concurso está encargado de «la conservación y administración de los bienes ocupados al deudor» (art. 1.173, 2.ª LEC) y tiene, en concreto, como atribuciones, «1.ª administrar los bienes del concurso, custodiarlos y conservarlos, de suerte que no sufran menoscabo; 2.ª cobrar los créditos que tuviese a su favor el concursado; 3.ª proponer al juez la enajenación de los bienes muebles que no puedan conservarse» (art. 1.181 LEC). Que el depositario no puede enajenar bienes inmuebles ni siquiera con autorización judicial lo confirma la R. de 19 de septiembre de 1921. Por la misma razón de que se trata de la simple formalización de actos anteriores, ha considerado la Dirección de los Registros que puede el depositario cancelar una hipoteca, cuando le obliga a ello una sentencia (R. de 3 de junio de 1876) y otorgar la escritura de una venta celebrada con anterioridad por el concursado (R. de 26 de noviembre de 1892). Mayores son las facultades de los síndicos del concurso, que, además de representar al concursado, administrar sus bienes y cobrar créditos pueden «enajenar y realizar todos los bienes, derechos y acciones del concurso» (art. 1.218), y por tanto, también los bienes inmuebles. De la facultad —y obligación— de enajenar los bienes quedan exceptuados: 1.ª Los bienes respecto de los cuales se halle pendiente demanda de dominio promovida por un tercero,

en cuyo caso se esperará a que recaiga sentencia firme; 2.º Los inmuebles que por hallarse hipotecados especialmente hayan sido embargados en ejecución acumulada al concurso (art. 1.234 LEC).

El depositario de la quiebra, además de estar encargado de la administración provisional, puede realizar ventas urgentes, con previo «permiso» del Comisario, que habrá de darlo mediante «providencia formal»; las ventas sólo pueden tener por objeto los «efectos» de la quiebra (art. 1.353 LEC), y no, por tanto, bienes inmuebles (cfr. con la enumeración —«efectos mercantiles, bienes muebles de otra clase y bienes raíces»— que hace el art. 1.358 LEC). Los síndicos procederán a la venta de bienes muebles e inmuebles (ex art. 1.98 C de c de 1829, vigente por la remisión del art. 1.358 LEC).

Tanto las enajenaciones que realicen los síndicos del concurso, como las que realicen los síndicos de la quiebra, han de hacerse en pública subasta (arts. 1.236 LEC y 1.088 C de c de 1829, vigente a estos efectos por la remisión del art. 1.319 LEC). En cuanto al título inscribible en el Registro de la Propiedad han de hacerse dos precisiones, la primera referida al concurso y la segunda a la quiebra: a) Aunque el art. 1.236 LEC remite a «la vía de apremio del título ejecutivo», y en esa vía el art. 1.514 —tras la reforma de la L 10/1992, de 30 de abril— considera «título bastante [...] el testimonio [...] comprensivo del auto de aprobación del remate [...]», el art. 1.240 sigue estableciendo que «los Síndicos otorgarán la correspondiente escritura de remate». b) Nada dice el C de c de 1829 sobre el título inscribible —el art. 1.087 se limita a decir que «la venta de los bienes raíces [...] se hará en pública subasta con todas las solemnidades de derecho»—, por lo que la ausencia de norma específica habrá de suplirse con la aplicación analógica de ese mismo art. 1.514 LEC.

Los síndicos de la quiebra no pueden adquirir —para sí ni para otra persona— los bienes de la quiebra (art. 1.089 C de c de 1829 vigente por la remisión del art. 1.319 LEC); pero no hay una norma paralela respecto de los síndicos del concurso (aunque la LO 1/1996 ha dado mayor amplitud al n.º 1 del art. 1.459 CC, esa prohibición no los alcanza).

Sin embargo, las tres situaciones privan a los que se encuentran en ellas de la «libre disposición» o de la «libre administración y disposición» de sus bienes; por tanto, ni el concursado, ni el suspenso, ni el quebrado pueden:

- a) Aceptar ni repudiar herencias (art. 992 CC).
- b) Pedir la partición (art. 1.052 CC) ni intervenir en ella (art. 1.058 CC).
- c) Acordar la disolución de la comunidad (art. 406 CC).
- d) En cuanto a la celebración de transacciones, dispone la LEC, respecto del concurso, que los síndicos necesitan autorización de la Junta de acreedores —previa a esa celebración, aunque cabe la aprobación posterior, por la

primera junta que se celebre o se convoque para ello— y aprobación judicial —posterior a haberse celebrado— (art. 1.241); y respecto de la quiebra, que los síndicos necesitan la previa autorización judicial, en cuyo auto se fijen las bases de la transacción (art. 1.360). En cuanto a la suspensión de pagos, podrá transigir el suspenso con acuerdo de los interventores (requisito que se extiende a «todo contrato» por el art. 6, párr. párr. 1, regla 2.^a LSP).

Parece excesivamente rigurosa la R. de 9 de enero de 1903, que ante el diverso ámbito del art. 1.809 CC —que alude a la transacción que evita un pleito o pone fin al comenzado— y el art. 1.360 LEC —que sólo contempla la transacción que pone fin al pleito comenzado—, niega que los síndicos de la quiebra puedan transigir «no existiendo pleito pendiente», y exige que la enajenación se haga en subasta pública.

No obstante, la inhabilitación del suspenso es la que presenta un ámbito más variable. Frente a la rigurosa inhabilitación del concursado y del quebrado, derivada del desapoderamiento, debe tenerse en cuenta, respecto del suspenso:

a) Que antes del convenio, y por virtud de la providencia de admisión de la suspensión de pagos, puede ser «suspendido y sustituido» (art. 6, párr. 1 LSP) el comerciante o empresario, lo que supone que será el administrador judicial quien celebre negocios sobre el patrimonio de aquél.

b) Que después del convenio, si en éste no se nombra una Comisión de vigilancia o control, sino una Comisión liquidadora, puede estar investida de facultades dispositivas sobre el patrimonio del deudor, sin necesidad de poderes expresos (R. de 29 de junio de 1988). Y, como advirtió la R. de 6 de abril de 1987, el agotamiento del plazo previsto para que actúe la Comisión liquidadora, no traslada ni al conjunto de los acreedores ni al suspenso la facultad dispositiva, sino que es necesario un nuevo acuerdo entre uno y otro.

V. NEGOCIOS JURIDICOS

§ 1. APODERAMIENTO

A. *Capacidad para ser poderdante*

1. Menores emancipados

Como la capacidad para apoderar será la requerida, en cada caso, para realizar el acto que se autorice realizar a través del poder, el menor emancipado no podrá conceder poder para realizar alguno de los actos señalados en el art. 323 CC. Esta es la doctrina que subyace en la R. de 10 de enero

de 1894, y también en la STS de 28 de septiembre de 1968: «la facultad para conferir un poder está íntimamente relacionada con las facultades que en el poder se confieren, pues el mandante en tal acto transmite al mandatario el derecho para realizar lo que aquél puede realizar por sí, nunca una facultad que no está en el mandante y no es, por tanto, transmisible». Si concurren los padres —o, en su caso, el curador— al otorgamiento, y prestan su asistencia, podrá otorgarse el poder, pero éste habrá de referirse entonces a actos perfectamente determinados, porque, como ha declarado el TS en S. de 4 de noviembre de 1925, «el consentimiento del art. 317 [hoy 323] ha de prestarse de modo concreto y singular, y con expresión determinada de los bienes y demás circunstancias esenciales que integran la materia del contrato, para que surja la eficacia de éste», y, como ha afirmado la S. de 28 de septiembre de 1968, «el consentimiento paterno, dado al menor emancipado para la venta de sus bienes inmuebles, en forma general, no tiene validez, porque con el mismo no se cumplen las finalidades de protección del menor emancipado».

Se ha escrito que «toda vez que quien lleva a cabo un acto por medio del representante busca la producción de los mismos efectos jurídicos que si realizara el acto por sí mismo, la capacidad para celebrar actos y negocios jurídicos por medio del representante deber ser la misma y tener la misma extensión que la capacidad para realizar tales actos y negocios jurídicos por sí mismo. De aquí se deduce que el representante debe ser una persona plenamente capaz para poder conferir a otro su representación» (24), criterio compartido por la jurisprudencia: según la cit. S. de 1968, «a quien no le era posible hacer un acto válidamente *per se*, tampoco podría encomendar su realización a un apoderado, porque 'nemo dat quod non habet'», lo que aplicado al menor emancipado supone que éste «no puede otorgar toda clase de poderes para que, en su nombre, ejecute el poderado cualesquiera actos de índole patrimonial que rebasen la esfera de administración de bienes, pues solamente estará autorizado para ejercitar, por medio de apoderado, aquellos actos que podría realizar *per se*». Pero cabe una interpretación más flexible, en el caso del menor emancipado, que no elude los requisitos legales. Así, cabría entender también (25) que puede el menor emancipado

(24) DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 69. En el mismo sentido, CAPILLA RONCERO, *Derecho de obligaciones y contratos*, dir. VALPUESTA, Valencia, 1994, pág. 691. LACRUZ considera, en esta misma línea, que el menor emancipado no podría siquiera conferir mandato no representativo, pues en todo caso el mandatario actúa por cuenta suya (del mandante) (*Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. II, actualizado por SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO Y RAMS, Madrid, 1995, pág. 230).

(25) En este sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2, pág. 361; JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, en *La tutela de los derechos del menor*,

conceder, por sí solo, poder para alguno de los actos mencionados en el art. 323, pero debiendo entonces obtener el apoderado el consentimiento de los padres —o curador— del poderdante para el acto concreto que vaya a celebrar en nombre de éste.

Este fué el criterio que sostuvo una antigua R. de 20 de marzo de 1897 (26), afirmando que el contrato de mandato no le está prohibido al menor emancipado por el art. 317 CC [hoy 323 CC], y puede por tanto otorgarlo para realizar actos que no podría realizar por sí mismo, debiendo entonces el padre comparecer ante el Notario para ratificar expresamente el poder y autorizar la venta (27).

2. Representantes legales

La posibilidad de que los representantes puedan ejercer su función tutiva —en el ámbito patrimonial— a través de apoderados ha sido admitida, con restricciones, por la jurisprudencia. Ya la R. de 18 de diciembre de 1900 puso de relieve que «ningún precepto legal vigente exige que el tutor ejecute por sí mismo o personalmente todos los actos inherentes al ejercicio de su cargo», y que «entre las prohibiciones que el art. 275 de este Código impone al tutor, no se encuentra mencionada la de autorizar a un tercero para que como mandatario del mismo pueda ejercer alguno de los actos concernientes al ejercicio de la tutela»; pero este inciso «algunos actos» es determinante del fallo: se trataba de un poder especial para cancelar hipotecas. La R. de 5 de agosto de 1912 reconoce, indirectamente, la validez los poderes otorgado por los tutores. Las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1898 y 18 de diciembre de 1900 admiten que pueda encomendarse a un tercero la *ejecución* de un acto determinado.

El poder concedido por un representante legal ha de ser, por tanto, concreto y específico. Ha de entenderse que «no obstante ser personalísimos los derechos de la patria potestad [y de las demás representaciones legales], puede el padre [u otro representante legal] conceder 'poder especial' a favor

Córdoba, 1984, pág. 250; y AVILA NAVARRO, *La representación con poder*, Madrid, 1992, pág. 41.

(26) Resolución dictada por la Dirección General de Gracia y Justicia, Administración y Fomento, del Ministerio de Ultramar, que tenía encomendadas las mismas funciones que la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con las cuestiones registrales de las provincias americanas.

(27) Esta doctrina fué duramente criticada por la STS de 28 de septiembre de 1968, que recuerda, además, la crítica que suscitó en la doctrina, que la consideró «inconcebible»; no parece ser ésta, sin embargo, la opinión de los autores modernos que citan la R. de 1897 (dando a entender, por cierto, que procede de la DGRN).

de tercero en un caso concreto, actuando el representante más bien como *nuncius*, que como verdadero apoderado» (28).

A pesar de que los contadores-partidores no son representantes legales —aunque tienen en común con éstos el ser titulares de derechos-deberes sobre un patrimonio ajeno—, cabe indicar aquí que el Tribunal Supremo ha considerado que pueden conceder poderes para actos concretos comprendidos en su función, sin que quepa la delegación íntegra y absoluta del cargo (S. de 2 de junio de 1962). Aunque el Tribunal Supremo haya sostenido reiteradamente que el contador es un «mandatario» o «mandatario *post mortem*» (SS. de 3 de junio de 1950, 2 de junio de 1956, 11 de abril de 1967, 27 de mayo de 1968, entre otras; la de 24 de febrero de 1905 habla de incluso de «verdadero mandato, a cuyas condiciones debe consiguientemente acomodarse en todo lo que no se halle particularmente regulado»), esa afirmación no deja de ser analógica o figurada, por lo que no cabe la sustitución prevista en el art. 1.721.

La DGRN, en R. de 17 de marzo de 1930, sostiene un criterio más restrictivo, en el sentido de que sólo cabe que el contador-partidor encomiende a terceros actuaciones profesionales, ni jurídicas; ha de considerársele «autorizado para encomendar a los técnicos o peritos cuyos conocimientos científicos, artísticos o prácticos le parezcan necesarios, los trabajos previos de inventario, valoración y división u otros análogos». Y es el criterio que suele seguir la doctrina, en base al carácter «personalísimo» (R. de 15 de junio de 1943) del cargo (29).

B. Capacidad para ser apoderado

1. Menores emancipados

Se permite al menor emancipado ser apoderado, con independencia de si ha de celebrar contratos incluidos o no en el art. 323 CC, en nombre del poderdante. Ex art. 1.716: «El menor emancipado puede ser mandatario» [...] (30). Según la S. de 17 de enero de 1903, las limitaciones impuestas al menor emancipado se refieren solamente a los intereses personales y priva-

(28) CHICO ORTIZ, «Sustitución en la representación legal», *BICNR*, n.º 54, 1970.

(29) Entre otros, LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 127; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. 3, pág. 405.

(30) «[...] pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores», termina el art. 1.616. La extraña contraposición de los dos incisos ha de interpretarse como una excepción a la regla de capacidad del menor emancipado (LACRUZ, *Elementos*, II, vol. II, pág. 231): el emancipado responde ante el mandante por las operaciones realizadas como si fuera un menor.

dos del menor, pero no a los actos que ejecute con la autorización y bajo la responsabilidad de otro. En igual sentido, la S. de 28 de septiembre de 1968.

Extremando la idea de que los efectos del acto hecho en representación se producen en el representado, y no en el representante, y considerando que el art. 1.716 es una regla de la relación de mandato —subyacente o no a la representación—, se ha sostenido que, para ser apoderado, basta con tener la capacidad natural —la del menor con voluntad y juicio suficientes—. Podría pensarse que el riesgo de anulabilidad —que podría en algún caso hacerse efectivo por los representantes legales del menor, pero no por el representado ni el tercero— es incompatible con la exigencia de inscribir en el Registro de la Propiedad actos plenamente válidos. Pero no puede olvidarse que la Dirección de los Registros, frente a una calificación que aducía falta de capacidad de obrar —art. 1.263, 1.º—, ha formulado una teoría general sobre la capacidad de los menores —y, lo ha hecho, como no podía ser de otra manera, desde la perspectiva de la inscribibilidad registral de sus actos—, en la R. de 3 de marzo de 1989, resolución que va más allá del problema que se trataba de resolver: «En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. art. 162, 1.º CC); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. arts. 26, 443, 662, 992, 1.246 y 1.263 CC y 2 LEC, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

Contrasta con la capacidad de los menores emancipados para ejercer la representación voluntaria, el que no puedan ejercer la representación orgánica. Pero la razón de esta limitación no es tanto la falta de capacidad para

el ejercicio del comercio —argumento central de la R. de 24 de febrero de 1986—, como la amplitud de las facultades representativas de los administradores, ilimitables en la esfera externa —art. 129, 1 LSA y art. 63, 1 LSRL—, y desvinculadas incluso, frente a terceros, del giro o tráfico de la empresa —art. 129, 2 LSA y art. 63, 2 LSRL.

Cuando el menor emancipado sea, no representante voluntario, sino legal, tampoco le afectan las limitaciones del art. 323, sino que puede realizar en nombre del hijo (no del pupilo, porque el emancipado no puede ser tutor: art. 241 CC y su interpretación en R. de 24 de febrero de 1986) todos los actos que no podría realizar en nombre propio. Como dice la R. de 29 de noviembre de 1901, «los artículos que cita el Registrador [hoy habría citado los arts 316 y 323] no tienen aplicación al presente caso [se trataba de una madre menor de edad], porque se refieren a los actos ejecutados por los menores de edad por sí mismos y respecto de sus propios bienes o de los de la sociedad conyugal, pero no a los que se verifiquen en representación de sus hijos y que hagan relación a los bienes de éstos».

§ 2. ARRENDAMIENTO

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Los padres pueden dar en arrendamiento bienes de sus hijos menores por un plazo de seis años, o inferior, sin autorización judicial; y por plazo superior, obteniendo la previa autorización judicial. Así debe interpretarse el riguroso art. 1.548 —«Los padres [...], respecto de los bienes de los menores [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años»— si se pone en relación con el art. 271 CC —que permite al tutor arrendarlos por más de seis años con autorización judicial— y con el art. 166 CC —que permite gravar los inmuebles del menor con autorización judicial— (31).

(31) El art. 1.548 CC no debe interpretarse en el sentido de que por ser simplemente inscribible el arrendamiento necesiten obtener los padres obtener autorización judicial (como ha escrito CLEMENTE MEORO, *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1995, pág. 483), y creo que no puede sostenerse ese criterio ni antes ni después de la reforma del art. 2, 5.º LH por la LAU de 1994. Es evidente —como se ha dicho tantas veces— que la inscripción no puede transformar la naturaleza del derecho. En nada puede afectar la inscribibilidad a la naturaleza del derecho arrendaticio ni a la capacidad para celebrar el contrato de arrendamiento. Por el hecho de que el arrendamiento se inscriba —lo que hará que sea mayor protección del derecho arrendaticio (prioridad, oponibilidad, legitimación y fe pública)— no se convierte en un acto de disposición (como sostiene VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, pág. 619).

Probablemente por un efecto involuntario de la Ley reformadora de 24 de octubre de 1983, ha de considerarse excluido de la necesidad de autorización el arrendamiento por más de seis años concluido por los padres en representación del hijo sobre el que desempeñan la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

El hecho de que los padres —o sólo uno de ellos— sean cotitulares —incluso mayoritarios—, juntos con el hijo, en el inmueble, no les exime de la exigencia legal de obtener autorización judicial para arrendarlo, cuando esta autorización sea necesaria (STS de 26 de junio de 1989).

b) Si existe oposición de intereses (los padres arriendan a su favor un inmueble del hijo menor de edad, p. ej.), será necesario nombramiento de defensor judicial (art. 163), que deberá obtener autorización judicial en los mismos casos que los padres.

c) En el caso particular de los arrendamientos rústicos sujetos a la LAR, los padres no pueden dar en arrendamiento las fincas de los menores sujetos a su patria potestad por tiempo superior al que falte a los menores para alcanzar la mayoría de edad. Nada dice la Ley sobre la posibilidad de que los padres pueden, con autorización judicial, constituir el arrendamiento por un tiempo superior; pero el TS, en S. de 51 de diciembre de 1943 lo admitió.

2. Menores emancipados

Pueden celebrar contratos de arrendamiento por sí solos, cualquiera que sea la duración que pacten. Arrendar es un acto de administración (32); el hecho de que su régimen registral sea muy próximo al de los derechos reales (arts. 1.549 y 1.571 CC, y especialmente arts. 13 y 14 LAU) no incide en la naturaleza del derecho arrendaticio; el legislador hipotecario ha querido únicamente —porque no podía querer ni hacer otra cosa— tratarlo registralmente como un derecho real (33). No puede deducirse rotundamente del Código Civil una regla general según la cual concertar arrendamientos por plazo superior a seis años sea un acto de disposición o de gravamen (34); sin embargo, del art. 1.548 CC se ha

(32) Porque el arrendamiento es un derecho personal u obligacional, lo que sólo un sector minoritario —aunque con serias razones— pone en duda: VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio, especialmente de empresas y locales de negocio*, Madrid, 1951, pág. 2 y otras; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 21; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1995, pág. 101.

(33) Vid. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, 1995.

(34) Sucede algo parecido a lo que se dice en V, § 12, c): de los arts. 271, 3.º, 1.713, 1.810 y 1.811 CC no se puede deducir la regla general de que transigir sea un acto de disposición.

querido deducir que el menor emancipado sólo puede arrendar por plazo inferior a seis años (35).

3. Sujetos a tutela

a) Los tutores pueden arrendar los bienes de los pupilos por plazo de seis años, o inferior, sin autorización judicial; si lo hacen por plazo superior a seis años han de obtener autorización judicial. Según el art. 271 CC, «El tutor necesita autorización judicial: 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años».

b) Si existe conflicto de intereses, será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.º CC), que necesitará autorización judicial en los mismos casos que el tutor. No puede considerarse incluido el arrendamiento de un inmueble del pupilo en favor del tutor —ni el arrendamiento de un inmueble del tutor en favor del pupilo— en la prohibición del art. 221, 3.º CC, porque el arrendamiento no implica «adquisición» del bien (36).

c) En el caso de los arrendamientos rústicos sujetos a la LAR, los tutores no pueden dar en arrendamiento inmuebles de los pupilos menores de edad por un tiempo superior al que falte a éstos para llegar a la mayoría de edad (37) (art. 12, 2 LAR). Si se trata de pupilo incapacitado, la exigencia de capacidad para enajenar (art. 12, 1 LAR) permitiría a los tutores dar en arrendamiento inmuebles del pupilo con autorización judicial —ex art. 271, 12.º—, cualquiera que sea la duración por la que se pacte el arriendo; y cabría entender, por analogía con el art. 21, 2 LAR (38), que, recuperada la capacidad (art. 269, 3.º CC) y dejada sin efecto la incapacitación (arts 212 y 213 cc), se extinguen o resuelven tales arrendamientos.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia de incapacitación incluye el arrendamiento entre los actos que no puede realizar por sí sólo el sometido a curatela, como si

(35) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3, Madrid, 1979, pág. 88; en la revisión de este capítulo, en ediciones posteriores, se pone en duda, sin embargo, que al menor le afecte la limitación de los arrendamientos de larga duración (t. II, vol. 2.º, Madrid, 1995, pág. 123).

(36) Vid. HUALDE SÁNCHEZ, *Comentario del Código Civil*, Min. Justicia, t. I, pág. 690 y los autores —LETE y BADOSA— citados por él.

(37) Ya se ha señalado que la S. de 15 de diciembre de 1943 consideró posible que los padres constituyeran el arrendamiento por un plazo superior con autorización judicial; no se refería a tutores, lo que plantea el problema de la posible extensión a éstos de la doctrina jurisprudencial.

(38) LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 2.º, cap. actualizado por LUNA, pág. 164, nota 3

no especifica cuáles sean esos actos (esto último ex art. 290 en relación con el art. 271, 7.º CC), el incapacitado no podrá ceder bienes en arrendamiento por un tiempo superior a seis años sin la asistencia o intervención del curador. Podrá, sin embargo, el incapaz pactar arrendamientos por plazo inferior por sí solo.

En el caso de conflicto de intereses entre el incapacitado y el curador, la intervención en el contrato de arrendamiento celebrado por aquél la prestará el defensor judicial (art. 299, 1.º CC). Si el arrendamiento es por plazo superior a seis años, el defensor deberá obtener autorización judicial (ex art. 271, 7.º). No está prohibido al curador arrendar para sí bienes del pupilo, ni arrendar al pupilo bienes suyos: el art. 221, 3.º CC, aunque es aplicable también a los curadores, no es aplicable al arrendamiento, que no implica «adquisición» o «transmisión» de bienes.

5. Cónyuges

a) Si se trata de inmueble ganancial, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (ex art. 1.375 CC y 93, 2 CC).

b) Si se trata de inmueble adquirido por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, o con carácter presuntivamente ganancial, podrá arrendarlo por sí mismo el cónyuge adquirente. Conforme al art. 1.384, «Serán válidos los actos de administración de bienes [...] realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren [...]». El art. 93, 4 considera suficiente el consentimiento del cónyuge titular registral para los actos enumerados en el ap. 2 del art. 94 «y cualesquiera otros actos análogos», entre los que cabría incluir el arrendamiento (39).

A estos bienes se aplica también el art. 1.320 («[...] aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges»); por tanto, debe tenerse en cuenta lo que se indica, a continuación, respecto de los inmuebles privativos.

c) Si se trata de inmueble privativo, se plantea el problema de la aplicabilidad del art. 1.320 cuando lo que se transmite sea el derecho arrendaticio, problema que ha de resolverse afirmativamente: si se trata de arrendar la vivienda familiar, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (40). El art. 1.320 habla de «disponer de derechos», y aunque el arrendamiento no sea un acto de disposición, al arrendar se está transmitien-

(39) Sobre la posibilidad de considerar como acto de disposición los arrendamientos superiores a seis años, vid. lo que se dice en las notas 32 y 34.

(40) Sobre el problema que plantea la relación entre el consentimiento del art. 1.320 y el ámbito del poder, v. lo que se dice en el § 3, I, 5 b), al tratar la venta por uno de los cónyuges con poder del otro.

do del derecho de uso. La finalidad de ese precepto es mantener el alojamiento de la familia en el inmueble que ocupa.

6. Comunero

Para arrendar es suficiente con el acuerdo mayoritario de los comuneros. «El contrato de arrendamiento es un negocio jurídico calificado unánimemente por la doctrina como acto de administración y por consiguiente se rige [...] por el artículo 398 CC, que estatuye que son válidos y obligatorios los acuerdos de la mayoría» (S. de 19 de febrero de 1964; en el mismo sentido las SS. de 29 de mayo de 1976, 2 de noviembre de 1978).

No obstante, la STS de 28 de marzo de 1990 —con una doctrina que tiene precedentes en sentencias antiguas (8 de julio de 1902, 10 de marzo de 1905, 1 de julio de 1909)— afirma que «si bien, como se dice, el arrendamiento es un acto de administración, ello quiebra cuando, o bien por la naturaleza de la cosa, o bien, como en el presente caso, por el largo tiempo que se estipula, ocho años, puede constituir un derecho real a favor del arrendatario inscribible en el Registro de la Propiedad, por lo que al rebasar los límites de la pura administración, obligado es reconocer que no se hallaba facultada la demandada como condueña, aun representando la mayor suma de intereses, para dar en arriendo el piso común al exceder el plazo del arrendamiento de los seis años [...]».

7. Extranjeros

A los efectos perseguidos por la legislación de zonas de acceso restringido por razones estratégicas (LZEIDN de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento de 10 de febrero de 1978) tiene escaso sentido la rigurosa distinción dogmática entre derechos reales y derechos obligacionales que hace el art. 18, b) de la Ley (41). Por tanto, y teniendo en cuenta la finalidad de la ley, también en el caso de arrendamientos de inmuebles en zonas estratégicas ha de comprobarse la concurrencia de las circunstancias señaladas en V, § 3, I, 6, b).

(41) Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentario del Código Civil*, Min. de Justicia, pág. 1.074: «[...] como si a los altos intereses militares les importara mucho en un mismo supuesto de derecho de disfrute de una finca que este derecho fuere real o personal».

8. Apoderado

El apoderado puede arrendar inmuebles por un plazo de seis años, o inferior, con un poder general, o con un poder para administrar. Pero para hacerlo por un plazo superior a seis años necesita poder especial. Según el art. 1.548, «los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». La exigencia de que el poder sea especial supone la necesidad de se atribuya, simplemente, la facultad de arrendar, sin necesidad de que se precise el inmueble concreto que haya de ser objeto de arrendamiento (42). Ahora bien, la DGRN, en resoluciones antiguas —20 de noviembre de 1900, 26 de octubre de 1904, 29 de mayo de 1907— no ha considerado suficiente, para contratos de arrendamiento por más de seis años, un poder «para arrendar bienes por el tiempo que pareciera conveniente», o «por el tiempo, renta y condiciones que estime». A tenor de esas resoluciones, el poder «ha de autorizar *especialmente* al apoderado para arrendar por más de seis años».

§ 3. COMPRAVENTA

A. Capacidad para vender

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Los padres pueden vender un bien del menor, obteniendo autorización judicial (art. 166 CC).

Si se trata de ventas judiciales forzosas de bienes de los hijos, no es necesario que los padres obtengan autorización judicial (STS. de 20 de enero de 1897 y R. de 23 de noviembre de 1899). Por igual razón no será necesaria la autorización cuando se trate de apremios administrativos o expropiaciones forzosas (43). Tampoco es necesaria autorización judicial para las retroventas de bienes de menores, que constituyen un simple «desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a cabo» (R. de 27 de mayo de 1926). De la exigencia de autorización judicial hay que excluir la venta que se realice por efecto de un derecho de retracto legal o voluntario, por tratarse de un

(42) MUCIUS SCAEVOLA-BONET, *Código Civil*, t. XXVI, vol. 1, Madrid, 1976, pág. 820.

(43) En este sentido, GONZÁLEZ LAGUNA, *Bienes de menores*, pág. 1.186.

acto debido (44). ¿Habría que excluir también la venta como consecuencia del ejercicio de un derecho de opción de compra? A mi juicio sí: se trata de un acto igualmente debido; de un acto cuyo contenido estaba perfectamente determinado en el momento de concederse la opción —para la que fué necesaria autorización judicial—, y que ahora se desarrolla o desencadena a instancia del cesionario de ese derecho.

Si el inmueble que se vende lo adquirió el menor a título gratuito, ¿puede eludirse la autorización judicial porque el disponente —que sustrajo los bienes de la administración paterna, en base al art. 164, 1.º CC— lo estableciera así? La Dirección General de los Registros, en resoluciones antiguas entendió que sí (RR. de 5 de noviembre de 1887, 16 de septiembre de 1890 y 25 de agosto de 1891). Los autores no mantienen un criterio uniforme (45).

La Dirección se ha planteado recientemente si ha de exigirse esa autorización judicial cuando el testador sustrae los bienes de la administración de los padres, pero no excluye expresamente el requisito de la autorización. En la R. de 1 de abril de 1993 declara que, cuando quien administra los bienes no son los padres, sino un tercero, debe cumplirse el requisito de la autorización judicial, sin que quepa excluirlo; «Si de la Ley se deriva algún criterio —dice la resolución— es, naturalmente, el de que inspira mayor desconfianza y exige mayores cautelas quien con el menor no tiene una relación paternofilial»; y añade «si no sólo los tutores, sino los padres mismos están sujetos en la enajenación de los bienes inmuebles a la necesidad de previa autorización judicial, habrá que entender que también lo están aquellos que, en la administración de ciertos bienes, hacen las veces de padres o tutores por disposición del testador o donante». No es contraria, por tanto, la resolución de 1993 a las anteriormente citadas: éstas reconocían eficacia a la exclusión de la autorización judicial; aquélla viene a afirmar —implícitamente— que, no habiéndose excluido por el testador, debe considerarse necesaria la autorización.

b) Si los padres tienen intereses opuestos a los del hijo, es necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 CC).

(44) Vid. BERCOVITZ, «Com. al art. 166», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, pág. 1.117.

(45) V., entre los que entienden que debe cumplirse estrictamente la voluntad del disponente, BERCOVITZ, com. al art. cit. en *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1.107, y ALBALADEJO, *Derecho civil*. PRADA GONZÁLEZ, *La patria potestad tras la reforma del Código Civil*, AAMN, vol. XXV, Madrid, 1982, pág. 397; URIBE SORRIBES, *La representación de los hijos*, en el mismo vol., pág. 264; GARRIDO DE PALMA, *Derecho de la Familia*, Madrid, 1993, pág. 151, GÓMEZ GÁLIGO, *Resoluciones comentadas*, Madrid, 1996, pág. 371; y CLEMENTE MEORO, *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, pág. 475 mantienen el criterio contrario: no cabe excluir la intervención judicial.

El defensor debe obtener autorización judicial. Aunque no se establece con claridad por las normas, parece necesaria la concurrencia de nombramiento y autorización, porque la finalidad de uno y otra es distinta: el primero es resultado de constatar la contraposición de intereses; la segunda es resultado de valorar la existencia de «causas justificadas de utilidad o necesidad». El hecho de que el nombramiento «señale las facultades» (art. 163, párr. 3 CC) que puede ejercer el defensor, no implica autorización. Una segunda razón para considerar que el defensor judicial debe obtener autorización deriva de que éste se limita a situarse, temporalmente, en la posición de los padres, y es precisamente el que estén situados en su posición lo que hace necesario que cumplan los requisitos exigidos a ellos (46). Ahora bien, nada impide que en un mismo expediente, el Juez nombre defensor y conceda autorización (47).

c) Si el hijo es mayor de 16 años, y consiente la venta en documento público, no es necesaria la autorización judicial (art. 166, párr. 3). Como la ley habla, genéricamente, de «documento público», puede ser el de compraventa u otro distinto. La actuación de los padres y el menor que ha cumplido 16 años es inversa a la de los padres y el menor emancipado; en aquélla, los padres deciden, y el hijo consiente, mientras que en ésta, el hijo decide y los padres consienten. Y al igual que en esta segunda se exige que el consentimiento sea «concreto y singular» —STS de 4 de noviembre

(46) Como dicen MONTES y GAVIDIA, «no es necesario que [el art. 166] lo diga [que el defensor necesite la aprobación judicial posterior], porque el defensor, dentro de las facultades que el Juez le ha señalado, actúa como si fuese uno de los padres» (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, pág. 1.100). Ya Jerónimo González señalaba que «si ha de exigirse la autorización judicial al padre o la madre [...] con mayor motivo se ha de exigir cuando aquéllos estén [los hijos] representados por el defensor» (*Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. III, pág. 263). En la misma línea, F. HERNÁNDEZ-GIL («Sobre la figura del defensor judicial de menores», *RDP*, 1961, pág. 201), y, con algunas dudas, MARTÍNEZ-PIÑEIRO («Representación paterna y oposición de intereses», *RDN*, 1984, pág. 239), FLORENSA I TOMÁS (*El defensor judicial*, Madrid, 1992, pág. 196: «Cuando éste [el tutor, pero en su razonamiento parece que también los padres] necesita de intervención judicial para un acto determinado, también en principio la necesitará el defensor judicial que le sustituye en su función, aunque en estos casos sería lógico pensar que como delegado que es del Juez —carácter que no concurre en los demás cargos protectores, en los que su contenido es determinado directamente por la Ley—, quizá no fuera necesaria tal intervención si se entendiera concedida implícitamente en la propia resolución judicial de nombramiento y atribución de facultades, no siendo necesaria otra intervención ulterior», y, sin expresar dudas, CLEMENTE MEORO (*Derecho de familia*, dir. por V.L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1995, pág. 461, que advierte además la aplicabilidad del régimen del consentimiento del menor (art. 166, párr. últ.) a la actuación del defensor judicial).

(47) Sostienen esta opinión PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, pág. 542, nota 88; PUIG FERRIOL, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, pág. 783; y AVILA NAVARRO, *La hipoteca*, pág. 16.

de 1925—, en la primera debe serlo también; no cabe que el menor que ha cumplido 16 años consienta, con carácter general, la actuación que los padres realicen en representación suya.

d) ¿Qué alcance tiene, en relación con la calificación registral, el art. 156, párr. 3 CC («[...] Respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro»)? Según la R. de 20 de enero de 1989, ninguna. Aunque la Dirección reconoce que la interpretación de ese precepto «dista de ser sencilla», sostiene que no puede inscribirse un negocio realizado por uno sólo de los progenitores en representación de su hijo menor de edad sin acreditar que le corresponde el ejercicio de la patria potestad. Por otro lado, aunque la resolución afirma que «ahora no se prejuzga la interpretación de la expresión 'ejercicio ordinario de la patria potestad'» (5.º Fundamento de Derecho), lo cierto es que sostiene que no puede considerarse comprendida en el contenido ordinario y habitual del ejercicio de la patria potestad toda actuación que «altera la composición objetiva del patrimonio del menor (3 Fundamento), por lo que quedarían excluidas siempre del art. 156, párr. 3, entre otras actuaciones, las compras y las ventas.

Pero esta interpretación restringe, sin suficiente fundamento, no sólo el ámbito, sino también la eficacia *ex lege* del acto realizado exclusivamente por uno de los cónyuges. Es posible que la redacción del párr. 3 del art. 156 CC sea defectuosa (48). Pero la Dirección General acierta al imaginar cuál ha sido la voluntad del legislador, aunque no la adopta, por considerar que «su plasmación carece de la precisión deseada». Y efectivamente, la voluntad del legislador no puede ser otra que la imaginada por la Dirección: «Considerar que no se trata de una pura presunción procesal, sino de una afirmación legal (49) que solamente decaería en caso de mala fe del tercero, supondría relegar la regla de actuación conjunta al ámbito interno y aceptar

(48) Lo que se explica por su origen; no figuraba en el proyecto aprobado por el Gobierno, sino que introdujo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 30/81, de 7 de julio. Pero como advierte PEÑA, «pensaron [...] en dar una regla que, respetando el principio de actuación conjunta, diera eficacia a la actuación de uno solo, en beneficio del tercero de buena fe, de modo que así quedara fortalecida la seguridad del tráfico». (*Derechos reales Derecho hipotecario*, pág. 515).

(49) Que el art. 156, párr. 3 es una «ficción» legal lo sostienen Suárez SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ («Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil», *RDP*, 1981, pág. 856). Es un evidente error —que carece de sentido— que el legislador utilice la palabra «presunción»; porque en todo caso habría de tratarse de una presunción *iuris et de iure*, como sostiene PRADA («La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *AAMN*, t. XXV, pág. 369), y BERCOVITZ («Com. al art. 156», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, pág. 1.067). Pero el legislador, al redactar ese precepto, no ha tenido en cuenta el art. 1.251 CC.

en las relaciones con terceros, la solidaridad, salvo en los casos de mala fe». La regla del art. 156, párr. 3.º CC es muy semejante a la del art. 129, 2 LSA, que se ha examinado, páginas atrás, al tratar la capacidad de las sociedades mercantiles.

2. Menores emancipados

a) El menor emancipado requiere, para vender, consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador (art. 323 CC).

b) Si existe conflicto de intereses entre el menor emancipado y los padres o el curador, es necesario el nombramiento de defensor judicial (aunque esta regla no deriva, en realidad, en cuanto a los primeros, ni del art. 163 CC —que se refiere a intereses opuestos al de los hijos no emancipados— ni del art. 299, 1.º CC —que refiere únicamente a conflictos entre los menores y sus representantes legales, y los padres, en este caso, no lo son, y a los conflictos entre el curatelado y el curador—).

c) Si el inmueble pertenece también (en algún tipo de comunidad) al cónyuge del menor emancipado, y este es mayor de edad, basta con que ambos presten consentimiento para la venta. Si el cónyuge es menor, deben concurrir, además, los consentimientos de los padres o tutores de uno y otro (art. 324 CC).

Ahora bien, si el menor emancipado tiene un interés contrapuesto al de su cónyuge o al de alguno de los representantes contemplados en el inciso final del art. 324, sí será necesario el nombramiento de defensor judicial (ex art. 299, 1.º).

3. Sujetos a tutela

a) El tutor puede vender inmuebles del pupilo, previa autorización judicial (50) (art. 271, 2.º).

Si se trata de enajenaciones forzosas —judiciales o administrativas— o de expropiaciones administrativas, parece que hay semejanza de supuestos e identidad de razón para aplicar la jurisprudencia de la DGRN relativa a bienes de menores sujetos a patria potestad (que se ha expuesto anteriormente).

b) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, es necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.º). El nombramiento

(50) Por la doctrina de los negocios complejos, parece que el tutor, que puede comprar inmuebles sin necesidad de autorización judicial, podría también, sin ella, constituir hipoteca en garantía del precio aplazado.

de defensor judicial no elude la necesidad de autorización judicial, por las razones que se han expuesto (51).

Si el conflicto consiste en que el tutor compra un inmueble del tutelado, no cabe salvarlo con nombramiento de defensor judicial: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia [...] el tutor [...] los bienes de la persona o personas que estén bajo su tutela» (art. 1.459, 1.º). La misma prohibición existe, en general, para adquirir bienes del pupilo por título oneroso (art. 221, 3.º).

Ahora bien, estas prohibiciones —como toda prohibición— deben interpretarse restrictivamente, y por tanto ha de considerarse permitida la tradición que tenga por título un contrato anterior a la tutela (52). Pero la interpretación restrictiva no puede excluir una interpretación finalista del precepto: por eso creo que debe considerarse incluida en la prohibición la concesión de un derecho de opción —que implica una posible adquisición futura del bien (53)—, incluso si su ejercicio se subordina a que se haya aprobado definitivamente la gestión del tutor (art. 221 cc). Y tanto si la opción se concede a favor del tutor sobre bienes del pupilo (ex art. 1.459, 1.º y 221, 3.º inciso inicial) como si se concede a favor del pupilo sobre bienes del tutor (art. 221, 3.º *in fine*). La finalidad de los arts. 1.459, 1.º y 221, 3.º es evitar el posible abuso del tutor en la fijación de las condiciones del negocio, y esas condiciones están predeterminadas al conceder la opción. Naturalmente, la prohibición no jugaría si se tratase de transmisión por ejercicio de una opción concedida antes de constituida la tutela; en ese caso el tutor podría libremente adquirir el bien del pupilo, o el pupilo el bien del tutor.

En cuanto a la concesión de un derecho de retracto, realizada por el tutor a su favor sobre bienes del pupilo, o favor del pupilo sobre bienes del tutor, creo que no cae dentro de la prohibición del art. 221, 3.º, porque al

(51) A los autores señalados en la nota...habría que añadir aquí a PUIG FERRIOL, que parece restringir la necesidad de que el defensor obtenga autorización judicial al caso de que sustituya al tutor, por incompatibilidad de intereses de éste y el pupilo (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, pág. 782).

(52) En este sentido, PEÑA, pág. 593, nota 95. Coincide en este punto con la STS de 20 de febrero de 1967, según la cual, la cualidad personal prevista en el art. 1.459 (tutor, mandatario...) ha de tenerse en el momento de la perfección de la compraventa, no en el de su consumación.

(53) PEÑA sostiene sin embargo —o al menos así creo entenderle— que el tutor puede transmitir bienes al tutelado por la vía de una opción concedida al mismo sobre bienes del propio tutor, y tanto si la opción es anterior como posterior a la constitución de la tutela —con lo que, además, ésta admitiendo la posibilidad de que el tutor conceda un derecho de opción sobre bienes propios, a favor del pupilo— (*Derecho de familia*, pág. 593, nota 95).

conceder ese derecho no se determinan las condiciones de la venta —y es en la fijación de esas condiciones por el tutor en lo que desconfía el legislador—. La concesión del derecho de retracto tendría que ser, naturalmente, onerosa, porque de lo contrario se trataría de una «liberalidad» prohibida por el número primero de ese mismo artículo. Tampoco caería dentro de la prohibición de los arts. 1.459, 1.º y 221, 3.º CC la adquisición por el tutor de bienes del pupilo en ejercicio del derecho de retracto, ni caería dentro de la prohibición del art. 221, 3.º *in fine* la adquisición, en nombre del pupilo, y en virtud de derecho de retracto, de bienes propios del tutor. Sin embargo, si caería en el ámbito del art. 271, 2.º CC la concesión de un derecho de retracto sobre un inmueble del pupilo a favor del tutor, por tratarse de un acto que tiene carácter dispositivo y es susceptible de inscripción; por tanto, necesitaría el tutor autorización judicial. La concesión de un derecho de retracto sobre un inmueble del tutor a favor del pupilo no sería ni acto prohibido ni acto sometido a autorización judicial.

c) No es necesario que los inmuebles del pupilo se vendan en pública subasta, como establece el art. 2.015 LEC. La derogación del art. 272 CC, que la exigía, por la Ley 13/1983, ha de entenderse como eliminación del requisito, y no como una voluntad de rehabilitar —en una materia que es propia de la ley civil— el precepto de la ley procesal (54).

d) Aunque el tutelado menor de edad (no incapacitado) hubiese cumplido los dieciséis años, no puede, con su prestación de consentimiento en escritura pública, hacer innecesaria la autorización judicial que la ley exige al tutor. No hay, en relación con la tutela, una norma paralela a la del art. 166, párr. 3.º, probablemente porque este precepto se basa en la confianza que al legislador inspira la patria potestad —y que no le inspira por igual la tutela— (55).

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia de incapacitación incluye expresamente la venta entre los actos que no puede realizar el incapacitado sometido a curatela la

(54) Vid. sobre esta cuestión la razonada y convincente exposición que hace RODRÍGUEZ LÓPEZ en *Dictámenes*, pág. 133. No puede silenciarse, sin embargo, que no es esta una posición unánime. LETE DEL RÍO opina que sigue vigente la exigencia de subasta (com. al art. 271 en *Comentarios*, dir. ALBALADEJO, t. IV, pág. 394), y también GIL RODRÍGUEZ (com. al art. 271 en *Comentario*, Min. de Justicia, t. I, pág. 801), aunque considera que debe admitirse la venta hecha por el tutor si se ajusta a las condiciones y circunstancias de la autorización.

(55) Vid., en este sentido, PEÑA, *Derechos de Familia*, pág. 589, nota 77.

compraventa de inmuebles, como si no contiene una enumeración de actos (esto último ex art. 290 en rel, con art. 171, 2.º CC), el incapacitado no podrá vender inmuebles sin la intervención del curador.

En caso de incompatibilidad de intereses entre incapacitado y curador, se nombrará defensor judicial (art. 299, 1.º). El defensor podrá no podrá actuar cuando el incapacitado pretenda vender al curador un inmueble de su propiedad, porque está prohibido a todos los que «desempeñen algún cargo tutelar» (arts. 1.459, 1.º y 221, 3.º CC) (56) —y por tanto al curador— «adquirir por título oneroso bienes del tutelado», y lo que no puede hacer el curador por sí no puede hacerse por la vía del defensor judicial, que se coloca en la situación jurídica de la persona a quien sustituye por incompatibilidad de intereses.

5. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales puros, de bienes adquiridos para la sociedad de gananciales o de bienes presuntivamente gananciales, es necesario el consentimiento de ambos (arts. 1.377 CC y 93, 2 y 4, y 94, 3 RH).

b) Si se trata de bienes privativos puros o privativos por confesión, basta con el consentimiento del titular.

Si se trata de bienes privativos por confesión y ha fallecido el cónyuge confesante, es necesario que concurra el consentimiento de los herederos forzosos de éste (art. 94, 4 RH).

Si el bien privativo es la vivienda habitual de la familia, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (57) (art. 1320 CC). Este consentimiento para vender la vivienda habitual no debe considerarse implícito en el poder genérico para vender bienes del cónyuge poderdante (tampoco en el consentimiento genérico para vender bienes gananciales), porque se trata de un consentimiento específico, que nada tiene que ver con la legitimación para disponer, sino que tiene por finalidad el control sobre el uso de la vivienda

(56) Que este artículo se aplicaba a los curadores, antes de la reforma de la LO 1/1996, lo confirman PEÑA, *Derecho de familia*, pág. 601 y HUALDE SÁNCHEZ, *Comentarios del Código Civil*, Min. Justicia, t. I, pág. 690.

(57) No es necesario el consentimiento de ambos cuando lo que se venda es la cuota de un inmueble, según la R. de 27 de junio de 1994, porque «el carácter de vivienda habitual y familiar [...] no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los dos partícipes [...]» Tampoco, a mi juicio, cuando se vende la nuda propiedad, perteneciendo el usufructo a un tercero, porque la finalidad del art. 1.320 es la de proteger o asegurar la afectación del inmueble a vivienda familiar, que en este caso no podría cumplirse (sostiene la opinión contraria, es decir, que en el ámbito de ese precepto está incluida la transmisión de la nuda propiedad, AVILA ALVAREZ, *Comentarios a las reformas hipotecarias 1982-1984*, Madrid, 1985, pág. 106)

familiar (58). Como se ha escrito, muy acertadamente, el consentimiento para disponer sobre la vivienda habitual no puede inducirse de otro consentimiento que no tenga este específico objeto (59). Ahora bien, el consentimiento para disponer de la vivienda habitual no tiene que ir referido a una disposición concreta, puede ir incluido en un poder general que incluya una expresa autorización para realizar actos dispositivos, o puede incluirse en capitulaciones, como declaración unilateral de uno o de los dos otorgantes (60).

c) El consentimiento de uno de los cónyuges puede ser sustituido por autorización judicial (art. 1.377, párr. 2.^o). La autorización judicial, a diferencia de la aprobación, ha de ser previa. No cabe, por tanto, la autorización judicial posterior; sería necesaria nueva enajenación. La venta hecha por uno sólo de los cónyuges sólo puede ser confirmada por el cónyuge cuyo consentimiento fué omitido, pero no por aprobación judicial (61). Algún autor entiende, por el contrario, que al igual que el consentimiento del cónyuge puede prestarse con posterioridad, también la autorización puede ser posterior (62). La negativa judicial a conceder autorización no impide que el conyuge cuyo consentimiento se omitió preste después su consentimiento; esa negativa judicial no puede considerarse como una declaración de insanabilidad del negocio (63).

d) En los mismos casos de actos debidos que se han examinado en IV, § 3, A, 1, a) —ventas judiciales forzosas, apremios administrativos, expropiaciones forzosas, retroventas, ventas como consecuencia del ejercicio de opción de compra— basta con el consentimiento de uno solo de los cónyuges, porque ambos estaban ya obligados con anterioridad a realizarlos.

e) «El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente» (art. 1.458 CC). La configuración —sustantiva y documental— de esta venta, cuando el bien es ganancial, la señaló la R. de 2 de febrero de 1983: ambos cónyuges venden, el cónyuge adquirente acepta, y la contraprestación es de naturaleza privativa, «lo que se acredita [con] un reconocimiento

(58) Lo que se acaba de afirmar en nada contradice la doctrina de la DGRN de que el apoderado puede manifestar que el inmueble que vende —en nombre del poderdante— no es la vivienda familiar de éste. Lo que no puede el apoderado, por el sólo hecho de tener un genérico poder «para vender», es enajenar la vivienda familiar. Para que el apoderado esté facultado para ello, el poderdante debe expresarlo específicamente en el poder.

(59) ALVAREZ-SALA, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, RDN, 1980, pág. 19.

(60) En cuanto a su inclusión en capitulaciones, ALVAREZ-SALA, *ibidem*, y HERRERO GARCÍA, «Com. al art. 1.320», en *Comentario*, Min. Justicia, vol. II, pág. 591.

(61) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, pág. 263.

(62) DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, pág. 204.

(63) Vid. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1, Madrid, 1994, pág. 515, que se inclina, aunque con reservas, a no reconocer a la negativa judicial esa eficacia impositiva de la confirmación por el cónyuge.

o afirmación de tal naturaleza no sólo por el cónyuge adquirente, sino también por su consorte»; «y no puede entenderse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar el esposo el doble concepto de vendedor y comprador, por faltar el presupuesto clave en la doctrina de este Centro Directivo sobre esta materia como es la falta de contraposición o conflicto de intereses».

6. Apoderados

Debe actuar el apoderado con poder expreso (art. 1.713 CC). Como dice la R. de 24 de enero de 1898, con una paronomasia, poder *expreso* es el que *expresó* que se podía enajenar.

En cuanto a la extensión del poder, la DGRN ha declarado:

a) El poder para enajenar autoriza para ceder créditos hipotecarios (R. de 18 de julio de 1899).

b) El poder para vender un inmueble que se dice adquirido por herencia no autoriza para realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, dividir la masa hereditaria y aceptar las adjudicaciones consiguientes (R. de 3 de noviembre de 1908).

c) El poder para «enajenar, permutar, arrendar, vender por el precio y condiciones que estime y a las personas o entidad que le parezca, o cualquier otro acto de riguroso dominio» autoriza al apoderado para conceder una opción de compra (R. de 22 de junio de 1966).

d) El poder para «comprar, vender y permutar toda clase de inmuebles o derechos reales» no autoriza para hacer reconocimientos de dominio, por ser éstos declaraciones de dominio unilaterales y abstractas, carentes en sí mismos de virtualidad traslativa. Cuestión distinta —viene a decir la resolución, sin entrar a analizar si el poder facultaría o no para ello— sería «el reconocimiento de un concreto negocio traslativo anterior» (R. de 18 de octubre de 1989).

e) El poder para hacer particiones y ventas autoriza al apoderado para adjudicar bienes en pago de deudas a un extraño (R. de 10 de agosto de 1918).

f) El poder «para practicar operaciones de tipo registral o inmobiliario» no autoriza para vender (R. de 6 de septiembre de 1982).

g) El poder para vender faculta para «realizar, por el representado, las declaraciones que ordinariamente han de hacer los vendedores»: la expresión de si la casa constituye la vivienda habitual del representado; la designación de las cargas o gravámenes a que esté afecto el inmueble; la declaración sobre la situación arrendaticia de la finca vendida (R. de 17 de diciembre de 1987). Está emparentada esta doctrina con la que en alguna

ocasión ha sostenido la Dirección, de que el poder para realizar un negocio comprende «todos los actos englobados dentro de ese acto» (v., p.ej., R. de 31 de octubre de 1986).

7. Asociaciones

a) Las asociaciones (representadas por «el presidente [de la junta directiva], y en su caso quienes estatutariamente se determine» [art. 10, párr. 2.º D 1.440/1965, de 20 de mayo], o apoderados [que habrán de ser nombrados por los anteriores, y no por la asamblea general, sobre la base de las mismas razones que expresan las RR.de 26 y 28 de febrero de 1991]) pueden vender bienes inmuebles, previo acuerdo de la asamblea general, adoptado con las mayorías previstas en el art. 10, párr. 3.º del D 1.440/1965.

b) Las asociaciones deportivas sólo pueden vender bienes inmuebles, cuando la venta «no comprometa de modo irreversible el patrimonio de la entidad o su objeto social»; y necesitan autorización del Consejo Superior de Deportes cuando la venta tenga por objeto inmuebles financiados, en todo o en parte, con fondos del Estado (art. 36, 2 LD).

8. Fundaciones

a) El patronato (o sus delegados o apoderados: art. 14 LF) necesita previa autorización del protectorado, salvo que la venta se ajuste a los fines establecidos por el donante del inmueble que se vende (art. 19, 1 LF). No es necesario ya, tras la Ley 30/1994, que la venta se haga mediante subasta, como exigía el RD de 29 de agosto de 1923, complementario del RD y la Instrucción de 1899.

b) Excepcionalmente —señala el R.D. 316/1996 (art. 4, ap. 7)—, y cuando el fin o la actividad fundacional así lo aconsejen, el protectorado, a solicitud de la fundación interesada, podrá otorgar una autorización anual para enajenar en cualquier momento los bienes inmuebles que se relacionen en la solicitud o los que vengan a sustituir a aquéllos.

c) A pesar de la exigencia legal de que la autorización sea previa, el RD 316/1996 permite (art. 10, 3) que se haga la venta antes de haberse obtenido, pero en ese caso la escritura deberá someter el negocio a la condición suspensiva de que se obtenga la autorización en un momento posterior.

d) Si no se trata de inmuebles que formen parte de la dotación (64), ni de inmuebles directamente vinculados al cumplimiento de los fines fun-

(64) Son bienes dotacionales los incluidos en la escritura de constitución y las aportados posteriormente en concepto de dotación patrimonial (COBO GÁLVEZ, «Com. al

dacionales, ni de inmuebles con valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación, el patronato no requiere autorización previa, pero ha de dar cuenta inmediata al protectorado (art. 19, 2 LF). El que esta notificación haya de ser *inmediata* mueve a considerar que ha de acreditarse para la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad.

B. *Capacidad para comprar*

1. Sujetos a patria potestad

No hay duda de que pueden los padres comprar inmuebles para los hijos, aunque ningún precepto lo establezca, y deba deducirse de la genérica facultad de representación del art. 154, párr. 2, n.º 2.º CC. En esta posibilidad se apoya la doctrina del negocio conexo, que admite que los padres —por sí solos, sin autorización judicial— graven de inmueble comprado en garantía de la parte de precio que se aplaza. Con igual fundamento habría de admitirse el pacto de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado, y cualesquiera otras «condiciones gravosas»; como dice muy expresivamente el resumen oficial de la R. de 2 de julio de 1931 (65), «por gravosa que sea la condición impuesta a una compradora menor de edad, nunca puede justificar la exigencia de la autorización judicial».

2. Emancipados

Pueden comprar bienes inmuebles sin necesidad de consentimiento de los padres o del curador (ex art. 323 CC), incluso si se trata de bienes de los propios padres; pero no si se trata de bienes del curador, porque éste, al ejercer un «cargo tutelar», no puede «transmitirle [al «tutelado»] bienes por igual título [título oneroso]». Se trata de una prohibición, no de un conflicto de intereses que pueda salvarse con la intervención de defensor judicial.

3. Sujetos a tutela

Pueden los tutores, en nombre del pupilo, comprar bienes para él, sin necesidad de autorización judicial; pero nunca bienes de los propios tutores

art. 19», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pág. 167).

(65) Vid. *Anuario de 1931*, Dirección General de los Registros y del Notariado, Madrid, 1932, pág. 193.

(aunque el art. 1.459, 1.º CC se refiere a compras por el tutor, el art. 221, 3.º CC prohíbe también a quien desempeñe algún cargo tutelar «transmitirle [al tutelado] bienes por igual título [título oneroso]»).

§ 4. CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD

A. *Capacidad para pactar la constitución*

La constitución de una comunidad entre inmuebles colindantes se realiza por agrupación (66) (v. art. 45, párr. 3 RH). En este caso, la agrupación es más que una simple modificación hipotecaria; se producen unas atribuciones patrimoniales. Esas atribuciones derivan, según la R. de 16 de mayo de 1979, de un innominado y atípico «contrato que crea una comunidad de bienes», sin que deba recurrirse a «la viciosa práctica de realizar una permuta de cuotas entre todos los propietarios». La agrupación no es por tanto, en este caso, un simple acto de riguroso dominio —como lo son las modificaciones hipotecarias—, sino que implica un acto de disposición, al que habrán de aplicarse las reglas de capacidad que rigen para la disposición de inmuebles.

La determinación de la «participación indivisa que a cada uno de ellos [los distintos propietarios de las fincas originarias] corresponda en la finca resultante de la agrupación» revelará, según los casos, atribuciones onerosas o gratuitas (67), lo que habrá de tenerse en cuenta a efectos de apreciar la capacidad. «Dependerá de que cada propietario reciba de la [finca] resultante de la agrupación una participación totalmente equivalente al valor de la propiedad aportada, o bien que alguno algunos reciban una participación mayor a su haber de aportación y otros una menor al suyo» (68).

Debe tenerse en cuenta que la constitución de comunidad es un acto de carácter dispositivo e inscribible, por lo que el menor emancipado necesitará el consentimiento de sus padres o del tutor; el tutor que aporte inmuebles del pupilo menor o incapacitado necesitará autorización judicial (art. 271, 2.º, pues se trata de un acto «de carácter dispositivo y susceptible

(66) La opinión de ROCA SASTRE de que es imposible agrupar dos o más fincas pertenecientes por entero a distintos propietarios, sin ponerlas previamente en comun, mediante un negocio jurídico de comunicación de bienes o de cesiones recíprocas o permutas de cuotas indivisas, ha sido rechazada por la doctrina (vid. CARRETERO GARCÍA, com. a la R. de 16 de mayo de 1979, *RCDI*, n.º 548, enero-febrero 1982, pág. 193, y los autores que cita).

(67) V. en este sentido MIGUEL GONZÁLEZ, comentario al art. 392 en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, pág. 35.

(68) CARRETERO GARCÍA, *ib.*, pág. 1.225.

de inscripción»); y el incapacitado sometido a curatela necesitará la intervención del curador (art. 290), pero no autorización judicial.

B. *Capacidad para pactar la disolución*

Ante la conocida discusión doctrinal sobre la naturaleza de la disolución de la comunidad (69), se hace particularmente necesario atender a los criterios legales y jurisprudenciales, no siempre homogéneos. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia» (art. 406 CC).

1. Menores sujetos a patria potestad

Cuando los padres sean partícipes con el hijo en la misma comunidad, es necesario el nombramiento de defensor judicial. «[...] Será más tarde, si durante la menor de edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaleciéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo» (R. de 10 de enero de 1994). No es necesario que los padres obtengan autorización judicial (R. de 25 de abril de 1924) ni aprobación judicial (esto último, ex art. 1.060 CC).

2. Sujetos a tutela

a) El tutor necesita obtener siempre (aunque no sea él también comunero) la aprobación judicial de la división realizada. «No necesitará autorización judicial [...] la división de cosa común realizada por el tutor, pero una vez racticada requerirá aprobación judicial» (art. 272 CC).

b) Si el tutor es también comunero, existirá conflicto de intereses, y será necesario el nombramiento de defensor judicial (ex art. 299 CC).

(69) Por citar sólo algunos autores: para Roca Sastre se trata de un acto declarativo (*Derecho hipotecario*, t. III, pág. 740), mientras a juicio de Díez-Picazo se trata de un acto dispositivo (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, Madrid, 1995, pág. 930). Prevalece hoy, sin embargo, la tesis que formuló hace más de medio siglo Marín López («Carácter y efectos de la partición de herencia», RDP, 1936, pág. 81), según la cual la partición —como la disolución de comunidad— es un acto determinativo o especificativo (Albaladejo, Lacruz, Cossío...); es, como dice la STS de 3 de febrero de 1982, «la tesis mayoritaria en la doctrina más autorizada», y también «la que informa la moderna jurisprudencia», lo que repite literalmente la S. de 5 de marzo de 1991.

c) El defensor debe obtener aprobación judicial, no ex art. 1.060, párr. 2 CC, introducido por la LO 1/1996, sino porque, en general, el defensor debe obtener las mismas autorizaciones que necesita el tutor.

3. Menor emancipado

Puede participar por sí solo en la disolución de la comunidad, según R. de 21 de diciembre de 1929, que invoca «el principio jurídico que favorece la libertad personal y circunscribe las prohibiciones de disponer a sus rigurosos límites, así como los múltiples artículos del Código Civil que distinguen netamente la capacidad necesaria para vender, de la que exige para celebrar particiones hereditarias, el otorgamiento de uno y otro acto y los diversos efectos civiles e hipotecarios que produce cada uno de ellos».

§ 5. CONSTITUCIÓN DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Sujetos a patria potestad

Pueden los padres sujetar un inmueble del menor al régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de obtener autorización judicial. Para los actos de riguroso dominio, salvo para la renuncia de derechos —y la constitución en régimen de propiedad horizontal tiene aquél carácter— no necesitan los padres autorización judicial (ex art. 166 CC, referido sólo a actos dispositivos —enajenación o gravamen—) (70).

2. Menor emancipado

El menor emancipado puede constituir un inmueble en régimen de propiedad horizontal sin la asistencia prevista en el art. 323, al no implicar este acto enajenación o gravamen del inmueble.

(70) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal es acto dispositivo. «La constitución unilateral —escribe PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 244, nota 9— exige en el constituyente la capacidad y legitimación exigida para los actos dispositivos. Tal constitución es un acto dispositivo, pues por ella el dominio sobre el edificio queda modificado en cuanto se desintegra en tantos dominios como pisos o locales». Pero, cualquiera que sea el sentido que se dé a la noción de «acto de disposición» (y puede tener el de «acto de riguroso dominio», como es el sentido que tiene en el art. 271, 2.ª CC), no se deduciría de ello que los padres necesiten autorización judicial, porque no se trata de una «enajenación o gravamen de bienes inmuebles», que son los actos para los que el art. 166 exige autorización judicial.

3. Sujetos a tutela

El tutor necesita autorización judicial para sujetar un inmueble del menor al régimen de propiedad horizontal. La constitución de este régimen es un acto de riguroso dominio, que es precisamente el tipo de actos a los que se refiere el art. 271, 2.º CC, aunque utilice la expresión «acto dispositivo», como resulta de la contraposición que ese número hace entre «enajenación y gravámen» y actos «que tengan carácter dispositivo». La introducción de esta expresión por la LO 1/1996 se ha hecho para evitar las dudas que se planteaban con anterioridad sobre la necesidad de obtener autorización judicial para ciertos actos —como la declaración de obra nueva o la adquisición de inmuebles— que eran inscribibles y, sin embargo, no eran «enajenación o gravámen» (antiguo 271, 2.º CC); es decir, para introducir, en el ámbito de la autorización judicial, los actos de riguroso dominio.

4. Incapacitado sujeto a curatela

Si la sentencia de incapacitación incluye la constitución del régimen de propiedad horizontal, será necesaria la intervención del curador. Si la sentencia no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo, la relación entre el art. 290 y el art. 271, 2.º obliga a entender que el incapacitado necesitará también en este caso la intervención del curador.

5. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 93, 2 RH).

b) Si se trata de bienes adquiridos por uno de los cónyuges para su sociedad de gananciales, y a pesar de tratarse de un acto de riguroso dominio, puede el cónyuge titular, por sí sólo, constituir el inmueble en régimen de propiedad horizontal (el art. 94, 4, que cita explícitamente «la constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal» entre otros actos, que tienen todos ellos carácter de actos de administración). Se ha planteado (71) si queda dentro del ámbito del art. 93, 4, *in fine*, RH —y por tanto, también en el ámbito del 94, 2 RH— la modalidad de constitución de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, en que surge *ab initio* entre varios propietarios la propiedad privativa de cada uno de ellos —la llamada «co-

(71) AVILA ALVAREZ, *Comentarios*, pág. 135.

munidad valenciana» (72), contemplada en la R. 18 de abril de 1988—; resulta indudable que en este caso, a la constitución del régimen de propiedad horizontal va unida una adjudicación —sin el paso previo por una situación de cotitularidad de cada uno de los pisos o locales. Y esa segunda operación, por su carácter dispositivo, va más allá del acto de riguroso dominio que es la mera constitución del régimen. Por tanto, hay que concluir que queda fuera de los preceptos citados, y cae dentro el ámbito de los ap. 3 del art. 93, y 3 del art. 94 RH.

c) Si se trata de bienes privativos, la constitución del régimen de propiedad horizontal deberá realizarla el cónyuge adquirente. Si el inmueble es privativo por confesión, ¿deben los herederos forzosos del cónyuge premuerto concurrir con el supérstite para constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal? La cuestión no es fácil de resolver: tanto el art. 95 como los artículos anteriores del Reglamento hipotecario utilizan la idea de «actos de disposición» como contrapuesta a la de «actos de administración», y por tanto, englobando los actos de riguroso dominio —como lo es la constitución del régimen de propiedad horizontal—. Pero, por otra parte, el Reglamento hipotecario parece considerar esa constitución como un acto de administración, al aparecer mencionada entre actos que sí lo son en el art. 94, 2 RH, aunque en ningún momento los llama explícitamente así, sino que, para referirse a todos ellos, se limita a hablar de «actos enumerados en el apartado 2» (art. 93, ap. 4 *in fine*).

6. Apoderado

El apoderado necesita poder expreso para constituir un inmueble en régimen de propiedad horizontal, por tratarse de un acto de riguroso dominio (art. 1.713). La R. de 17 de abril de 1970 lo advierte así —aunque no había sido incluida la cuestión como defecto en la nota de calificación—.

§ 6. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

1. Sujetos a patria potestad

Pueden los padres declarar las obras nuevas realizadas en inmuebles de los hijos, sin necesidad de autorización judicial. No es fácil imaginar la posibilidad de que en esa actuación pueda existir «oposición de intereses» que haga necesario el nombramiento de defensor judicial.

(72) Vid. CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1985, pág. 331.

2. Menores emancipados

Pueden declararlas por sí mismos, sin el complemento de capacidad exigido por el art. 323 CC, al no aparecer este acto mencionado en él, ni tratarse de un acto dispositivo.

3. Sujetos a tutela

La declaración de obra nueva sobre un inmueble del pupilo puede hacerla el tutor sin necesidad de autorización judicial. No puede considerarse comprendida tal declaración entre los «actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción» (art. 271, 1.º CC) —porque la declaración de obra nueva es acto de administración—, ni englobada entre los «gastos extraordinarios en los bienes» a que se refieren los n.º 2.º y 5.º del art. 271 CC.

4. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales, es necesario el consentimiento de ambos (art. 93, 2 RH). Aunque la R. de 21 de febrero de 1995, afirmando que la declaración de obra nueva es «la simple constatación de un hecho» (73), que la obra nueva «no pasa de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca», y que el acto «queda al margen del régimen civil sobre los actos de disposición y de administración», permite que uno solo de los cónyuges declare la obra nueva realizada sobre un inmueble ganancial.

b) Si se trata de bienes adquiridos por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, o de bienes presuntivamente gananciales, podrá otorgarlos por sí solo el cónyuge titular registral (art. 94, 2, que sujeta

(73) La afirmación de que la declaración de obra nueva es la simple constatación de un hecho, y por tanto no ha de aplicársele regla alguna de capacidad procede de LACRUZ (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, págs. 94 y 96) y de él pasa a ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, t. II, pág. 542). Pero como afirmó RAMOS FOLQUÉS con acierto, lo que se inscribe en el Registro en virtud de esa declaración es un derecho: el derecho a la construcción, que no puede inscribirse sin controlar su legalidad —que es, en definitiva, lo que se califica en base a la declaración de obra nueva («La regulación jurídico registral de la calificación», *RCDI*, 1954, pág. 856)—. Por tanto, no es admisible, como pretende ROCA, que se inscriba la declaración de obra nueva hecha por uno solo de los comuneros; siguiendo la tesis del «simple hecho», ¿porqué no se inscriben las declaraciones obra nueva a realizadas por el arrendatario, o del titular de cualquier derecho real limitado, o incluso por un mandatario verbal?

explícitamente al mismo régimen la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal).

c) Si se trata de bienes privativos, se llevará a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente (art. 95, 3 RH).

5. Comuneros

La declaración de obra nueva ha de hacerse por la totalidad de los partícipes. Atendiendo a la naturaleza del acto, parecería en principio que habría de encuadrarse en el art. 398 CC; pero no hay paralelismo entre acto de administración y «administración de la cosa común» (art. 198 CC), de un lado, y acto de disposición —en sentido amplio— y «alteración en la cosa común» (397 CC), de otro. La razón reside en alcance de las «alteraciones» contempladas en este último precepto, que engloba también a las de carácter material, es decir, todas las que afecten no sólo al destino, sino también al uso, o sólo a la sustancia de la cosa, bien en su forma, bien en su materia (74). Y si, según el Tribunal Supremo, la demolición de construcciones exige unanimidad (SS. de 26 de octubre de 1977 y 9 de mayo de 1983), su levantamiento la exige también. La Dirección de los Registros ha sido rotunda: es necesaria la comparecencia de todos los comuneros para que pueda ser inscrita una obra nueva. «Si, según el artículo 397 del Código Civil, 'ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ello pudieran derivar ventajas para todos', parece que tampoco uno solo de los comuneros podrá exigir la constancia registral de las alteraciones realizadas, bien por él mismo, bien por todos los comuneros o por algunos de ellos, y que se requiera que sean todos los copropietarios del solar quienes comparezcan en la escritura y describan la nueva obra realizada» (R. de 20 de febrero de 1969, cuya doctrina confirma la de 21 de febrero).

6. Apoderado

Si se considera que la declaración de obra nueva es un acto de administración —como explícitamente lo califica la R. de 21 de mayo de 1991—, será suficiente un poder «concebido en términos generales» (art. 1.713, párr. 1) o que autorice para administrar.

(74) MIGUEL GONZÁLEZ, «Com. al art. 397», en *Comentarios*, dir. Albaladejo, pág. 387.

§ 7. DONACIÓN

A. *Capacidad para donar*

1. Sujetos a patria potestad

Pueden los padres hacer donaciones en representación de los hijos menores, «por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez, con audiencia del Ministerio Fiscal» (ex. art. 166). Aunque la donación no esté expresamente prevista, entiende la doctrina que debe incluirse en el régimen del precepto citado, porque no cabe negar a los padres lo que la ley permite a los tutores (v. art. 271, 9.º CC) (75).

No se impone a los padres una prohibición paralela a la que el art. 221, 1.º CC impone a los tutores. Por tanto, pueden recibir bienes de los hijos por vía de donación. Lo que sucederá es que en este caso siempre existirá contraposición de intereses, por lo que será necesario el nombramiento de defensor judicial, que deberá obtener autorización judicial. Con carácter general cabe afirmar que así como los tutores —y, en general, los titulares de una función tutelar (en el sentido amplio en que utiliza esta expresión el art. 220 CC y el nuevo 1.459 CC)— tienen prohibidos determinados actos (arts. 221, 1.459, 1.º CC...), no existen, para los padres, actos prohibidos —en sí mismos considerados, con independencia de que exista oposición de intereses—, sino sólo actos sujetos a autorización judicial.

2. Menores emancipados

Pueden donar con consentimiento de las personas encargadas de prestarle asistencia —padres o curador— (art. 323 CC).

3. Sujetos a tutela

El tutor puede donar inmuebles del tutelado con autorización judicial (art. 271, 9.º CC). La renuncia pura y simple del derecho de usufructo sobre

(75) Una exposición extensa sobre la duda interpretativa de si está absolutamente prohibido a los padres donar bienes de los hijos —y, en general, realizar actos a título gratuito, como hipotecar bienes de los hijos en garantía de deuda ajena— puede verse en CLEMENTE MEORO, *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, pág. 483. Díez-PICAZO niega que los padres tengan facultad dispositiva a título gratuito («La reforma del Código Civil en materia de patria potestad», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, pág. 295), pero no plantea la cuestión en Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. IV: vid. pág. 296.

un inmueble del pupilo equivale a una donación (R. de 19 de agosto de 1982).

Ahora bien, nunca podrá el tutor donarse a sí mismo bienes del pupilo, porque el tutor tiene prohibido «recibir liberalidades del tutelado, o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión» (art. 221, 1.^º). No cabe tampoco que las reciba, como es lógico, por intermedio de defensor judicial, que salvara la evidente contraposición de intereses.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si la sentencia incluye las donaciones, o no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí sólo (art. 290 en relación con el art. 271, 9.^º), éste habrá de contar, para realizar donaciones, con la intervención del curador. No será necesaria autorización judicial.

5. Cónyuges

A diferencia de lo que sucede en las enajenaciones onerosas, que pueden realizarse —tanto si se trata de bienes gananciales, como si se trata de bienes presuntivamente gananciales— por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento del otro —y la falta del consentimiento de uno de los cónyuges puede ser suplida por la autorización judicial—, las donaciones de esos bienes han de hacerse conjuntamente por ambos cónyuges. «Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges», según el art. 1.378, más expresivo, pero repitiendo la misma idea que formula el art. 1.322, párr. 2.^º, «[...] serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge». La reiterada expresión «serán nulos» revela que la falta de codisposición determina la nulidad radical y absoluta del acto, del que no cabe confirmación.

Pero actuación conjunta no significa simultaneidad cronológica (76). Si sólo un cónyuge ha donado el bien ganancial, y en tanto se mantenga esta

(76) Como parece entender, sin embargo, AVILA ALVAREZ, *Comentarios a las reformas*, pág. 134, y como afirman rotundamente CAMY, *Examen*, pág. 36, y ROCA i TRÍAS, *Derecho de familia*, dir. por V.L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1995, pág. 264 («la actuación conjunta ha de ser coetánea»).

Admiten la donación sucesiva PEÑA, *Derecho reales Derecho hipotecario*, pág. 262; PRETEL SERRANO, com. al art. 1 378 en *Comentario*, Min. Justicia, vol. II, pág. 720 y 721 y MÁRQUEZ MUÑOZ, «Resumen de algunas normas del Código Civil», *BICNR*, n. 180, 1982 (en la recopilación de F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, t. II, Madrid, 1987, pág. 1652).

situación, el negocio será nulo —y esa nulidad podrá hacerse valer por el cónyuge cuyo consentimiento faltó, por los terceros, e incluso por el cónyuge autor de la disposición (77)—; pero al donar, más tarde, el otro cónyuge, se cumple el requisito de la disposición conjunta, y es entonces cuando se producirá la donación eficaz (78). Si un cónyuge dona en nombre propio y con poder del otro, existirá actuación conjunta; pero no debe confundirse el acto con «consentimiento» del cónyuge y el acto con «poder» del cónyuge: sólo en este segundo caso el acto es conjunto (79). La exigencia legal de codisposición, que, por su rigor, ha de entenderse referida a cada donación concreta, impide, a mi juicio, que un cónyuge pueda donar bienes gananciales con un poder genérico para «donar»; el poder ha de referirse a un inmueble determinado (afirmación que podría generalizarse: vid. III. § 7, A, 6).

Es indiscutible —e indiscutido— que el juez no puede suplir al cónyuge no donante en base al art. 1.377, párr. 2, que se refiere a actos de disposición a título oneroso.

Me parece acertada la interpretación restrictiva que se hace por algún autor del art. 1.378 —aunque, admitiendo la posibilidad de prestación sucesiva de consentimientos que he mantenido antes no tiene toda la trascendencia práctica que tiene en el contexto de las páginas en que aparece—, entendiendo que la expresión «actos a título gratuito» que emplea ese artículo «son exactamente los comprendidos en el juego de la causa que consiste en el 'ánimo liberal del bienhechor' (art. 1.274 CC) y no los actos de gestión que se pueden presentar en el tráfico sin contraprestación, pero que cabe justificar por razón de ciertas ventajas o beneficios indirectos, cuando no por la protección de los intereses familiares. Caso característico —añade— es la concesión por uno de los cónyuges de un derecho de garantía (aval o fianza, incluso hipoteca) en favor de una sociedad en la que participa. En tal caso, no estamos ante un acto basado en la mera liberalidad del bienhechor y por tanto no rige el principio de cogestión en términos absolutos. Así, entre otras, las SS del TS de 13 de mayo de 1987 y 18 de noviembre de 1988» (80).

(77) Díez-PICAZO, «Com. al art. 1.378», en *Comentarios a las reformas*, vol. II, pág. 1378.

(78) GARCÍA CANTERO (en CASTÁN, *Derecho civil*, t. V, vol. 1, pág. 517) exagera al afirmar que el art. 1.378 se interpreta «unánimemente por la doctrina en el sentido de establecerse una nulidad absoluta, no susceptible de convalidación o confirmación, ni de que el Juez otorgue supletoriamente su consentimiento», pero esta afirmación debe tenerse en cuenta como criterio del autor.

(79) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 263, nota 137. «Consentimiento» no es sólo la autorización prevista en el antiguo art. 1.413 CC —que la R. de 6 de octubre de 1966 consideró insuficiente para que el marido, que había obtenido ese consentimiento de la mujer, donase un bien ganancial—.

(80) MONTÉS PENADÉS, en *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, pág. 264.

6. Apoderado

Puede un apoderado hacer donaciones con poder expreso. «Cabe que el donante las otorgue por sí [las donaciones], o por medio de mandatario con poder expreso al efecto, como establece el art. 1.713 CC para todos los actos y contratos de enajenación o riguroso dominio»; «no es necesario que en el poder que con dicho fin se otorgue, se describan detalladamente las fincas objeto de la donación, bastando que se exprese, sin que deje lugar a duda, cuáles son éstas»; la aceptación puede hacerse al donante «en la persona de su mandatario; no corresponde al Registrador comprobar si queda al donante lo necesario para vivir conforme a sus circunstancias (R. de 5 de agosto de 1907).

Sin embargo, es muy dudoso que pueda concederse un poder general para donar. Como se ha escrito, con toda razón, «es harto improbable que quepa otorgar a un representante un poder general para donar, teniendo en cuenta el carácter *intuitu personae* de la donación (la «mera liberalidad del bienhechor» del art. 1.274) y la necesidad de que sea en cada caso el titular del patrimonio quien estime los merecimientos o necesidades del donatario o el afecto que le profesa, y la propia capacidad de sacrificio en relación con su situación familiar y patrimonial. Se trata de unas apreciaciones que, por su naturaleza, no cabe delegar: es el propio donante, y no otra persona, quien se halla en situación de realizarlas» (81).

En cuanto a la extensión del poder, si se ha concedido «para enajenar», sin precisar que comprende los actos a título gratuito, estos no deben entenderse comprendidos en él (82).

7. Ausentes

Los representantes del ausente no pueden hacer donaciones hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento (art. 196 CC).

8. Fundaciones

Es dudoso que las fundaciones puedan donar. La regulación que el art. 19 LF hace de las enajenaciones en general no es aplicable a las gratuitas. El principio de conservación del patrimonio fundacional justifica el criterio negativo. La relación entre los epígrafes de los arts. 19 y 20 LF lo revela

(81) LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 2^º, capítulo actualizado por RAMS, pág. 96

(82) Vid. en este sentido ÁVILA NAVARRO, *La representación con poder*, pág. 78.

con claridad. Naturalmente, cuando la donación implique cumplimiento del fin fundacional (asistencial, sanitario, docente...) será plenamente admisible.

B. *Capacidad para aceptar donaciones*

1. Sujetos a patria potestad

I. Aceptación

a) «Toda persona que tenga capacidad natural de entender y de querer tiene aptitud para aceptar donaciones» (ex art. 625, R. de 3 de marzo de 1989, relativa a dos menores de edad de 16 y 17 años, que aceptan por sí mismos). No se exige, para aceptar donaciones, la capacidad general para contratar (ex art. 626 *a sensu contrario*). Cuando se trata de actos «que agotan su completa efectividad en una en una ventaja jurídica neta para el incapaz», puede éste —con voluntad y juicio suficiente— actuar por sí, sin intervención de su representante legal. «La intervención del tutor sólo es necesaria cuando la situación del incapaz pueda resultar perjudicada, no cuando sólo sólo resulte favorecida» (83).

b) Por los menores sin tal «capacidad natural de entender y de querer» deben aceptar las donaciones sus padres. Estos podrán hacerlo sin necesidad de obtener autorización judicial.

c) En algún caso puede existir contraposición de intereses entre el padre donante y el hijo menor donatario, y en ese caso será necesario el nombramiento de defensor judicial. «Puede en principio autorizarse la concurrencia en un solo sujeto jurídico de la doble cualidad de donante y donatario, máxime cuando es el padre quien la asume; pero han de quedar fuera de esta autorización aquellos actos a título gratuito que, por envolver una posible contradicción de intereses o un peligro inmediato o remoto de los derechos pertenecientes a los hijos menores de edad, necesitan para su perfección la concurrencia de una persona especialmente encargada de evitar el perjuicio presente o futuro, la cual en el régimen actual del Derecho familiar español, no puede ser otra que el defensor judicial» (R. de 29 de diciembre de 1922).

d) La aceptación de donaciones condicionales u onerosas hechas a menores de edad deben ser aceptadas, en todo caso, por sus padres —o legítimos representantes, en general— (art. 626).

(83) Ambas citas son de GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pág. 210, que traslada a nuestro ámbito la idea de los *zustimmungsfreie Geschäfte*, y la aplica, entre otros, al supuesto del art. 626 CC.

e) Los padres —o el defensor, en su caso— deben realizar la notificación al donante que ordena el art. 631 CC (naturalmente, y aunque el precepto no lo diga, esta obligación sólo existirá en el caso de que la aceptación se haya realizado en escritura separada: art. 633). Es indudable que este precepto no se refiere sólo a la representación voluntaria, sino que abarca también la legal. Entra en el ámbito de la calificación registral el comprobar que se ha efectuado esa notificación; porque, sin ella, la donación o no se ha perfeccionado —según la jurisprudencia más constante (STS de 8 de abril de 1926, 1 de diciembre de 1948, 13 de noviembre de 1962, entre otras, y R. de 5 de agosto de 1907), en cuyo caso no se ha transmitido la propiedad, y no cabría por tanto inscripción— o es aún revocable —según la interpretación de un sector doctrinal (84), lo que no impide que la propiedad se transmita—.

II. No aceptación

Para no aceptar donaciones ofrecidas a los hijos menores no necesitan obtener los padres, tras la reforma de la LO 1/1996, autorización judicial (se ha suprimido del art. 166, párr. 2 CC la referencia a la «repudiación» de donaciones, que además de incorrecta —porque las donaciones no repudian— planteaba el problema de la mera actitud pasiva de no aceptar).

2. Sujetos a tutela

I. Aceptación

El tutor puede aceptar donaciones —ordinarias, condicionales u onerosas—, sin necesidad de cumplir ningún requisito. Puede aceptar incluso, en nombre del tutelado, la donación de bienes suyos (del tutor); si éste tiene prohibido adquirir a título gratuito bienes del tutelado (art. 221, 1.º CC), adquirir a título oneroso bienes del mismo, y transmitirle a título oneroso bienes propios (art. 221, 3.º CC), no tiene sin embargo prohibido transmitir al pupilo, a título gratuito, bienes propios, lo que puede hacer sin autorización judicial. Si la donación hecha por el tutor, con bienes propios, al pupilo, lleva consigo cargas que favorezcan a aquél, debería aplicarse por analogía la doctrina de la R. de 29 de diciembre de 1922 (expuesta en V, § 7, B, I, c)).

(84) LALAGUNA, *Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación*, RDP, 1963, pág. 275; ALBALADEJO, «Com al art. 623», en *Comentario*, Min. Justicia, t. I, pág. 1.589, LACRUZ. .

II. No aceptación

Para no aceptar donaciones necesita el tutor obtener autorización judicial (art. 271, 4.ª CC). Pero como las donaciones no es renuncian o repudian, sino que simplemente no se aceptan —*omissio adquirendi*—, ha de interpretarse el precepto en el sentido de que para adoptar esta actitud pasiva de rechazo ha de obtener el tutor autorización judicial.

3. Incapitados sujetos a curatela

I. Aceptación

La aceptación puede hacerla el incapacitado sin asistencia del curador. No es imaginable que la aceptación de donaciones se incluya en la sentencia de incapacitación; si ésta no especifica los actos que el incapacitado no puede hacer sin intervención del curador, tampoco será necesaria la intervención del curador (ex art. 290 en relación con el art. 271 CC).

Lo mismo cabría decir respecto de las donaciones condicionales y onerosas (si la sentencia no las incluye entre los actos necesitados de asistencia); no entraría en juego el art. 290, porque esas donaciones no aparecen en la enumeración del art. 271; y tampoco entraría en juego el 626 CC por dos razones: primera, porque el incapacitado no es un incapaz («personas que no pueden contratar», dice ese artículo); segunda, porque el curador no es un representante legal («legítimo representante», dice el mismo artículo).

II. No aceptación

Tanto si la sentencia incluye la no aceptación de donaciones, como si no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo (ex art. 290 en relación con el 271, 4.ª), el incapacitado no podrá renunciar donaciones sin asistencia del curador. Este no necesitará autorización judicial.

4. Cónyuges

Aunque la regla (inútil) del art. 1.053 —«Cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la herencia sin intervención del otro»— es una norma de legitimación procesal, valdría también como norma de capacidad,

a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma de 2 de mayo de 1975 —en que valía sólo como norma procesal. Al revés ha sucedido con el art. 995 —«Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal»—, que era una norma de capacidad antes de la reforma de 1995, y se ha convertido en una regla de eficacia.

5. Apoderado

a) Basta con que el apoderado haya recibido un poder general, para que pueda aceptar una donación hecha a su poderdante. El innecesario art. 630 CC establece que «El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante». Que el donatario tiene que aceptar lo dicen los art. 623 y 629. Que el poder no tiene que ser expreso, se deduce con toda claridad del art. 1713, párr. 2, porque la aceptación de donaciones ni es acto de riguroso dominio ni es acto dispositivo en sentido estricto.

b) El apoderado ha de notificar la aceptación al donante (cuando se haya producido en escritura separada). «Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633» (art. 631 CC).

6. Asociaciones

La Ley de 24 de diciembre de 1964 sólo permite recibir «libremente» las donaciones de escasa cuantía, exigiendo, para las de cantidad o valor superior, autorización gubernativa —de distinto nivel según el montante de aquéllos (art. 9)—. Si se trata de asociaciones «reconocidas de utilidad pública» están exceptuadas de tales limitaciones. La representación de la asociación para aceptar será la señalada en V, § 3, A, 7, a).

7. Fundaciones

I. Aceptación

Corresponde la aceptación de donaciones hechas a las fundaciones, al Patronato (que puede delegar sus facultades en uno o más de sus miembros,

o nombrar apoderados generales o especiales [art. 14 LF]). Si se trata de donación *con cargas* que pueda desnaturalizar el fin fundacional, requerirá la previa autorización del Protectorado (art. 20, ap. 2 LF). De la relación entre los aps. 4 y 5 del art. 11 RD 316/1996 y de la remisión que éste hace al art. 10 del mismo RD, parece que, aun no habiéndose obtenido esa autorización del Protectorado, puede otorgarse la escritura de aceptación de donación con cargas, pero entonces debe someterse el acto a la condición suspensiva de que se obtenga en un momento posterior.

II. No aceptación

La no aceptación («dejar de aceptar») ha de hacerla el Patronato con autorización del Protectorado, o, en defecto de éste, con aprobación judicial (art. 20, ap. 3 LF). A pesar de no haberse obtenido esa autorización, el Protectorado puede renunciar a la donación hecha a la fundación, pero sometiendo la eficacia de la renuncia a la obtención de la autorización del Protectorado en un momento posterior: así parece resulta de la doble remisión a que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

§ 8. HERENCIA

A. *Aceptación de herencia*

1. Sujetos a patria potestad

a) Pueden aceptar en su nombre los padres, sin ningún requisito, y pueden aceptar de forma pura y simple o a beneficio de inventario. La LO 1/1996, al suprimir la inciso final del párr. 2.º del art. 166 —«la aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario»— ha resuelto la dudas interpretativas que se planteaban sobre si esa afirmación debía entenderse aisladamente o en relación con el inciso anterior (en el sentido de que se entendía aceptada a beneficio de inventario cuando el juez denegase la repudiación que pretendían realizar los padres).

b) Si progenitor sobreviviente representa al menor, y se trata de la herencia del progenitor premuerto, es necesario el nombramiento de defensor judicial para la liquidación de la sociedad de gananciales y la aceptación de herencia. «En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales —que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto— tienen evidentemente intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma

determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotales, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible. La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez. De no hacerse así, los actos u operaciones otorgados sólo por la viuda serán nulos por falta de la representación legal que invoca» (R. 14 de marzo de 1991).

Ahora bien, en el mismo caso de herencia del progenitor premuerto, la R. de 10 de enero de 1994, concurriendo circunstancias muy concretas —existencia, junto a los bienes privativos, de un único bien ganancial (no presuntivamente ganancial), y separación judicial de los cónyuges (por tanto, sin derechos sucesorios del supérstite)—, permite que la viuda liquide la sociedad de gananciales y acepte la herencia en nombre del hijo. «[...] La adjudicación de la única finca ganancial por mitad y proindiviso es una operación sin trascendencia económica, [que] supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre el mismo bien, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo».

Tampoco es necesario el nombramiento de defensor judicial cuando, no debiendo practicarse liquidación de sociedad de gananciales (porque los cónyuges son de vecindad mallorquina), la aceptación de la herencia y la adjudicación de las fincas hereditarias se hace «en las mismas cuotas indivisas que se corresponden con la proporción fijada por el testador» (R. de 27 de enero de 1987). «La adjudicación *pro indiviso* de las dos fincas hereditarias es una operación sin trascendencia económica y, desde el punto de vista jurídico, supone solamente que la comunidad, sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo (considerada generalmente como una figura de comunidad germánica), se transforma en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia. Esta transformación no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio para las hijas, porque las deudas de la herencia, que hipotéticamente pudieran existir, se mantienen sin variación (cfr. art. 1.084 CC)».

La misma idea de que la simple conversión de una comunidad hereditaria —germánica— en una comunidad romana, es decir, la adjudicación conforme al testamento, no entraña contraposición de intereses entre el cónyuge supérstite y sus hijos, está presente en la R. de 6 de febrero de 1995, que rechaza también la existencia de intereses contrapuestos entre uno y otros en las operaciones previas de formalización de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales.

2. Menores emancipados

Pueden aceptar la herencia por sí solos, porque las limitaciones impuestas al emancipado han de interpretarse restrictivamente, y este acto no se encuentra mencionado en el art. 323, y porque el emancipado tiene, genéricamente, la libre disposición de sus bienes puede «regir [...] sus bienes como si fuera mayor»—, aunque se impongan limitaciones respecto de algunos de ellos (85). Pero la interpretación del art. 992, párr. 1 CC —«Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes»— no es en absoluto pacífica: para un importante sector de la doctrina, el menor emancipado puede aceptar por sí solo a beneficio de inventario, pero para aceptar de forma pura y simple, como ello compromete su propio patrimonio, necesita el complemento de capacidad de los padres o del curador (86).

3. Sujetos a tutela

Puede realizarla el tutor, con autorización judicial (art. 271, 4.º). Si realiza la aceptación a beneficio de inventario no necesita obtener autorización judicial (ex art. 271, 4.º *a sensu contrario*; ha desaparecido del art. 992 la frase, más explícita, «si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario», por efecto de la LO 1/1996, pero la regla se deduce del artículo anteriormente citado).

En caso de que exista conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.º CC), que deberá obtener autorización judicial para aceptar de forma pura y simple.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si la sentencia de incapacitación incluye la aceptación de herencia entre los actos que el incapacitado no puede hacer por sí solo, o no especifica los

(85) Sin embargo, los autores que se inclinan por reconocer capacidad al menor emancipado para aceptar no lo hacen de forma rotunda, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. I, pág. 202; GETE-ALONSO CALERA, *La nueva normativa*, pág. 139, quien afirma que esta era, además, la solución admitida en el Derecho histórico. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN aducen el argumento de que el legislador, que dedica normas particulares a menores e incapacitados en relación con la aceptación, no lo hace respecto de los emancipados, «lo que puede ser índice de que el legislador no lo considera necesario por no existir tal limitación».

(86) ALBALADEJO, *Curso*, t. V, pág. 97 (que sostiene que el emancipado sólo puede aceptar, por sí solo, a beneficio de inventario); LACRUZ, *Elementos*, t. V, Madrid, 1993, pág. 84; O'CALLAGHAN, *Comentario*, Min. Justicia, pág. 2.362.

actos que no puede realizar por sí, necesitará la asistencia del curador. «Si la sentencia de incapacitación por enfermedades físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura o simplemente o a beneficio de inventario» (art. 996 CC). No necesita el curador obtener autorización judicial, cualquier que sea la forma en que se acepte la herencia (87).

Ni el curador, ni el defensor que, en caso de incompatibilidad de intereses fuese necesario nombrar, necesitarán autorización judicial.

5. Fundaciones

La aceptación de herencias ha de hacerla el Patronato (o sus delegados o apoderados: art. 14 LF), y se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario (art. 20, ap. 1). Ni siquiera con autorización del Protectorado pueden aceptarse de forma pura y simple herencias que hubiesen sido deferidas a una fundación (88).

La posibilidad, reconocida a las fundaciones culturales privadas, de aceptar sin beneficio de inventario con autorización del Protectorado (art. 25 del D. 2.930/1972, de 21 de julio), debe considerarse hoy eliminada, teniendo en cuenta que la DD única de la Ley 30/1994 deroga «cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley recogidas [...] en el Decreto 2.930/1972», y lo dispuesto en el citado art. 25 se opone a lo dispuesto, en forma imperativa, en el art. 20, 1 LF.

6. Apoderados

a) El poder para vender una participación hereditaria comprende el aceptar y partir la herencia, pero no la constitución de un régimen de propiedad horizontal (R. de 17 de abril de 1970).

b) El poder para vender el único bien hereditario, si bien implica la facultad de aceptar —en base al art. 1.000, 1.º CC—, no confiere facultades

(87) La Ley Orgánica 1/1996 ha agravado en este punto la situación del incapacitado sujeto a curatela. De no haberse introducido en el Código esta norma específica, la relación entre el art. 290 y art. 271, 4.º, haría que el incapacitado pudiera aceptar de forma pura y simple con intervención del curador; pero la aceptación a beneficio de inventario podría hacerla por sí sólo.

(88) La referencia a la aceptación pura y simple que hace el ap. 3, párr. 2.º del art. 11 del RD 316/1996 no puede deberse más que a un error: este apartado, por su relación con el anterior, está regulando la aceptación de legados con cargas, y los legados no pueden aceptarse de forma «pura y simple».

bastantes para realizar la liquidación de la sociedad conyugal, la división de la masa hereditaria y las adjudicaciones consiguientes (R. de 3 de noviembre de 1908).

B. *Repudiación de herencia*

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Pueden repudiar los padres, con autorización judicial. «Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario» (art. 166, párr. 2). A diferencia de lo que sucedía antes de la LO 1/1996, en que la negativa judicial a conceder la autorización implicaba la aceptación automática a beneficio de inventario, queda a hora a la decisión de los padres el aceptar —a beneficio de inventario necesariamente— o no aceptar.

b) No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y, en concurrencia con sus padres, repudia la herencia en documento público (ex art. 166, párr. últ. CC). No parece que la expresión «consintiere» que emplea el ese artículo debe entenderse referida sólo a la voluntad positiva de «acceptar» o «querer», sino que puede abarcar también la voluntad de «repudiar o renunciar» o «no querer».

2. Menores emancipados

El menor emancipado puede repudiar la herencia por sí solo, porque el acto de repudiación no está comprendido en el art. 323, porque no es un acto dispositivo en sentido estricto —como todos los enumerados en ese artículo— y porque no compromete su propio patrimonio (89). Pero la interpretación del art. 992, en su aplicación a la repudiación de herencias, no es tampoco pacífico, no faltando autores que niegan la posibilidad de que el emancipado pueda actuar sin complemento de capacidad; algunos consideran exigible el consentimiento de los padres o del curador en todo caso (90), y

(89) Se inclinan por reconocer capacidad al emancipado para repudiar por sí sólo los autores que le reconocen capacidad para aceptar por sí; vid. nota 85.

(90) ALBALADEJO, *Curso*, t. V, pág. 97; el argumento de LACRUZ (*Elementos*, t. V, cap. actualizado por RIVERO, pág. 84) de que el llamamiento hereditario sea un «objeto de extraordinario valor», me parece una asimilación un tanto forzada, y llevaría consigo aplicar a la herencia todo el régimen (arts 166, párr. 1.º, 271, 2.º CC...) de los «objetos

otros sólo en el supuesto que en la herencia hubiera inmuebles, porque la renuncia a éstos implicaría una disposición de los mismos que caería en el ámbito del art. 323 (91).

3. Sujetos a tutela

Puede repudiar el tutor, con autorización judicial (art. 271, 4.º). También necesita el tutor obtener autorización judicial para repudiar un legado (el art. cit. extiende la exigencia a todas las «liberalidades»).

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia la incluye, como si no especifica los actos (art. 290 en rel. con art. 271, 4.º), el incapacitado deberá contar con la intervención del curador para repudiar herencias.

5. Asociaciones

A pesar de la rigurosa exigencia de autorización judicial que impone el art. 993, la doctrina ha distinguido tradicionalmente entre las asociaciones de interés privado y las de interés público, y ha considerado que carece de fundamento que a las primeras se les someta control judicial en materia de repudiación de herencias. La R. de 24 de mayo de 1930 se hace eco de esta doctrina, y utiliza como uno de los fundamentos del fallo el que «los civilistas españoles dudan de que las Asociaciones [...] a que se refiere el artículo [993 CC] sean otras que las de interés público y reconocidas por la ley».

6. Fundaciones

El patronato no puede repudiar herencias sin la previa autorización del Protectorado, o, en defecto de éste, sin la aprobación judicial (art. 20, 3 LF). Debe entenderse por tanto modificado en este punto, por la *lex posterior* que es la LF, lo que dispone respecto de las fundaciones —que son, por definición, de interés público— el art. 993 CC.

preciosos», que es un concepto equivalente, porque, como escribe BERCOVITZ (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, pág. 1.118), han de entenderse por tales «todos aquéllos de mucho valor o muy costosos».

(91) O'CALLAGHAN, *Comentario*, Min. Justicia, pág. 2.362.

No obstante, parece (por la remisión que el ap. 5 del art. 11 del RD 316/1996 hace al ap. 4 del mismo, y la remisión que éste hace, a su vez, al art. 10) que, a pesar de no haberse obtenido la autorización, puede el patronato repudiar la herencia, pero debe entonces someter la repudiación, en la escritura pública, a la obtención posterior de la autorización del protectorado.

C. *Partición de herencia*

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Pueden los padres representar a los hijos menores en la partición de la herencia a la que estén llamados, sin necesidad de requisito añadido alguno. «Cuando los menores [...] estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial», según el art. 1.060 CC.

A la vista de este artículo se puede dar al anterior su correcta interpretación. Al afirmar el art. 1.059 CC que «cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil», no está remitiendo, cuando exista algún menor, a la partición judicial; es sólo cuando los herederos no se entendieren —y con independencia de que existan o no menores (estando éstos debidamente representados: art. 1.060 CC)—, cuando el 1.059 remite a la partición judicial.

b) Si padres e hijos están llamados a la misma herencia, es necesario el nombramiento de defensor judicial, porque en la partición —como en la disolución de comunidad— se considera que existen intereses opuestos (ex. art. 163).

Esta regla es aplicable no sólo en el caso de que el progenitor y el hijo adquieran, por herencia, cuotas en dominio, sino también cuando el progenitor adquiere una cuota en usufructo, y el hijo una cuota en nuda propiedad: «La actuación de la madre usufructuaria, aun cuando se haga en el exclusivo concepto de representante legal de sus hijos menores nudo propietarios, están comprometiendo dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio y el de sus representados. Frente a esta consideración no cabrá oponer la abstracta argumentación de coincidencia de los intereses del usufructuario y del nudo propietario de cuota en la disolución de la cosa común, en el sentido de que cuanto más reciba éste, más se beneficiará aquél, pues si ello es cierto, olvida que cómo el objeto del usufructo y nuda propiedad, de ser de una u otra especie, puede bene-

ficiar alternativamente a uno de los titulares en perjuicio del otro [...] Debe concluirse la necesidad de nombramiento de un defensor judicial que represente a los menores nudo propietarios en el acto particional (art. 163 CC)» (R. de 27 de noviembre de 1986).

No hay contradicción de intereses, y por tanto no es necesario el nombramiento de defensor judicial cuando la partición consiste en constituir condominios —ordinarios— sobre cada uno de los bienes que integran la comunidad —germánica— hereditaria, atribuyendo en aquéllas las mismas cuotas que cada uno tenía en ésta (vid. R. de 28 de enero de 1987).

c) El defensor judicial necesita aprobación judicial de la partición efectuada. «El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» (art. 1.060, párr. 2).

d) Si la partición la realiza un contador-partidor, éste debe inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de los menores (art. 1.057 párr. 3).

2. Menores emancipados

El menor emancipado puede intervenir en la partición de la herencia por sí solo, sin contar con el consentimiento de sus padres o del curador. La disposición del art. 1.058 «[...] si los herederos fueren mayores y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente», debe entenderse en el sentido de que si actúan «como tengan por conveniente» —es decir, apartándose del testamento—, requieren la plena capacidad, pero si actúan conforme a él, no requieren esa capacidad, bastando la del menor emancipado (que no tiene limitada esta facultad por el art. 323 CC) (92). Que el menor emancipado puede concurrir por sí solo a la partición lo ha afirmado reiteradamente la DGRN: RR. de 4 de noviembre de 1896, 20 de junio de 1898, 15 de marzo de 1902, 1 de julio de 1916, 28 de mayo de 1917 —e, incidentalmente, porque se trataba de una disolución de comunidad romana— la R. 21 de

(92) Admiten, con argumentos diferentes, que el menor emancipado intervenga por sí en la partición CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. II, Madrid, 1973, pág. 285), ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, 1979, pág. 767), PUIG BRUTAU (*Fundamentos*, t. V, vol. III, pág. 497), VALLET (*Panorama*, pág. 925), GETE-ALONSO CALERA (*La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1992, pág. 139), DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, (*Sistema de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1994, pág. 593), MANZANO SOLANO (*Partición de herencia y liquidación de la sociedad de gananciales*, Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, núm. 59, noviembre 1985, pág. 2.304).

diciembre de 1929. No puede silenciarse, sin embargo, que un sector importante de la doctrina niega que el menor emancipado pueda intervenir en la partición sin complemento de capacidad (93).

Por otro lado, la capacidad procesal exigida por el art. 1.052 —«Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia»— no debe agravar la capacidad civil o sustantiva (94).

Será necesario el consentimiento de los padres y, a falta de ambos, el del curador (ex art. 323), cuando se atribuya a un heredero un inmueble que hubiera sido fácilmente divisible entre todos los llamados a la herencia; como advierte la R. de 27 de noviembre de 1986, «es doctrina reiterada de esta Dirección General, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 CC, la de que en las particiones debe salvarse, siendo posible, la homogeneidad de los lotes, y que sólo en los casos de indivisibilidad o «grave desmerecimiento» puede excepcionarse aquélla regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto, que seguirá siendo particional; mas cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a las razones objetivas apuntadas, sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable, y en especial y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación».

En definitiva: el menor emancipado puede intervenir por sí solo en la partición, pero, cuando, con ocasión de hacerla, se sobrepasa lo meramente particional —es decir, cuando los herederos distribuyen el caudal hereditario «de la manera que tengan por conveniente»—, aquéllos necesitan el complemento de capacidad; porque esa superación de lo estrictamente particional exige «mayoría de edad y libre administración de los bienes»: art. 1.058 CC.

(93) La necesidad de que el emancipado obtenga el consentimiento de sus padres o tutor para intervenir en la partición, es sostenida por la mayoría o al menos un sector destacado de la doctrina (ALBALADEJO, t. *Curso*, t. V, pág. 159; CÁMARA, *Comentario*, pág. 2.477; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. 3, pág. 372). LACRUZ aplica a la intervención del menor emancipado en la partición la regla procesal del art. 1.052, y le niega en base a ella que pueda intervenir por sí mismo; pero reconoce que «la tendencia actual a ensanchar la esfera de actuación de los emancipados hace presumir que, cuando la partición se haga respetando las normas del CC sobre formación de lotes, los tribunales considerarán capaz al menor emancipado. Así lo declara, incidentalmente, la S. de 16 de mayo de 1984». A pesar de que parten del mismo presupuesto —que no puede ser distinta la capacidad para pedir la partición y la capacidad para practicarla—, llegan a una consecuencia distinta de la anterior —y por tanto que el emancipado sí puede concurrir por sí sólo— DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, págs. 572 y 593.

(94) Unifica sin embargo ambas capacidades, exigiendo la más rigurosa, LACRUZ (*Elementos*, t. V, cap. actualizado por SANCHO, pág. 115).

3. Sujetos a tutela

a) Puede realizarla el tutor, con aprobación judicial posterior. «No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial» (art. 272 (95)).

b) Si el tutor tiene intereses contrapuestos al del pupilo menor o incapaz, será necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 199, 1.º).

c) El defensor judicial debe obtener aprobación judicial. «El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» (art. 1.060, párr. 2 (96)).

d) Si la partición la realiza un contador-partidor, éste debe inventariar los bienes de la herencia, con citación del tutor (art. 1.057, párr. 3).

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si entre los actos especificados por la sentencia de incapacitación figurase la partición hereditaria, el incapaz podrá intervenir en la partición con asistencia del curador. Si la sentencia no hubiese especificado los actos, podrá el incapaz intervenir en la partición por sí solo (al eliminarse explícitamente la partición entre los actos para los que el tutor necesitaba autorización judicial [v. art. 272] por la LO 1/1996, se ha restringido implícitamente el ámbito del art. 290 CC, que determina la actuación del curador. El que se considere que la partición tiene carácter dispositivo no lleva consigo la aplicación del art. 271, 1.º, porque prevalecería el art. 272 como norma específica).

En el primer caso —que la partición figurase entre los actos enumerados por la sentencia—, no es necesario que el curador obtenga aprobación judicial de la partición. No me parece suficiente el argumento, pretendidamente lógico, de que el curador, en el caso de la partición de la herencia, no debe tener mayores facultades que las del tutor y las del defensor judi-

(95) La visible colisión entre este artículo y el 1.060 ha de salvarse entendiendo que el art. 272 es una norma específica, y por tanto preferente respecto de la materia que regula. Por tanto, cuando el «representante legal» a que se refiere el 272 sea el tutor, sí necesitará aprobación judicial, porque lo exige el 1.060. Así lo entiende también la R. de 23 de julio de 1990.

(96) El nuevo párr. 2.º añadido al art. 1.060 por la LO 1/96 ha dejado sin valor la doctrina sentada por la DGRN en RR. de 4 de abril de 1986 y 23 de julio de 1990, y ha rehabilitado la doctrina contraria, más antigua, mantenida en R. de 20 de abril de 1912.

cial (97). Téngase en cuenta que el incapacitado sometido a curatela puede, «por su grado de discernimiento», actuar por sí mismo, aunque «asistido» por el curador —que no es un representante legal (98)—. En ningún de los demás casos de asistencia (arts. 323 y 286 CC) se exige aprobación judicial de la partición. Lo que la aprobación pretende es el abuso de autonomía del representante legal, y el curador no lo es, ni tiene la misma autonomía que un representante legal, porque se limita a asistir a un acto del incapacitado. Tampoco me parece argumento suficiente el art. 1.060, interpretado *a sensu contrario*: si estando «representados legalmente» no necesitan los incapacitados «la intervención ni la aprobación judicial», cuando no actúan por representante —el curador no lo es— sí necesitan «intervención y aprobación judicial» (99). La única interpretación *a sensu contrario* que permite el 1.060 es que si los menores no están legalmente representados, será necesaria la intervención y la aprobación judicial. No se le puede hacer decir a ese artículo nada de los emancipados.

Si son opuestos los intereses del curador y los del incapacitado sometido a ella, será necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 299), cuya intervención en la partición no necesitará aprobación judicial —porque no la necesita el curador al que sustituye—.

5. Ausente

El representante del declarado ausente debe obtener autorización judicial para intervenir, en su nombre, en la partición de una herencia a la que estuviera llamado (ex arts. 1.040 y 1.043 LEC), salvo que el representante fuese cónyuge, hijo o ascendiente del ausente (art. 2.046 LEC).

Requisito previo a la intervención en nombre del ausente es la demostración de que éste vivía al deferirse la herencia (art. 190 CC). De no demostrarse, actúa el acrecimiento previsto en el art. 191 CC.

6. Legatario de parte alícuota

Cuando el heredero único concurre con legatario de parte alícuota, no es procedente escritura de manifestación de herencia, sino de partición, y

(97) Vid. MANZANO SOLANO, *Partición de herencia y liquidación de la sociedad de gananciales*, pág. 2.303.

(98) Vid., en este sentido, PEÑA, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pág. 596.

(99) Este creo entender que es el argumento de GETE-ALONSO CALERA, *La nueva normativa*, pág. 253.

ésta ha de preceder a la entrega del legado (R. de 8 de marzo de 1965). De manera que el legatario debe participar en la partición en el mismo plano que los herederos (100), y se le han de aplicar las mismas reglas de capacidad según su estado: minoría de edad, emancipación, incapacidad... Por esa aplicación analógica, la R. de 26 de marzo de 1952 exige al contador partidor que forme inventario con citación de los representantes legales de los legatarios de parte alícuota menores o sujetos a tutela (tras la reforma del art. 1.057 por la LO 1/1996, de 15 de enero, habrá de trasladarse esa necesidad de citación a los representantes legales o curadores de los legatarios de parte alícuota sometidos a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, incluyendo por tanto a los mayores sujetos a patria potestad prorrogada [art. 171, párr. 1 CC] o a tutela por extinción de aquélla [art. 171, párr. 3.º] y excluyendo a los menores emancipados sujetos a curatela [art. 286, 1.º CC]).

En apoyo de la necesaria intervención de los legatarios de parte alícuota en la partición puede aducirse el que estén legitimados para promover el juicio voluntario de testamentaría (art. 1.038, 3.º LEC); pero esa intervención sigue encontrando oposición en un sector de la doctrina (101).

7. Apoderado

La intervención en la partición puede hacerse por medio de apoderado. El poder que faculta para particiones y ventas permite adjudicar bienes en pago de deudas a un extraño (R. de 10 de agosto de 1918). También faculta para intervenir en la liquidación de la sociedad conyugal. Implica facultad para partir —y también para aceptar— el poder concedido para vender la cuota indivisa de una herencia (R. de 17 de abril de 1970).

(100) Vid R. de 4 de noviembre de 1935. El TS ha asimilado al legatario de parte alícuota al heredero que acepta a beneficio de inventario (SS. de 16 de octubre de 1940 y 22 de enero de 1963).

ROCA afirma que, así como es potestativa la intervención de los cesionarios de alguna cuota hereditaria, es necesaria la concurrencia —en concepto de parte— de todos los legatarios de parte alícuota (*Derecho hereditario*, t. III, pág. 766). VALLET reduce esa intervención de los legatarios de parte alícuota al avalúo, la liquidación y la aomprobación del valor de las hijuelas, atribuyendo a los herederos una preferente facultad de elección del contenido de las cuotas de aquéllos (respetando, naturalmente, las proporciones fijadas del testamento) (*Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, pág. 276). Esta cita, mas reciente

(101) PUIG BRUTAU afirma no ya que esos legatarios no deban intervenir, sino que no pueden intervenir (*Fundamentos*, t. V, vol. 3.º, pág. 445).

8. Arbitros

Además del nombramiento del árbitro que es, en definitiva, el contador-partidor dativo (art. 1.057, párr. 2), pueden los herederos nombrar un árbitro para que haga la partición (arts. 1 y 2 LA de 5 de diciembre de 1988), y también «será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir *entre herederos no forzosos o legatarios* para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

D. *Conmutación de la legítima del cónyuge viudo*

La facultad de elegir alguna de las formas de conmutación que prevé el art. 839 CC corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testamentarios o abintestato, o incluso legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, y tanto si aquéllos son descendientes, ascendientes o colaterales o extraños al mismo, y tanto si la cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como si recae sobre el tercio de libre disposición (102). Los herederos han de adoptar el acuerdo de conmutar, y la forma concreta de hacerlo, por unanimidad (103). El contador-partidor no puede imponer la conmutación, según la STS de 24 de noviembre de 1960.

También tiene el testador facultad para ordenar la conmutación. El testador puede: *a)* imponer que no tenga lugar la conmutación, o que tenga lugar de una forma determinada; *b)* si existen herederos forzosos, puede imponer la conmutación siempre que recaiga en parte de la herencia libremente disponible, y aun afectando al tercio de mejora (104).

El inciso «procediendo de mutuo acuerdo» no significa que herederos y viudo hayan de ponerse de acuerdo en la forma de conmutar; la elección de la forma de satisfacer la cuota viudal corresponde a los herederos. El «mutuo acuerdo» se refiere a las incidencias de la realización o ejecución de la forma concreta dispuesta por el testador o elegida por los herederos (105).

El contador-partidor no puede decidir la conmutación. Sólo en el caso de que el testador la hubiese previsto, podrá ejecutarla o llevarla a la práctica el contador (106) (respetando la exigencia del «mutuo acuerdo», en

(102) VALLET, com. al art. 839 CC, en *Comentario*, Min. de Justicia, pág. 2.074.

(103) LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 401; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, pág. 107.

(104) VALLET, *ib.*, pág. 2.075. Que el testador tenga la facultad de conmutar lo considera «inseguro» LACRUZ, *ib.*

(105) VALLET, *ib.*, pág. 1.076.

(106) PUIG BRUTAU entiende que sólo cuando el testador encarga *de manera expresa* al contador el llevar a la práctica la conmutación que ordena, pueda éste hacerlo (*Fundamentos*, pág. 108).

los términos vistos): si el testador ha precisado la modalidad concreta de conmutación, deberá el contador cumplir la ordenada; si el testador se ha limitado a ordenar que se conmute, sin señalar la modalidad concreta, el contador podrá decidir cuál haya de ser esa modalidad —facultad que tendrán también los herederos— (107).

El defensor judicial, representante del heredero único menor de edad, por incompatibilidad de su madre, usufructuaria legal, puede acordar con ella la conmutación, según declaró el TS en S. 28 de junio de 1962, que exigió autorización judicial por entregarse inmuebles.

E. *Ejecución testamentaria por albacea y partición de la herencia por contador-partidor.*

1. Albacea (108)

a) El albacea sólo puede entregar legados de inmuebles si está especialmente facultado. Según el art. 885 CC, «El legatario no puede ocupar por su propia voluntad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halla autorizado para darla». A falta de autorización testamentaria, el albacea sólo está facultado para entregar los legados que consistan en metálico (y con conocimiento y beneplácito del heredero) (art. 902, 2.^a), y son los herederos los que deben entregar los legados de inmuebles.

En el caso en que esté facultado el albacea, sólo él puede hacer la entrega del legado de inmuebles y no los herederos (ex. art. 81, c] RH).

Para que pueda tener lugar la entrega del legado por el albacea es necesario que preceda la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos; a no ser que los expresados herederos

(107) MASIDE MIRANDA, *Legítima del cónyuge supérstite*, Madrid, 1989, pág. 178.

(108) En cuanto a la capacidad para ser albacea, según el art. 893 CC, «No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse. El menor no podrá serlo, ni con la autorización del padre o del tutor» Entienden los autores que tampoco puede ser albacea el menor emancipado: v. CÁMARA, com. al art. 1.057, *Comentario*, Min. de Justicia, pág. 2 488; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, t. V, Madrid, 1994, pág. 354, dando una razón muy estable: el 893 tiene que referirse al menor emancipado, porque para excluir al no emancipado ya está el 1.263. PUIG FERRIOL entiende, por el contrario, que sí puede serlo, aunque afirma que «especialmente con referencia a los albaceas universales, no siempre resultará lo más conveniente», com. al art. 893, *ibidem*, pág. 2.184. Una exposición completa de las diversas posiciones doctrinales sobre este punto la hace el autor en com. al mismo art. en *Comentarios*, dir. Albaladejo, t. XII, vol. 2, pág. 46.

concurran también a la entrega o manifiestan su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal (R. de 27 de febrero de 1982 (109)). Esta necesidad de previa liquidación y partición se impone también en el caso de que el legatario esté facultado por el testador para posesionarse del inmueble legado; según la R. de 25 de mayo de 1971, esa facultad concedida al legatario puede ejercerse «cuando no hay herederos forzosos, pero no puede tener aplicación en el supuesto de que existan legitimarios interesados, dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos, y que hace necesaria su presencia para que no puedan resultar éstos desconocidos o vulnerados, lo que podrá tener lugar de aplicarse sin su intervención la cláusula testamentaria discutida». Por tanto, no sólo es necesario, también en este caso, la previa partición, sino que la facultad de posesionarse y de otorgar la «escritura de manifestación de legado» (art. 81 a] RH) es inaplicable, y debe cumplirse lo dispuesto en el art. 885 CC.

b) El albacea puede enajenar inmuebles de la herencia, tanto si está autorizado para hacerlo por el testador, como si no lo está.

a') Si está autorizado, habrá de estarse a la voluntad del testador de que prescinda o no de los herederos para enajenar. Si no expresa lo contrario, se entiende que el albacea puede enajenar sin intervención de los herederos (110).

b') Si no está autorizado, podrá enajenar en los términos del art. 903 CC: «Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos».

Por «intervención» de los herederos ha de entenderse la necesidad de comunicar la enajenación proyectada a los herederos, para que éstos la aprueben; si se oponen a ella, decidirá en último término la autoridad judicial sobre la procedencia o no del acto dispositivo en el caso concreto (111).

(109) En igual sentido se manifiesta la R. de 7 de abril de 1906.

(110) En este sentido LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 409. ALBALADEJO considera, por el contrario, que, el testador no puede eximir al albacea de la intervención de los legitimarios aunque, sí de la de los herederos voluntarios. Y entiende también —en armonía con lo anterior—, que si se ha limitado a facultar al albacea para vender, debe éste contar —con mayor razón— con los legitimarios *Curso*, t. V, pág. 355.

(111) ALBALADEJO, com. al art. 903 en *Comentarios*, t. XII, vol. 2, pág. 202.

La expresión «herederos» incluye tanto a los voluntarios como los forzados o legitimarios (R. de 19 de julio de 1952), incluso si estos últimos han de percibir su legítima por título distinto a la institución hereditaria, como autoriza el art. 815 CC (112)

2. Contador-partidor (113)

a) El contador-partidor tiene facultad de entregar legados de inmuebles sin necesidad de estar facultado por el testador (R. de 27 de febrero de 1982). Todo lo dicho anteriormente sobre la necesidad de previa partición, a fin de preservar las legítimas, es, naturalmente, aplicable a la entrega de legados por el contador-partidor.

b) El contador-partidor, obligado a cumplir el art. 1.061 CC (114) —que impone igualdad cualitativa en las adjudicaciones—, sólo puede adjudicar bienes a un heredero —abonando a los otros el exceso en metálico (hereditario (115))—, cuando los bienes «sean indivisibles o desmerezcan mucho por su división» (art. 1.061, párr. 1 CC).

La Dirección General de los Registros ha considerado posible que el contador-partidor realice esa adjudicación a uno de los herederos —y el abono en metálico a los demás—, tratándose de un caserío vasco, único bien hereditario (R. de 23 de julio de 1925), una finca indivisible, único bien hereditario (R. de 6 de abril de 1962), «una sola y pequeña finca» (R. de 2 de diciembre de 1964). Como ha advertido la Dirección en la Res. cit. de 1962, la adjudicación del inmueble a uno solo de los herederos no supone un acto dispositivo que, en el caso de existieran menores, hiciera necesaria la aplicación del art. 163 CC. Si la adjudicación de los inmuebles a un heredero no tuviera como fundamento o causa la indivisibilidad o grave desmerecimiento previstas en el art. 1.062, párr. 1, se trataría «de un

(112) PUIG FERRIOL, «Com. al art. 903», en *Comentario*, Ministerio de Justicia, pág. 2201.

(113) Se considera que la capacidad requerida para ser contador-partidor es la misma que se exige para ser albacea. Vid., sobre esta última, nota 108. No puede ser contador-partidor el coheredero (art. 1.057), salvo que renuncia a la herencia (STS. de 18 de mayo de 1962). Tampoco el cónyuge viudo (STS. de 8 de febrero de 1892 y 13 de junio de 1898).

(114) V., en este sentido, R. de 2 de diciembre de 1964. La doctrina admite, sin embargo, que lo dispuesto en el art. 1.061 no entra en juego si el testador ha facultado expresamente al testador para partir «de la forma que estime más conveniente» o «con las más amplias facultades» (VALLET, LACRUZ, ALBALADEJO, entre otros).

(115) El metálico ha de ser hereditario (v., entre otros, CÁMARA, «Com. al art. 1.062 CC», *Comentario*, Min. de Justicia, vol. I, pág. 2505); si es metálico no hereditario, la cuestión hace tránsito al art. 841, que se trata más adelante.

acto de enajenación que escapa a las facultades del contador y requiere el consentimiento de todos los herederos» (Res. cit. de 1964).

A efecto de cumplir lo dispuesto en el art. 1.061 CC, y formar lotes o hijuelas homogéneos, puede el contador agrupar, segregar o dividir fincas (116), sin necesidad de autorización o aprobación judicial.

Distinta de la adjudicación exclusiva a un heredero, por razones objetivas (art. 1.062), e incluso de la adjudicación exclusiva a un heredero, porque el testador haya eximido al contador-partidor del cumplimiento de la igualdad cualitativa del art. 1.061, es la adjudicación exclusiva a uno *con la obligación de compensar con dinero no hereditario* (art. 841, párr. 1 CC). Este artículo no exige presupuesto objetivo alguno. Su aplicación exige, sin embargo, una atribución clara de esta facultad concreta (117). No puede entenderse comprendida en la facultad que le atribuya el testamento para adjudicar a uno la explotación (art. 1.056, párr. 2), para partir sin homogeneidad (art. 1.061), o para adjudicar a uno bienes indivisibles, sin posible oposición de los herederos (art. 1.062, en sus dos párrafos).

c) La partición la realiza el contador-partidor por sí mismo, sin intervención de los herederos (118), y es inscribible en virtud del título otorgado exclusivamente por él (119). Desde las RR. de 25 de agosto y 22 de octubre de 1879, la DGRN ha reiterado, en multitud de ocasiones (120), que la

(116) Así lo entienden ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, 1979, pág. 749, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Dictámenes sobre problemas prácticos de Derecho inmobiliario*. Granada, 1987, pág. 76.

(117) V., en este sentido, ALBALADEJO, *Curso*, pág. 152; también PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. 3.º, Barcelona 1991, pág. 399. En cuanto a la relación del 841 con el 1.056 —que en una lectura superficial puede parecer que ha quedado subsumido en aquél—; téngase en cuenta que el último artículo entraña una disposición testamentaria imperativa, mientras que el primero, una disposición testamentaria eludible. los arts 842 a 844 convierten la *orden* de pago en metálico en una *opción* del heredero o herederos a quienes se adjudica el caudal hereditario.

Como, además, el contador-partidor sólo está «autorizado» (art. 841) adjudicar los bienes a un heredero o herederos, él mismo puede decidir no hacerlo, si lo considera conveniente. LACRUZ entiende (atribuyendo al testador una facultad que, a mi juicio, y a la vista del art. 841, no tiene) que el testador puede «ordenar imperativamente» al contador-partidor que realice esa adjudicación, en cuyo caso, si ningún heredero favorecido con el caudal se opone, habrá de cumplirse (*Elementos*, t. V, cap. actualizado por DELGADO ECHEVERRÍA, pág. 386).

(118) Salvo que se trate de contador-partidor dativo, cuya partición requiere confirmación expresa de todos los herederos y legatarios y, en su defecto, aprobación judicial, según el art. 1.057, párr. 2 CC.

(119) En la calificación de la partición hecha por contador-partidor debe tenerse presente la limitación que impone la STS. de 12 de diciembre de 1906:

(120) RR. de 22 de enero de 1898, 18 de mayo de 1900, 11 de septiembre de 1907, 19 de junio de 1929, 17 de abril de 1943, 15 de julio de 1943, 3 de agosto de 1944... También la jurisprudencia del TS ha reiterado que la partición hecha por contador no

partición realizada por contador-partidor es inscribible sin necesidad de que conste la aceptación (de la herencia) de los herederos. Y como la partición hecha por el contador-partidor es «reputada como si hubiese sido hecha por el causante» no necesita ser aprobada por los herederos (R. de 27 de diciembre de 1982).

Si entre los coherederos hay menores o incapacitados (o, más exactamente, si hay «alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas»), el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas (art. 1.057). En el caso de que la curatela se haya constituido para asistir a menores emancipados —porque los padres hubieran fallecido, o hubieran quedado impedidos para el ejercicio de la asistencia—, el tutor no tiene que citar al curador: la reforma del art. 1.057 CC por LO 1/1996, de ha quitado la razón al Tribunal Supremo, que sostuvo que sí era necesario en S. de 16 de mayo de 1984, entendiendo que el término «menor» englobaba a los emancipados. La misma reforma ha extendido implícitamente la exigencia de curatela a los mayores de edad sujetos a la patria potestad prorrogada del art. 171, párr. 1.º CC.

Se exige citación, no asistencia. La citación puede hacerse de cualquier forma; «es válida de cualquier forma que se haga, siempre que contenga la indicación del objeto, lugar y fecha» (STS de 26 de noviembre de 1955). No es necesario que, además de a los representantes legales o curadores, se cite a los herederos mayores de edad y demás interesados en la herencia; sostuvo la necesidad la S. de 23 de diciembre de 1973, pero esta doctrina, a la vista de la redacción dada al art. 1.957, párr. 3.º por la LO 1/ 1966, ha de considerarse superada. La partición —y la escritura en la que se realiza o se inserta— debe expresar la edad de los herederos, de lo contrario adolecerá de defecto subsanable (R. de 21 de diciembre de 1909).

Si los representantes legales (o curadores) tienen intereses opuestos a los de los menores o incapacitados, la citación al inventario deberá hacerse al defensor judicial, como advirtió ya una resolución de 13 de mayo de 1916. La DGRN ha afirmado reiteradamente que, aunque existan menores o incapacitados no es necesaria la aprobación judicial de la partición realizada por el contador-partidor (RR. de 5 de octubre de 1900, 2 de agosto de 1909, 17 de mayo de 1910).

Cuando a la partición concurren los herederos y la aprueban, no por ello se altera su carácter unilateral y se convierte en contractual —con la trascendencia que ello tiene en orden a la capacidad—; tampoco si los herede-

requiere aprobación de los herederos, por ser un acto unilateral: SS. de 3 de diciembre de 1965, 2 de noviembre de 1957, 17 de junio de 1963, 18 de febrero de 1987.

ros hacen algo más que aceptar (el contador «pudo inquirir la opinión de los herederos, suavizar los criterios contradictorios y armonizar las diversas pretensiones, para el mejor cumplimiento», dice la R. de 6 de marzo de 1930) la partición deja de tener carácter unilateral.

Ahora bien, en determinados casos, la intervención de los herederos en la partición hecha por el contador-partidor es de tal alcance que desnaturaliza su carácter unilateral: vid. RR de 30 de junio de 1914 y 9 de enero de 1918. En tal caso han de aplicarse las reglas de la partición hecha por los herederos (con los requisitos exigidos si hay menores o incapacitados).

Existiendo contador-partidor, no pueden los herederos hacer la partición: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, *ni encomendado a otro esta facultad*, los herederos [...] podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente» (art. 1.058 CC). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el testador puede prever la partición por contador-partidor como supletoria de la que hagan los herederos de común acuerdo (121). Tampoco pueden pactar la indivisión cuando el testador ha nombrado contador-partidor (122).

Confirma que los herederos no pueden prescindir del contador-partidor (123) la R. de 28 de abril de 1945: «[...] el art. 1.057 determina para los herederos la obligación de someterse a las operaciones divisorias que realice el nombrado, y pasar por ellas absteniéndose en principio de realizarlas directamente por sí o por medio de personas que nombraren al efecto, puesto que esta conducta equivaldría a desconocer y dejar desvirtuada la designación hecha por el testador» (124). La S. de 16 de febrero de 1962 señala, en esa misma línea, que «los herederos sólo podrán disponer libremente de los bienes hereditarios distribuyéndolos como les plazca cuando no exista comisario contador, o haya fenecido el plazo otorgado a éste para realizar su cometido» (125). Este es un criterio generalizado en la doctrina (126).

(121) Cláusula testamentaria que recomienda MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «¿Pueden partir los herederos habiendo contador-partidor?», *RDN*, 1970, pág. 174.

(122) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, t. IV, pág. 590.

(123) Como no pueden prescindir tampoco de la partición hecha por el testador (la frase «se pasará por ella», del art. 1.056, párr. 1º, no puede ser más expresiva). Si pactan adjudicaciones distintas a ella, éstas entrañarán acuerdos traslativos, que requerirán la capacidad adecuada a actos de esa naturaleza. No pueden los herederos tampoco ignorar la prohibición de dividir impuesta por el testador.

(124) Ya habían sostenido esta doctrina las RR. de 22 de octubre de 1897 y 15 de julio de 1943.

(125) Sin una doctrina tan explícita, ese es el mismo criterio que subyace en el fallo de la S. de 15 de junio de 1988.

(126) Cossío. *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2, Madrid, 1975, pág. 999; PUIG BRUTAU. *Fundamentos*, t. V, vol. 3, pág. 377; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, IV, pág. 590. Como indica acertadamente CÁMARA, «la designación de contador en el testamento puede obedecer al designio de proteger a algún heredero al que se supone pueda ser víc-

Ahora bien, en determinados casos pueden hacer los herederos la partición, aun existiendo contador-partidor nombrado. Pone de relieve la resolución citada, que «como hay que reconocer que, por variadísimas circunstancias, pueden haber caducado las facultades del comisario, y a su vez la limitación del poder dispositivo de los herederos, mantenida indefinidamente equivaldría al cierre del Registro, se hace necesario permitir la inscripción de la partición otorgada por los herederos cuando por el tiempo transcurrido sin aceptar ni ejecutar el mandato, y por las circunstancias de fallecimiento, incapacidad o ausencia de los comisarios que el Notario haya puesto de relieve, se venga en conocimiento de su licitud y eficacia» (127).

d) El contador-partidor puede, con intervención necesaria del cónyuge sobreviviente (128), liquidar la sociedad de gananciales (129). Esta facultad engloba la calificación de la naturaleza de los bienes adquiridos o aportados (R. de 8 de febrero de 1957).

tima de la mayor habilidad, expediencia o prepotencia de sus coherederos» (*Comentario*, Min. Justicia, t. I, pág. 2 492). LACRUZ entiende, sin embargo, que los herederos, por acuerdo unánime, pueden prescindir del contador (*Elementos*, t. V, cap. actualizado por SANCHO, pág. 130); también ALBALADEJO (*Curso*, t. V, 1994, pág. 149), que sin embargo considera que los herederos deben respetar la prohibición de dividir impuesta por el testador [*ib.*, pág. 130], lo que me parece incongruente, porque si no tienen que respetar el nombramiento de contador no tendrán que respetar tampoco la prohibición de dividir.

(127) No debe olvidarse, sin embargo, que la R. de 3 de julio de 1926 impide al Registrador apreciar —o calificar— la caducidad del cargo de contador. Como advierte esa resolución, y también las de 23 de julio de 1910 y 30 de enero de 1911, los herederos pueden ampliar el plazo legal concedido al contador (ex art. 906), y esa prórroga puede ser expresa o incluso tácita. Sin embargo, en el caso de la R. de 11 de octubre de 1982, en que el propio contador manifestaba la fecha en que tuvo conocimiento de su nombramiento, y de la propia escritura resultaba la caducidad del cargo, la DG confirma la nota en que el Registrador advertía el defecto de que «los trabajos particionales concluyeron fuera del plazo que establece el artículo 904 CC, siendo necesario que ratifiquen los demás interesados en la sucesión tales operaciones».

En apoyo de la conveniencia de que el Registrador aprecie, al menos en esos casos, la caducidad del cargo, ha de señalarse que, según el TS, la partición llevada a cabo por el contador fuera de plazo es nula de pleno derecho, es decir, con nulidad insanable y definitiva (S. de 30 de octubre de 1970).

(128) La necesaria intervención del sobreviviente la ha reiterado la DGRN: RR. de 14 de marzo de 1903, 26 de febrero y 30 de abril de 1906, 11 de septiembre de 1907, y otras muchas; entre las más recientes, la de 30 de junio de 1992.

Si el contador-partidor ha prescindido, al liquidar la sociedad de gananciales, de la intervención del cónyuge sobreviviente, el acto no queda subsanado por la posterior aprobación judicial (R. 31 de enero de 1912), pero sí por la aprobación del cónyuge, con lo que se encuentra completa la representación de ambas partes interesadas en dicho acto, y sin que sea además necesaria la intervención de los herederos (R. de 29 de enero de 1908).

(129) Los obstáculos doctrinales que se advierten a la posibilidad de que el contador liquide la sociedad de gananciales los pone de relieve LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 155), aunque reconoce que la práctica y la jurisprudencia los ha superado absolutamente.

e) Tienen carácter particional, y pueden realizarse por el contador-partidor, las siguientes operaciones:

a') Colación, fijación de legítimas y reducción de legados. La R. de 9 de marzo de 1927 permite que las haga por sí mismo el contador-partidor, pues tienen «indiscutible carácter particional», y sostiene que «si debe el comisario convocar a los interesados y pactar con ellos, concluiría con la forma unilateral de las particiones de referencia y se introducirían en los instrumentos notariales correspondientes una serie de relaciones jurídicas y de supuestos extraños a las declaraciones de la persona a quien el testador ha confiado la misión de explicar, fijar y ejecutar su última voluntad». Ya habían afirmado que el contador-partidor está facultado para fijar el importe de las legítimas las RR. de 22 de enero de 1898 y 16 de junio de 1922). En concreto respecto de la reducción de legados, la R. de 14 de abril de 1969 consideró válida la adjudicación por el contador-partidor de un número de fincas menor de las que habían sido legadas, a causa de que, por exceder su valor de la parte de que el causante podía disponer libremente, tuvo que proceder a su reducción.

b') Determinación de bienes reservables. Afirma la R. de 14 de abril de 1969 que «al formar parte los bienes reservables de la herencia del reservista, podrá el albacea contador-partidor designado por el testador con amplias facultades, resolver todas las incidencias de las operaciones particionales, entre las que se encuentra la de fijar reservas sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso, la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad».

c') Reducción de donaciones inoficiosas. Entienden los autores que el contador-partidor puede calificar la inoficiosidad de donaciones hechas por el causante, pero para la eficacia registral que ello implique, será indispensable la conformidad del donatario cuya donación se reduzca total o parcialmente, o la del Juez en su caso (130).

d') Aplicación del derecho de acrecer. Puede —y debe— realizarla el contador-partidor —al igual que debe tener en cuenta la renuncia que un heredero le haya comunicado—, pues de lo contrario sería errónea la partición. Y tal aplicación cae dentro de la calificación registral (131), como cae también la errónea aplicación del derecho de acrecer hecha por el contador-partidor contraviniendo una cláusula testamentaria que disponga una sustitución vulgar.

(130) CAMY, *Comentarios*, v. III, pág. 468.

(131) Opina lo contrario, es decir, que la aplicación del derecho de acrecer por el contador no es calificable, CAMY, *ib.*, pág. 470.

e') Valoración de las desheredaciones e incapacidades para suceder. Si la desheredación realizada en el testamento responde a una justa causa expresada en él, debe tenerla en cuenta el contador (no si la desheredación se ha hecho sin causa: R. de 30 de abril de 1906); también debe tener en cuenta las causas de incapacidad que no requieran prueba alguna para apreciarla.

f') Adjudicaciones para pago de deudas hereditarias hechas a coherederos (es decir, para que el adjudicatario proceda a enajenar el bien adjudicado y con su importe pagar todo o parte del pasivo hereditario).

g') No puede el contador-partidor realizar adjudicaciones para pago de deudas en favor de extraños, ni tampoco adjudicaciones en pago de asunción de deudas hereditarias (en las que el adjudicatario se hace dueño del bien adjudicado, con obligación de pagar la deuda de que se trate), sea en favor de uno de los coherederos (la R. de 9 de noviembre de 1938 declaró que no era acto particional, sino acto de enajenación, la adjudicación hecha a la viuda en pago de los gastos de última enfermedad y entierro; sin embargo, la de 6 de noviembre de 1912 consideró «acto propio de partición» la adjudicación hecha a la viuda en pago de las cantidades que había adelantado a sus hijos a cuenta de la legítima) o sea en favor de extraños (132). Y no puede realizar en ningún caso esas adjudicaciones en pago de asunción de deudas porque se trata de actos de disposición (133) que requieren el consentimiento de todos los herederos.

No puede realizar tampoco adjudicaciones en pago de una deuda del causante, porque se trata de una modalidad de dación en pago —un acto dispositivo— que excede del ámbito particional y que el contador-partidor no puede realizar sin el consentimiento de los herederos (R. de 10 de enero de 1919).

F. Interpretación del testamento

Tanto si el testador le ha encomendado la facultad de interpretar el testamento, como si no lo ha hecho, el contador-partidor puede entender la última voluntad de la forma que crea más procedente, siempre que respete el testamento y las leyes.

Como ha declarado la R. de 27 de diciembre de 1982, «es reiterada jurisprudencia de este Centro que los contadores-partidores a que se refiere

(132) Las hechas a favor de extraños caen fuera de las facultades del contador: R. de 20 de noviembre de 1933.

(133) Como dice con exactitud PUIG BRUTAU, las adjudicaciones en pago son ventas, o en todo caso enajenaciones a título oneroso: se transmite la propiedad de un bien a cambio de la obligación asumida por el adjudicatario de satisfacer determinadas deudas (*Fundamentos*, t. V, vol. 3.º, pág. 417).

el artículo 1.057 del Código Civil tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y al efecto pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero [...] no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a realizar una partición en la que presumiblemente se refleja una voluntad que no está racionalmente en concordancia con la del testador» (134). Como es lógico, y puntualiza la R. de 14 de septiembre de 1964, los contadores «no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias con el pretexto de una fiel interpretación porque ésta, conforme al artículo 675 del Código Civil, deberá ser sistemática y atenerse al sentido literal de las palabras cuando no aparezca que fue otra la voluntad del testador».

La STS de 24 de febrero de 1968 permite incluso al contador-partidor hacer una interpretación correctora e integradora del testamento, afirmando que pueden «subsanan o corregir los defectos y otras transgresiones de la voluntad testamentaria», porque si bien tienen «ciertamente la obligación de respetarla», no han de hacerlo «nunca de un modo ciego o automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la ley, y subsanando en este sentido los defectos u omisiones de aquélla».

Naturalmente queda siempre a salvo lo dispuesto en el art. 1.075 CC: la posibilidad de impugnar la partición si ésta no se ajusta a la que «racionalmente» pueda presumirse que fue la voluntad del testador.

§ 9. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA

A. *Capacidad para constituir hipotecas*

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Los padres pueden constituir hipoteca sobre un inmueble del menor, obteniendo autorización judicial (art. 166 CC).

b) Si los padres tienen intereses opuestos a los del hijo (por ej., si garantizan una deuda del hijo con sus padres, o una deuda de los padres con un tercero), es necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 166 CC), que habrá de obtener autorización judicial (135).

(134) Insisten en reconocer la facultad interpretativa del contador las RR. de 15 de julio de 1943, 28 de marzo de 1944, 28 de abril de 1945, 18 de diciembre de 1951, 26 de marzo de 1952 y 6 de abril de 1962, entre otras.

(135) Vid. lo que se dice sobre *venta* de bienes de menores en V, § 3, A, b).

c) Por aplicación de la doctrina del «negocio complejo», pueden los padres —sin autorización judicial— adquirir un inmueble para el hijo y constituir hipoteca en garantía del precio aplazado (136) (y, por supuesto, pueden adquirir, también sin autorización, un inmueble gravado con hipoteca (137)).

d) Si el hijo es mayor de 16 años, y consiente en documento público la constitución de hipoteca, no es necesaria la autorización judicial (art. 166, párr. 3). Como la ley habla, genéricamente, de «documento público», puede ser el de constitución de hipoteca u otro distinto.

e) El mayor de catorce años puede constituir hipoteca testamentaria, pues para ello basta la capacidad para testar (señalada en el art. 663 CC).

2. Menores emancipados

a) El menor requiere, para constituir hipoteca, consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador (art. 323 CC).

b) Si existe conflicto de intereses entre el menor emancipado y los padres, es necesario el nombramiento de defensor judicial.

c) Si el bien hipotecado pertenece también (en algún tipo de comunidad) al cónyuge del menor emancipado, y este es mayor de edad, basta con que ambos presten consentimiento para la válida constitución de la hipoteca. Si el cónyuge es menor, deben concurrir, además, los consentimientos de los padres o tutores de uno y otro (art. 324 CC).

Ahora bien, si el menor emancipado tiene un interés contrapuesto al de su cónyuge o al de alguno de los representantes contemplados en el inciso final del art. 324, sí será necesario el nombramiento de defensor judicial (ex art. 299, 1.º).

d) Aplicando la doctrina jurisprudencial del «negocio complejo», puede el menor emancipado, en un caso concreto, constituir hipoteca por sí sólo: cuando a la vez compra el inmueble y constituye una hipoteca en garantía del precio aplazado. Como afirma la R. de 13 de mayo de 1968 —y luego reitera

(136) Distinto de este supuesto es el de compra de un inmueble para el hijo y constitución de hipoteca sobre el mismo para obtener dinero con que pagar la adquisición de aquél. No se da, en este supuesto, la conexión necesaria para que pueda hablarse, propiamente, de «negocio conexo». Vid. V, § 9, A, 2, d).

(137) ¿Pueden subrogar al menor en el préstamo hipotecario? El argumento que se ha dado (*Casos prácticos*, en Lunes 4,30, Registradores de la Comunidad Valenciana, vol. I, caso n.º 410, pág. 102) para responder negativamente —que el menor estaría obligado a responder con todos sus bienes propios— me parece insuficiente. De todas sus obligaciones —contraídas válidamente por los representantes legales en nombre del menor— responde éste con sus bienes propios, y para contraer obligaciones no se exige autorización judicial.

la de 4 de noviembre del mismo año—, «en la escritura calificada se observa que la voluntad de las partes ha sido crear un nexo entre dos negocios típicos, de por sí independientes —compraventa e hipoteca— para formar uno solo, tal como se deduce de la contemporaneidad de las declaraciones y de la unidad del documento, en donde el pacto de hipoteca se encuentra tan ligado al contrato de compraventa, que sin él no hubiera tenido lugar [...]. El negocio concluido por las partes entra dentro de la categoría de los llamados por la doctrina negocios complejos, de naturaleza unitaria porque entre los elementos heterogéneos que los constituyen, hay —como declaró la STS de 3 de julio de 1941— una soldadura tan íntima en un solo nexo, que sería inútil pretender que se mantuviese su sustancia jurídica separando sus elementos componentes», y en donde las diversas declaraciones emitidas, aparecen fundidas en una síntesis, al confluir en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren».

No «confluyen en un único negocio» —para utilizar la terminología de la resolución citada— la compraventa y la hipoteca constituida en garantía de un préstamo recibido para pagar el inmueble. Aunque, económicamente, existe la misma conexión que en el supuesto anterior, no puede decirse lo mismo desde el punto de vista jurídico; no se da, además, en este segundo caso, la unidad documental que exige la Res. de 1968.

Sí se produce confluencia en un negocio único en el caso de compraventa con constitución hipoteca por vía de reserva (caso de la R. de 18 de septiembre de 1969). Pero en ese caso, quien constituye la hipoteca es el vendedor —y a su favor—, por lo que el menor adquiere el inmueble ya gravado con hipoteca.

3. Sujetos a tutela

a) El tutor puede constituir hipoteca sobre un inmueble del pupilo, previa autorización judicial (138) (art. 271, 2.º).

b) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, es necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.º).

El nombramiento de defensor judicial no elude la necesidad de autorización judicial, por las razones que se han expuesto.

Si el conflicto consiste en que el tutor constituye una hipoteca a su favor sobre un inmueble del pupilo, no cabe salvarlo con nombramiento de de-

(138) Por la doctrina de los negocios complejos, parece que el tutor, que puede comprar inmuebles sin necesidad de autorización judicial, podría también, sin ella, constituir hipoteca en garantía del precio aplazado.

fensor judicial. Al decir el art. 1.549 CC que «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia [...] el tutor [...] los bienes de la persona o personas que estén bajo su tutela», esta prohibiendo también —a juicio de los autores— la adquisición de otros derechos reales.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si la sentencia de incapacitación que somete al incapacitado a curatela incluye la constitución de hipoteca entre los actos que aquél no puede hacer por sí sólo, como si la sentencia no contiene enumeración de actos (esto último, ex art. 290 en rel. con art. 271, 1.º CC), el incapacitado no podrá constituir hipoteca sin consentimiento del curador.

En caso de conflicto de intereses entre curador e incapacitado será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.º), que asista o intervenga en la constitución de hipoteca realizada por el incapacitado. El defensor no necesita obtener autorización judicial, como tampoco lo necesita el curador cuando es él quien completa la capacidad del incapacitado.

5. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales o presuntivamente gananciales, es necesario el consentimiento de ambos (arts. 1.377 CC y 93, 2 y 94, 3 RH).

b) Por aplicación de la doctrina del «negocio complejo», cualquiera de los cónyuges puede, por sí solo, adquirir un inmueble y constituir hipoteca en garantía del precio aplazado [ex R. de 13 de mayo de 1968 (139)].

c) Si se trata de bienes privativos puros o privativos por confesión, basta con el consentimiento del titular.

Si se trata de bienes privativos por confesión y ha fallecido el cónyuge confesante, es necesario que concorra el consentimiento de los herederos forzosos de éste (art. 94, 4 RH).

Si el bien privativo es la vivienda habitual de la familia, para constituir hipoteca es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1320 CC). Este consentimiento para hipotecar la vivienda habitual no debe considerarse implícito ni en el consentimiento para hipotecar bienes

(139) El presupuesto de esta resolución —anterior a la reforma del régimen económico del matrimonio— es que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales. Este presupuesto podría reconducirse hoy al supuesto de cónyuge administrador de los bienes presuntivamente gananciales.

gananciales ni en el poder concedido para hipotecar bienes privativos del poderdante (140).

6. Apoderado

Según el art. 1.713, para hipotecar se necesita mandato expreso, o, lo que es lo mismo, poder especial (de poder especial habla el art. 139 LH). Por tanto:

a) No es suficiente un poder «para enajenar», porque la constitución de hipoteca no supone una enajenación.

b) Tampoco es suficiente un poder «para vender», por la misma razón (R. de 22 de abril de 1898).

c) Tampoco un poder «para practicar operaciones registrales», R. de 6 de septiembre de 1982.

d) Tampoco un poder «para tomar dinero a préstamo» (R. de 5 de diciembre de 1961), como es igualmente insuficiente para tomar dinero a préstamo el poder concedido para hipotecar (R. de 18 de noviembre de 1960).

e) Sí han de considerarse suficientes los poderes «para realizar toda clase de actos de administración y disposición», «para realizar actos de riguroso dominio» (fórmula empleada por el art. 1.713, englobando la constitución de hipoteca), «para la constitución de toda clase de cargas reales» (esta última fórmula en R. de 29 de septiembre de 1965), «para gravar» (fórmula de la R. de 24 de octubre de 1986).

En cuanto a la interpretación de la extensión del poder para hipotecar, la DGRN ha afirmado:

a) Los poderes generales concedidos en el ámbito mercantil incluyen toda clase de actos u operaciones, incluso de riguroso dominio, que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la sociedad (RR. 31 de marzo de 1979 y 24 de octubre de 1986).

b) La atribución al apoderado de todas las facultades —salvo las indelegables— que corresponden al órgano de administración, evidencia el carácter general del apoderamiento, y la inclusión en él de los actos de carácter dispositivo incluidos en el giro o tráfico de la sociedad (R. de 14 de octubre de 1986).

c) El poder concedido para constituir hipotecas en garantía de las cantidades que se tomen a préstamo y se destinen a la construcción, no cabe

(140) Sobre esta cuestión vid. V, § 3, A, 5, b).

ampliario al otorgamiento de hipotecas en garantía de reconocimiento de deuda por el apoderado, resultante de relaciones comerciales mantenidas en relación con la construcción en el solar que se hipoteca (RR. de 29 de septiembre y 11 de octubre de 1983).

d) El poder conferido para constituir hipoteca a favor de determinados Organismos no permite al apoderado constituirla a favor de una persona física (R. 5 de diciembre de 1961).

e) El poder para constituir hipoteca «en garantía de las cantidades que se tomen a préstamo y se destinen a construcción» no faculta para «todos aquellos supuestos que no se encuentren dentro del contexto de la cláusula, y por eso no cabe ampliarlo a casos no expresamente indicados, como lo sería la constitución de hipoteca en base a un reconocimiento de deuda hecho por el apoderado» (R. de 29 de septiembre de 1983).

7. Ausentes

El representante del ausente puede constituir hipoteca «en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez» (art. 186, párr. 3 CC).

8. Asociaciones

a) En la amplia expresión «disposición o enajenación de bienes» que emplea el art. 10, ap. 3 del D 1.440/1965, de 20 de mayo, habrá de entenderse comprendida la constitución de hipoteca, por lo que será necesario que el representante de la asociación (vid. V, § 3, A, 7) obtenga autorización de la asamblea general, que deberá acordarla con las mayorías señaladas en el ap. 4 del mismo artículo.

b) Las asociaciones deportivas sólo pueden hipotecar bienes inmuebles, cuando la hipoteca «no comprometa de modo irreversible el patrimonio de la entidad o su objeto social»; y necesitan autorización del Consejo Superior de Deportes cuando la hipoteca tenga por objeto inmuebles financiados, en todo o en parte, con fondos del Estado (art. 36, 2 LD).

9. Fundaciones

a) En representación de la fundación ha de constituir hipoteca el patronato, previa autorización del protectorado (art. 19, 1 LF). El RD 316/1996 permite (art. 10, 3), a pesar de esa exigencia legal, que se pueda otorgar la

escritura de constitución de hipoteca (y, en general de cualquier «gravamen») antes de haberse obtenido la autorización del protectorado, pero sometiendo el acto a la condición suspensiva de que se obtenga la autorización.,

b) Si no se trata de inmuebles que formen parte de la dotación, ni de inmuebles que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, ni de inmuebles que representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, se dará cuenta inmediata al protectorado (141).

B. *Adquisición de hipotecas*

El acreedor hipotecario ha de tener «la capacidad general para contratar» (R. de 15 de diciembre de 1953). En un caso será necesaria, indirectamente, autorización judicial: cuando la acepte el tutor en representación del pupilo y la hipoteca garantice —como sucede en la mayoría de los casos— un préstamo de dinero. Porque, según el art. 271, 8.º CC, es necesaria esa autorización «para dar [...] dinero a préstamo».

C. *Capacidad para cancelar hipotecas*

1. Menores sujetos a patria potestad

No requieren los padres autorización judicial, cuando la cancelación tenga su base en el pago de la deuda garantizada con la hipoteca. «Para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor, bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad» (178, 2 RH). En los demás casos es necesario que los padres obtengan autorización judicial, porque deben aplicarse las reglas previstas para la enajenación de bienes inmuebles, para cumplir la finalidad del art. 164 CC, que establece una serie de garantías en defensa y protección del patrimonio de todo menor de edad (R. de 26 de octubre de 1964).

2. Sujetos a tutela

La semejanza de supuestos y la identidad de razón, permiten aplicar el art. 178, 2 RH a la cancelación por pago de hipotecas constituidas a favor de una persona sujeta a tutela. El tutor no necesitará, en ese caso —«por

(141) Resulta indudable que esta notificación habrá de acreditarse para inscribir en el Registro de la Propiedad

pago»— autorización judicial (142). Si la cancelación se produjera por renuncia al derecho de hipoteca entraría, además, en juego el art. 271, 3.º CC.

3. Menores emancipados

No requieren complemento de capacidad para cancelar hipotecas constituidas a su favor. «Podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o que hubieren obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad» (art. 178, 3). Pero este apartado no contiene la precisión del que le precede en el art. 178, lo que plantea el problema de la cancelación por renuncia: parece que cuando tenga ese origen será necesario, por la incidencia del art. 323 CC, que se obtenga el complemento de capacidad.

4. Cónyuges

a) Si la hipoteca es ganancial, es necesario el consentimiento de ambos (art. 93, 3 RH).

b) Si la hipoteca figura inscrita a favor uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, puede cancelarse —aunque sólo por pago— con el consentimiento del cónyuge titular del crédito. Aunque del art. 94, 3 RH derivaría la necesidad del consentimiento de ambos, por la naturaleza dispositiva de la cancelación, el art. 178, 5 dispone que «bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad de gananciales».

c) Si la hipoteca se ha constituido a favor de uno de los cónyuges con carácter privativo, sólo podrá cancelarse con su consentimiento (art. 95, 3 RH).

5. Apoderados

a) La interpretación estricta de los poderes debe extremarse cuando el acto tienda a cancelar situaciones legítimas creadas en el Registro de la

(142) En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA, com al art. 271 en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid 1986, pág. 553, AVILA ALVAREZ, *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, Madrid, 1985, pág. 192, GONZÁLEZ LAGUNA, *Bienes de menores y Registro de la Propiedad*, RCDI, n. 570, septiembre-octubre de 1985, pág. 1.194. La doctrina de la Resolución de 24 de febrero de 1896 no debe considerarse vigente, y debe ceder ante la aplicación analógica que hoy puede hacerse del art. 178, 2 RH.

Propiedad o a disminuir el patrimonio del poderdante (R. de 23 de enero de 1943). El poder para cancelar debe ser expreso (R. de 24 de abril de 1936).

b) La cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación (143), por lo que la facultad de recibir pagos no implica la de extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda (R. de 25 de octubre de 1932).

c) Por equivaler la cancelación a una enajenación, a efectos de capacidad, si se actúa en representación, se requieren para para cancelación las mismas autorizaciones exigidas para la enajenación (STS. de 28 de mayo de 1965 y 28 de septiembre de 1972).

d) El poder para constituir hipotecas no es bastante para cancelarlas. «El que hubiera autorización para `exigir y aceptar garantías' y el haber sido satisfecho el crédito en relación con el carácter accesorio del derecho de hipoteca no basta para justificar la cancelación pretendida, acto que por su trascendencia requiere, conforme a la Ley, la declaración judicial o el consentimiento expreso de las personas a cuyo favor conste inscrito el derecho» (R. de 29 de marzo de 1935).

e) En el caso particular de la cancelación por confusión, el poder para comprar permite solicitar la cancelación de una hipoteca por confusión (o consolidación), cuando ésta es resultado de la compra efectuada, por efecto de la cual coinciden en unas mismas personas las condiciones de acreedores y deudores hipotecarios (R. de 19 de noviembre de 1947).

f) El poder que autoriza para cobrar créditos no autoriza para cancelar hipotecas (RR. de 25 de junio de 1884, 24 de septiembre de 1891 y 17 de junio de 1893)

§ 10. MODIFICACIONES HIPOTECARIAS

1. Menores sujetos a patria potestad

Pueden los padres realizar, sin ningún requisito añadido, modificaciones hipotecarias de inmuebles del menor.

El que los padres sean cotitulares, con los hijos, del inmueble que se divide, segrega, agrega o agrupa no parece implicar contraposición de intereses: si se trata sólo de modificaciones hipotecarias, no pueden variar las cuotas de dominio que tenían en la finca matriz en relación con las que tienen en la finca (o fincas) resultantes. Podrían existir intereses opuestos

(143) Criterio que, respecto de la representación legal, expresa el art. 178, 1 RH.

si agregan o agrupan una finca común (de los padres y el hijo) a una finca ajena porque entonces cabe variación de cuotas (ex art. 45, párr. 3 RH)); además, y como se ha dicho al tratar la constitución de comunidad, la agrupación de inmuebles de distintos propietarios no es un simple acto de riguroso dominio —como lo son las modificaciones hipotecarias—, sino un acto de disposición en sentido estricto.

2. Menores emancipados

Los emancipados pueden realizar modificaciones hipotecarias sin el consentimiento de sus padres o, en su caso, del curador. Porque las modificaciones hipotecarias no son actos de disposición en sentido estricto —son actos de riguroso dominio—, y por tanto no son «enajenaciones» (cfr. art. 323).

3. Sujetos a tutela

Pueden los tutores, pero sólo con previa autorización judicial, realizar modificaciones hipotecarias sobre inmuebles del pupilo. Las modificaciones hipotecarias deben considerarse comprendidas entre los «actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción», para los que exige autorización judicial el art. 271, 1.º CC: téngase en cuenta que este precepto utiliza la idea de acto dispositivo en contraposición a «enajenación a gravámen» (contempladas en el primer inciso de ese mismo n.º 1.º), y por tanto sólo puede referirse a los actos de riguroso dominio —en el sentido señalado al comienzo de estas páginas—: y no hay duda de que las modificaciones hipotecarias tienen este carácter.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia de incapacitación menciona las modificaciones hipotecarias, como si no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo (art. 290, en relación con el 271, 1.º), éste necesitará la intervención del curador para realizar modificaciones hipotecarias. Es cierto que estas modificaciones no son actos dispositivos en sentido estricto, pero sí son actos de riguroso dominio, y es a ellos a los que se refiere este inciso del n.º 1, como se ha señalado en el apartado anterior. El curador no necesita autorización judicial.

5. Comuneros

Para realizar modificaciones hipotecarias es necesario el consentimiento de todos los comuneros (RR. de 19 de noviembre de 1964 y 6 de marzo de 1978). La razón no es sólo que se trata de actos de riguroso dominio, sino también que se trata de actos de «alteración» de la cosa común: art. 397 CC.

6. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales, las modificaciones hipotecarias han de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges (ex arts. 1.375 CC y 93, 2 RH).

b) Si se trata de bienes adquiridos por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, las modificaciones hipotecarias de los mismos pueden hacerse por el cónyuge titular registral (ex art. 1.384 CC: «Serán válidos los actos de administración de bienes [...] realizados por el nombre a cuyo nombre figuren [...]»; y 93, 4 *in fine*).

c) Si se trata de bienes presuntivamente gananciales, pueden realizarse las modificaciones por el cónyuge titular registral. «Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral» (art. 94, 2 RH).

d) Si se trata de bienes privativos por confesión, puede el titular realizar modificaciones hipotecarias, antes y después del fallecimiento del cónyuge confesante (ex art. 95, 4 RH, pues tales modificaciones no son «actos de disposición»).

7. Apoderado

a) Es necesario un poder que autorice «para realizar actos de riguroso dominio» (RR. de 23 de febrero de 1929 y 19 de diciembre de 1942, entre otras). Según la R. de 19 de junio de 1990, las modificaciones hipotecarias caen dentro del ámbito del art. 1.713, párr. 2 CC. Teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial de este precepto —que considera los actos dispositivos como una subespecie de los actos de riguroso dominio (v., entre otras, STS de 22 de junio de 1966), y por tanto en el sentido estricto de actos de enajenación o gravámen—, no debería considerarse suficiente un poder «para realizar actos de disposición».

b) El poder conferido para vender una finca no faculta para segregar y vender una parte de ella (RR. de 28 de julio de 1928 y 19 de junio de

1990, aunque en el caso contemplado por esta última el poder autorizaba para vender y «realizar todo lo que sea necesario y útil, incluso si no está explícitamente previsto en el poder». Tampoco faculta para realizar modificaciones hipotecarias el poder que permita vender «por el precio y condiciones que estimare oportunas» el apoderado: R. de 28 de julio de 1928); aunque la R. de 19 de diciembre de 1942 sostiene el criterio contrario [el poder para vender «en las condiciones que estime el mandatario» comprende la facultad de segregar], lo hace ante un supuesto de hecho que es determinante del fallo: el apoderado es marido de la apoderada, y dice la R. que «es lícito presumir que se hallaba autorizado con la confianza y extensión que presupone la existencia del vínculo marital» y que existía «una relación íntima con su mandante, de quien puede recibir constantemente instrucciones»).

§ 11. NEGOCIOS SOBRE EL RANGO HIPOTECARIO

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Para realizarlos han de obtener los padres autorización judicial (art. 166 CC), por tratarse de negocios de disposición en sentido estricto. En el caso de la reserva de rango, como surge al tiempo que la hipoteca, no parece necesaria una autorización distinta de que la que el juez tiene que conceder a los padres para constituir la hipoteca. La posposición y la permuta, como son actos distintos de la constitución misma, necesitan una específica autorización judicial.

b) En caso de que existan intereses opuestos entre los padres y el hijo (p. ej., se permuta una hipoteca del hijo en favor de una condición resolutoria establecida a favor de los padres, constituidas ambas —hipoteca y condición— en un inmueble ajeno), será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 163 CC). El defensor ha de obtener autorización judicial.

2. Menores emancipados

Sólo puede realizar los menores emancipados negocios sobre el rango hipotecario con asistencia de sus padres, y a falta de ambos, del curador (ex art. 323 CC).

No parece atendible el argumento que emplea la Dirección General en su R. de 20 de junio de 1898 para considerar que puede un emancipado posponer el rango de una hipoteca constituida a su favor, sin necesidad de

asistencia paterna: que «no está comprendida entre las limitaciones que impone aquel precepto taxativamente [el 317, hoy 323 CC], la posposición del derecho de hipoteca». Tampoco acierta la resolución al no considerar que existan intereses opuestos entre el padre, que, por sí, constituye la hipoteca que gana rango, y el menor, que pospone la suya, con asistencia del padre. Hay actos de clara naturaleza dispositiva que es necesario considerar incluidos en el art. 323 CC, a pesar de no estar nombrados, como la renuncia de derechos inmobiliarios, las cancelaciones registrales, la agrupación con fincas colindantes de otros propietarios.

3. Sujetos a tutela

Para negociar el rango hipotecario de derechos de los que sea titular el pupilo, necesita el tutor autorización judicial, tanto si la causa de la posposición o la permuta es onerosa como si es gratuita, pues en ambos casos se trata de «actos de carácter dispositivo susceptibles de inscripción» (art. 271, 2 CC), y en el segundo caso, un acto de «disposición a título gratuito» (art. 271, 9.º CC), y también de una «renuncia de derechos» (271, 3 CC) —el derecho a un determinado puesto en el rango—.

En caso de incompatibilidad de intereses actuará el defensor judicial (art. 299, 1.º CC), que requerirá autorización judicial.

4. Incapacitados sujetos a curatela

El incapacitado sujeto a curatela necesita la asistencia del curador para celebrar negocios sobre el rango hipotecario, tanto si la sentencia de incapacitación incluye esos negocios entre los necesitados de asistencia, como si no especifica los que no puede realizar por sí mismo el incapacitado, porque en este último caso resulta así de la relación del art. 290 con el 271 CC.

§ 12. Transacción

La capacidad para transigir no es la determinada por el aforismo *transigere est alienare*, que exigiría en todo caso capacidad para disponer, ni la determinada por la R. de 6 de diciembre de 1947, de la que resultaría la suficiencia de la capacidad para obligarse. La transacción ni es siempre traslativa ni es siempre declarativa. Como indicó la STS de 24 de abril de 1941 con una fórmula muy vaga, pero a la vez muy clarificadora, la tran-

sacción requiere facultad dispositiva cuando las relaciones jurídicas sobre las que recae o pueda recaer el acuerdo envuelvan un negocio que rebase el límite de los actos de mera administración. La capacidad necesaria para la transacción es la capacidad necesaria, en cada caso, para realizar las prestaciones en que consista. La transacción es el acuerdo de evitar un pleito o de ponerle término, y puede llevarse a cabo de maneras muy distintas: «dando, prometiendo o reteniendo» (art. 1.809 CC); la capacidad para transigir, según ésta se realice o se desarrolle a través de dar, retener o prometer (144), no puede ser la misma.

a) Si se trata de transacción pura en que una de las partes «da» un inmueble —es decir, el titular actual (aunque discutido), transmite la propiedad del mismo al otro transigente—, aquél necesitará capacidad para disponer, pero no éste, que bastará con que tenga capacidad para obligarse.

b) Si se trata de transacción pura en que una de las partes «retiene» un inmueble —es decir, el titular actual (aunque discutido) conserva la propiedad del mismo—, bastará con que ambos tengan capacidad para obligarse.

c) Si se trata de transacción pura en que una de las partes «promete» un inmueble —es decir, el titular actual (aunque discutido) se obliga a transmitir la propiedad del mismo—, será necesario, en el promitente, capacidad para disponer, y bastará en el promisorio capacidad para obligarse. Cabría plantear aquí, incidentalmente, si la transacción cuyo contenido consista en una promesa de transmitir un inmueble es un acto inscribible en el Registro, o cae en el ámbito de la prohibición del art. 9 RH y de la rigurosa jurisprudencia registral sobre la inscribibilidad (o más bien, no inscribibilidad) de la promesa de venta (RR. de 12 de marzo de 1864, 16 de noviembre de 1902 y 21 de septiembre de 1908). La solución creo que debe ser favorable al acceso al Registro. Esta «promesa» del art. 1.809 no es una obligación de constituir un derecho real (primer inciso del art. 9 RH), porque en esta modalidad de transacción hay únicamente una obligación de entrega; ni tampoco se trata de una obligación de celebrar «en lo futuro» un determinado contrato (segundo inciso del art. 9 RH), porque el contrato —título— se ha celebrado ya —es la transacción—. La «promesa» del art. 1.809 genera en el transigente promisorio un *ius ad rem*, de indiscutible inscribibilidad (145).

(144) Este diverso contenido de la transacción no está constituido por contratos diversos, como pretende la STS de 8 de marzo de 1933 —según la cual, dentro de la transacción se comprenden figuras contractuales diversas— sino sólo por prestaciones diversas, que pueden recaer a su vez sobre objetos diversos.

(145) Sobre la vía de acceso del *ius ad rem* al Registro, y todas las demás cuestiones registrales que esa figura suscita, vid. LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, págs. 144 y ss.

d) Si se trata de transacción compleja, es decir, la prestación recae sobre un inmueble no controvertido, será necesario, en el que disponga de él, capacidad para disponer, y en el que lo adquiere, capacidad para obligarse.

A la vista de esta interpretación, algunas reglas del CC sobre capacidad para restringir resultan lógicas para transigir y otras no:

a) Art. 1.713: para transigir se requiere poder expreso. Es una regla lógica, porque la transacción *puede* requerir un acto dispositivo, y al concederse un poder para transigir se está permitiendo que, entre otras cosas, se disponga de las cosas controvertidas o incluso de otras que formen parte del patrimonio del poderdante.

b) Art. 1.811: el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código. El Código prescribe en el art. 271, 3.º que el tutor necesita autorización judicial para transigir en cuestiones en que el tutelado estuviere interesado. Es una regla igualmente lógica, porque la heterogeneidad del contenido de la transacción —que puede ir desde «retener» un bien mueble hasta «dar» un bien inmueble— hace conveniente el control judicial.

c) Art. 1.810: para transigir sobre bienes y derechos de los hijos bajo patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos. «Lástima que no se haya superado [en la reforma de la Ley 11/81] la aplicación literal del antiguo aforismo *transigere est alienare*», como escribe GULLÓN (146). La regla del art. 1.810 no es lógica. Si los padres pueden disponer a título oneroso de bienes muebles —y la transacción es contrato oneroso—, no se entiende porqué han de necesitar autorización para «dar» e incluso para «retener» un bien mueble en virtud de una transacción. Si se trata de inmuebles, tampoco es lógico que los padres necesiten autorización judicial para «retener» un bien inmueble que ya estaba integrado en el patrimonio del hijo antes de que un tercero se lo discutiera.

d) Por lo demás, de los artículos —1.713, 1.810 y 1.811 CC— no se puede deducir que la transacción sea siempre, por su naturaleza, un acto de disposición (147). Como escriben con todo acierto PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, «no cabe exigir la capacidad de enajenar en otros casos, en tanto que, por virtud de la transacción, no se trate de enajenaciones» (148). Por tanto:

(146) GULLÓN BALLESTEROS, *Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 1.770.

(147) Sucede aquí algo parecido a lo que se indica en V, § 2, 2: de los arts. 271, 7.º y 1.548 no puede deducirse que arrendar por más de seis años sea un acto de disposición.

(148) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, notas a ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, vol. II, 2.ª parte, Barcelona, 1966, pág. 856.

a') El menor emancipado necesitará asistencia de sus padres o del curador cuando el contenido de la transacción consista en «dar» un inmueble, pero no en «retenerlo» —es decir, en conservar un inmueble que ya estaba en su patrimonio—.

b') El incapacitado sujeto a curatela podrá transigir por sí mismo si la sentencia no se lo impide; si la sentencia no enumera los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, de la relación entre los arts. 290 CC y 271, 3.º CC resulta que será necesaria esa asistencia, cualquiera que sea el contenido de la transacción.

c') El apoderado al que se le ha autorizado para transigir, sin restricciones, podrá realizar transacciones puras o complejas, y por tanto podrá realizar actos dispositivos sobre los inmuebles controvertidos o sobre inmuebles que forman parte del patrimonio del poderdante y que no sean objeto de la controversia —siempre, naturalmente, que el acto dispositivo derive del acuerdo transaccional—. No puede compartirse la doctrina de la R. de 25 de enero de 1868, según la cual el poder para transigir no es bastante para la enajenación —consecuencia del convenio transaccional— de bienes del poderdante.

d') Las fundaciones podrán transigir por medio del patronato (que puede delegar sus facultades en uno o más de sus miembros, o nombrar apoderados generales o especiales [art. 14 LF]), pero necesitarán autorización del protectorado si la transacción tiene por objeto inmuebles que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación; si se trata de otros bienes inmuebles, bastará con que se comunique la transacción, inmediatamente después de haberse efectuado, al protectorado (art. 19 LF). La falta de autorización previa no impide que se acuerde la transacción, pero deberá entonces someterse el negocio a la condición suspensiva de la obtención posterior de aquella autorización (ex art. 10, 3 RD 316/1996).

e') A las demás personas jurídicas no se les puede extender la regla del art. 1.812 CC —«las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes»; aunque se ha hecho una interpretación amplia de este precepto (149), no hay razón para imaginar que el Código ha prescindido, al llegar al art. 1.812, del sentido que da al término «corporación» en los arts. 35 y 37 —personas jurídico-públicas de base asociati-

(149) Como la que hacen OGAYAR (Comentarios, dir. ALBALADEJO, t. XXII, vol. 2.º, Madrid, 1979, pág. 30) y LASARTE, (*Principios de Derecho Civil*, Madrid, 1995, pág. 376) entendiendo que el art. 1.812 se refiere, genéricamente, a todas las personas jurídicas.

va (150)—. A las transacciones realizadas por corporaciones se aplican, como a todo contrato celebrado por la Administración y que no tiene carácter administrativo, las reglas generales de competencia y de procedimiento comunes a todos los contratos celebrados por ella (151); debe tenerse en cuenta la particularidad de que está prohibido transigir sobre derechos de la Hacienda pública, aunque esa «prohibición» no es absoluta: cabe que se realice mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del Consejo de Estado (requisitos comunes a las transacciones sobre derechos de la Hacienda estatal [art. 40 LPE] y a las transacciones sobre derechos de las Haciendas locales [art. 180 TR de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local]).

VI. REGIMEN DE LA INEFICACIA Y CALIFICACION REGISTRAL

A lo largo de las páginas que preceden se han ido exponiendo los diferentes requisitos necesarios —de capacidad, y en ocasiones de legitimación— para la plena eficacia de los negocios jurídicos sobre inmuebles. Se examinan ahora, desde la perspectiva contraria de la ausencia de esos requisitos, y agrupados por categorías homogéneas, los diversos supuestos en que tales negocios jurídicos inmobiliarios son ineficaces, para tratar de precisar el alcance de la calificación registral en cada uno de esos supuestos

§ 1. INCAPACIDAD NATURAL

A diferencia de algún Ordenamiento europeo, como el alemán, en que se fija una edad que delimita la incapacidad de obrar absoluta de la capacidad restringida de los menores (152), en el Derecho español no existe esa delimitación legal. Es necesario, por tanto, determinar en cada caso, cuando no se ha prestado consentimiento por falta de entendimiento, en cuyo caso «no hay contrato» (art. 1.261 CC), y cuando sí se ha prestado consentimiento por existir el suficiente entendimiento. «Por debajo de esta edad [los 18

(150) De ahí que domine en la doctrina la idea que el art. 1.812 se refiere únicamente a ellas; vid, por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. II, pág. 493, y, en la doctrina administrativista, GARRIDO FALLA, *Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1992, pág. 32, nota 33.

(151) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1993, pág. 671.

(152) Según el § 106 BGB, «Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist nach Massgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt».

años] —dice la R. de 3 de marzo de 1989— habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad». Pero, aún en este segundo tramo de la minoría de edad, el menor «no tiene poder para disminuir directamente el contenido jurídico de su patrimonio [...] En cambio, le cabe la posibilidad, casi ilimitada, de adquirir [...]» (153). Puede aceptar por sí una donación simple (no condicional ni onerosa) (ex art. 626), y por analogía, puede aceptar la renuncia de derechos, aceptar una hipoteca, y aceptar un cambio de rango hipotecario que mejore la situación de un derecho del menor (154).

Frente a la nulidad radical del negocio celebrado por el menor que carece de conocimiento suficiente, el negocio celebrado por el menor con conocimiento suficiente, más allá de esa limitada esfera adquisitiva, es anulable. Si en este segundo caso procede la suspensión o la denegación del acceso al Registro, parece que debe resolverse en el primer sentido. Por un lado, existe consentimiento contractual, y por otro, existe la posibilidad de confirmación —puesto que en el contrato han concurrido los requisitos del art. 1.261 CC (art. 1.310 CC)—. Si los representantes legales de quien podría ejercitar la acción de anulación (art. 1.312 CC) confirman el contrato dentro de la vigencia del asiento de presentación, el acto conservaría la prioridad derivada de aquél (155).

No es éste sin embargo el criterio mantenido por la Dirección de los Registros en la R. de 9 de febrero de 1906. El Registrador había denegado la inscripción de una venta porque una otorgante tenía 19 años; la Dirección confirma la nota, e implícitamente el alcance —denegatorio— de la calificación: «con arreglo a los artículos 1.261 y 1.263 del Código Civil, son nulos los contratos celebrados por los menores de edad, por no poder prestar el debido consentimiento, sin ser tampoco válida su ratificación, porque, conforme a lo establecido en el artículo 1.310, solamente son confirmables los contratos en que además de objeto y causa concurre el consentimiento de los contratantes, requisito que por la razón indicada no podía existir en el caso actual». Confunde esta resolución la causa de la ineficacia, que no es la falta de entendimiento del menor, sino la tutela que la ley le dispensa; el rechazo de la confirmabilidad no es más que una consecuencia de esa confusión.

(153) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, pág. 182

(154) DE CASTRO, *ibidem*, pag. 183.

(155) Como indica DELGADO ECHEVERRÍA, «por el incapaz puede confirmar —lo mismo que podría pedir la anulación— su guardador legal» (*Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 568).

En la R. de 1 de julio de 1920 se corrobora la denegación de una aceptación de herencia realizada por un menor, pero en este caso parece considerar la Dirección que no hay existido consentimiento, porque aduce «la incapacidad de un niño de diez años para realizar declaraciones de tal trascendencia y tanta responsabilidad».

§ 2. DEFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Cuando el negocio es realizado, en representación del hijo, por uno de los progenitores, siendo necesario el consentimiento de ambos, o por uno de los tutores, siendo la tutela plural (art. 236 CC) sin carácter solidario (art. 237, párr. 2 CC) (156), adolecerá de nulidad absoluta, por falta de poder suficiente. Cabrá, naturalmente, la ratificación ex art. 1.259 CC, entendiéndose aquí que «la persona en cuyo nombre se otorgue» es, en el primer caso citado, el otro progenitor, y en el segundo caso, el otro u otros tutores.

La calificación habrá de ser denegatoria. A pesar del principio «la ratificación equivale al mandato» (arts. 1.259 y 1.892 CC), la ratificación no puede mantener la preferencia derivada del asiento de presentación; la ratificación no puede hacer que el título ratificado se anteponga a los títulos intermedios: no puede perjudicar a terceros. «Los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado —dice rotundamente la R. de 3 de marzo de 1953 referida a un supuesto de falta de representación voluntaria, pero cuya doctrina puede extenderse a la falta de representación legal— han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interim por los terceros». «La ratificación produce efectos ex tunc *entre las partes contratantes*». En el caso contemplado en esa resolución, se habían presentado sucesivamente una cesión en pago, un mandamiento de embargo y la ratificación de la primera. «La escritura de cesión, otorgada sin que a la sazón constara en documento público el poder de representación de uno de los cesionarios [...] no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada en el artículo 44 de dicha Ley [LH], porque aquél documento careció en su origen de plena eficacia jurídica [...], y porque cuando la escritura de ratificación fué presentada en el Registro y se solicitó la conversión de la anotación preventiva [la anotación por defectos subsanables, que se había extendido] con efectos referidos al primitivo asiento de presentación, quedó de manifiesto la falta de

(156) A estos supuestos podría asimilarse el de actuación de uno solo o de dos de los tres síndicos que han de actuar conjuntamente en las situaciones de concurso de acreedores (art. 1.210 LEC) y quiebra (art. 1.346 LEC).

poder con que se otorgó la primera escritura y, en su consecuencia, había conseguido prioridad la anotación del embargo decretado en juicio ejecutivo contra el cedente».

§ 3. FALTA DE AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL

Los actos realizados por los padres (art. 166 CC) o por el tutor (art. 271 CC) sin autorización judicial son radicalmente nulos, por ser contrarios a la ley. Aunque hay unanimidad en la doctrina en cuanto al grado de ineficacia, no lo hay en cuanto a su causa (157). La calificación registral debe ser denegatoria. Comparto la opinión de que la falta de autorización previa puede convalidarse con la aprobación judicial posterior (158); pero esta convalidación no puede perjudicar a los títulos presentados en el Registro entre el acto otorgado sin autorización y la aprobación judicial del mismo; la convalidación no puede tener efecto retroactivo frente a terceros, porque ello implicaría hacer equivalente a la autorización previa la aprobación posterior, cuando la ley exige que la intervención judicial sea previa.

La R. de 19 de agosto de 1982 afirma que la renuncia de derechos realizada por el tutor sin la debida autorización (anterior art. 275, 1.º; actual art. 271, 3.º CC) «queda sometida a la norma general del número 3 del artículo 6 del Código Civil y arrastra la nulidad absoluta del acto realizado», y confirma la denegación expresada por el Registrador.

§ 4. *Restricciones de la capacidad de obrar*

Al igual que los negocios celebrados por un menor con suficiente juicio, los realizados por un incapacitado son anulables (ex arts. 1.300 y 1.301 CC). Registralmente procede su suspensión, y cabrá que sus representantes legales lo confirmen dentro de la vigencia del asiento de presentación.

Se trata restricciones a la capacidad de obrar análogas a las que pesan sobre el incapacitado, pero con la particularidad de que tanto el menor emancipado asistido por sus padres, el incapacitado sujeto *potestad asisten-*

(157) Para PEÑA se trata de actos celebrados por quien no tiene poder suficiente (*Derecho de familia*, págs. 538 y 592); para AMORÓS la autorización judicial es un requisito de validez (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, pág. 545); para GÓMEZ OLIVEROS la actuación sin autorización equivale a un negocio realizado con extralimitación del poder (*Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, RCDI*, n.º 565, pág. 1.441); para la mayor parte de la doctrina se trata de una vulneración de normas imperativas.

(158) En este sentido, AMORÓS, *ibidem*; en contra, PEÑA, *ibidem*.

cial paterna prorrogada (159), y el emancipado, el incapacitado y el pró-digo sujetos a curatela prestan por sí mismos el consentimiento negocial. Las consecuencias del acto realizado por tales personas son anulables. El Código guarda silencio sobre este punto cuando la asistencia la prestan los padres, pero es claro cuando corresponde prestarla al curador: «Los actos jurídicos realizados sin intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código» (art. 293 CC).

La calificación registral del negocio realizado por el emancipado o incapacitado más allá de los límites de los arts. 323, 288 y 290 debe ser suspensiva de la inscripción; la prestación de consentimiento por los padres o el curador, realizada dentro de la vigencia del asiento de presentación, hará que se mantenga la prioridad de aquél negocio.

¿Qué consecuencias tiene la asistencia prestada por uno sólo de los progenitores? (160). Muy distinta sin duda de la representación del menor o incapacitado ejercida sólo por uno de los padres que ejerce la patria potestad, a que se ha hecho referencia (VI, 2). Es indudable que el negocio celebrado por el emancipado o incapacitado sería anulable, y podría ser confirmado por el progenitor cuyo consentimiento se omitió.

§ 5. FALTA DE LEGITIMACIÓN

La falta de legitimación se produce cuando una persona, capaz para realizar el acto de que se trate, carece de poder sobre el objeto del negocio. La consecuencia del acto es la nulidad absoluta, y registralmente la dene-gación.

No obstante, en determinados casos, el Código Civil, de un lado, sanciona la falta parcial de legitimación con la anulabilidad, y la jurisprudencia registral, de otro, considera la falta *parcial* de legitimación como defecto subsanable:

a) Según el art. 1.322, «cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente

(159) La expresión es de PEÑA, *Derecho de familia*, pág. 598.

(160) El mismo problema se plantearía en el caso de que actuara uno sólo de los curadores y existiera curatela plural, lo que cabe a la vista del art. 291 CC, que declara aplicables al nombramiento de curador las normas sobre nombramiento de tutor. No cabría asimilar sin embargo a los supuestos anteriores el de asistencia por uno solo de los interventores al negocio celebrado por el suspenso, como se indica en VI, § 7.

confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». Si el título presentado al Registro contuviera sólo el consentimiento de uno de los cónyuges, habría de suspenderse, y el defecto podría subsanarse con la prestación del consentimiento del otro cónyuge (161).

Pero esta benévola sanción de anulabilidad se establece sólo para el acto de actos a título oneroso; «serán nulos [con nulidad absoluta] los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge». Como se ha dicho en V, § 7, A, 5, la actuación conjunta exigida para estos últimos actos no significa simultaneidad; el cónyuge que no prestó inicialmente su consentimiento puede prestarlo con posterioridad, y entonces se producirá la donación eficaz. Registralmente procedería la denegación de la donación hecha sólo por uno sólo de los cónyuges; y si se hubiese presentado un título en el Registro en el tiempo intermedio entre la presentación de los títulos que reflejan los dos consentimientos de los cónyuges, aquél tendría preferencia.

b) La R. de 20 de febrero de 1969 confirma íntegramente la nota del Registrador que consideraba defecto subsanable el otorgamiento de una escritura de declaración de obra nueva realizada únicamente por uno de los condueños sobre una finca inscrita en comunidad (162).

§ 6. VULNERACIÓN DE PROHIBICIONES LEGALES

La vulneración de las prohibiciones impuestas para realizar ciertos actos, por realizarse en contra de la ley (como el art. 1.459 CC), son nulos de pleno derecho (art. 6, 3 CC). La inscripción de los documentos que las contengan deben denegarse, por adolecer de un defecto insubsanable (163).

(161) Así lo confirma la R. de 15 de abril de 1980, que en un caso de renuncia de un derecho de usufructo de carácter ganancial, realizada sólo por el marido, confirma la nota que suspendía la inscripción por estimar que el defecto era subsanable. Muy semejante es el supuesto de la R. de 31 de enero de 1979, en que la Dirección confirma la nota en que el Registrador suspende la cesión de un usufructo ganancial hecha sólo por el marido.

(162) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el TS. en S de 25 de junio de 1990 ha considerado nula la falta de consentimiento unánime de los comuneros cuando se trate de actos dispositivos de la cosa común, siguiendo la doctrina anterior de la Sala 1.^a, y reiterándola en SS de 24 de octubre y 25 de noviembre de 1990, y 11 de noviembre de 1991.

(163) Confirma este alcance de la calificación la R. de 30 de julio de 1976, en un caso de infracción del art. 1.459. En esta misma línea están las RR. de 19 de abril de 1952 (infracción del art. 885 CC) y 8 de junio de 1954 (infracción de norma contenida en ley especial).

§ 7. INHABILITACIÓN DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS

Los negocios celebrados por el concursado y por el quebrado, una vez dictado el auto de declaración de concurso (art. 1.160 LEC) o de quiebra (art. 1.325 LEC), son nulos (164). Aunque, como ha sostenido algún autor (165), y ha expresado alguna sentencia (STS de 11 de diciembre de 1965) cabe la convalidación por los síndicos, por tratarse de nulidad absoluta no cabe que esa convalidación tenga efecto retroactivo. Denegada la inscripción del título otorgado por el concursado o suspenso, no cabe que el título convalidatorio otorgado por los síndicos perjudique a terceros intermedios.

La sanción de los actos realizados por el suspenso sin el «acuerdo» de los interventores es también la nulidad radical; el art. 6 LSP es claro: «el suspenso que practique cualquiera de las operaciones indicadas en este artículo [entre ellas, «todo contrato», párr. 1, regla 2.ª] sin el concurso o acuerdo de los interventores [...] incurrirá en responsabilidad, y los actos y contratos que realice serán nulos e ineficaces». Cabría igualmente la convalidación por los interventores, pero con los mismos efectos —sustantivos y registrales— que se han señalado respecto de la convalidación realizada por los síndicos (166).

Sobre los actos realizados sólo por uno de los síndicos, vid. lo que se dice en la nota 156 y el texto correspondiente. El acto realizado por el suspenso con el concurso de sólo uno de los interventores será igualmente nulo, a pesar de la aparente proximidad de este supuesto con el del emancipado asistido por uno solo de los progenitores o uno solo de los curadores, en caso de curatela plural. La diferencia sustancial con este último supuesto radica en que el acto realizado por el emancipado es anulable, mientras que el realizado por el suspenso es nulo. Y el concurso o asistencia incompleta no puede salvar esa nulidad.

(164) Vid., por todos, GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, 1974, pág. 403, y GULLÓN, *Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 1.059.

(165) VICENT CHULÍA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona, 1990, pág. 882.

(166) GÓMEZ GÁLLIGO considera, por el contrario, que la actuación del suspenso sin el concurso de los interventores consituye defecto subsanable, y aduce en apoyo de esta afirmación la R. de 20 de septiembre de 1983 (*Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1991, pág. 199). A mi juicio, la nulidad absoluta no permite una simple suspensión; además, la resolución citada contempla en supuesto de Comisión interventora, nombrada en convenio, con funciones meramente fiscalizadoras, «lo que —como dice expresamente la Dirección— no significa que esa fiscalización pueda suponer una concesión de atribuciones similares a las de los interventores judiciales cesados»; además la resolución revoca la nota del Registrador, que se limitaba a suspender la inscripción del documento por adolecer de un defecto que aquél consideraba subsanable.

§ 8. AUSENCIA E INSUFICIENCIA DEL PODER

El negocio realizado en nombre de otro sin que éste le haya conferido poder, o excediéndose del poder conferido son nulos. El otorgante carece de legitimación: no tiene facultades sobre el objeto del negocio, o al menos no acredita que la tenga. Sólo cabe denegar la inscripción del negocio —al igual que en los casos examinados en VI, § 5—; la posible ratificación posterior no puede retrotraer sus efectos en perjuicio de tercero. *Ratihabitio no retrahitur in perjudicium tertii*. Desde el punto de vista de la mecánica registral, la denegación implica, naturalmente, que la ratificación ha de ser objeto de nuevo asiento de presentación, sin que el nuevo título aportado pueda consignarse al margen del primer asiento.

Y no cabe suspender, con vistas a que se presente la ratificación dentro de la vigencia del primer asiento y que no se haya presentado hasta entonces un título intermedio. No se trataría de auténtica suspensión: no siempre sería subsanable el defecto; sería, en realidad, un defecto subsanable o insubsanable según la actuación de terceros ajenos al documento suspendido.

Cuestión distinta de la anterior es que se alegue un poder, pero que éste no se aporte por el representante al otorgar el negocio representativo. Procede entonces la suspensión, en espera de que se aporte; si el poder no se confirió, el asiento caducará transcurrido su plazo sin haberse subsanado el defecto.

Distinta es también la situación en que representante silencie la «contemplatio domini», en cuyo caso procederá simplemente la denegación por falta de tracto (art. 20 LH). Y también es distinta la cuestión que plantea el representante aparente; desde un punto de vista sustantivo incide en ella lo que se ha llamado «la interferencia sanante de la protección de la apariencia» (167); desde el punto de vista registral es un fenómeno que no puede ser valorado, y se reconduce a un supuesto de otorgante sin poder (con o sin alegación de que el poder existe, y con la diversa consecuencia que esta alegación tiene).

Se ha defendido un régimen distinto del negocio otorgado por un gestor sin mandato (arts. 1.888 y ss CC) y del negocio otorgado por un «mandatario verbal» —que alega tener mandato pero no poder— (168). Pero el

(167) GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pág. 339.

(168) GÓMEZ GÁLLIGO, *Defectos en los documentos*, págs. 199 y 230. Aunque AVILA NAVARRO (*La representación con poder*, pág. 170) cita, y parece que en su misma línea, la opinión de GÓMEZ GÁLLIGO, creo que su posición no es la misma; para AVILA, el documento otorgado por un gestor sin poder adolece de un defecto insubsanable (en esto coincide con el anterior); pero el supuesto de documento otorgado por un «mandatario verbal» considera que es «equiparable» al anterior, con lo que se aparta de la opinión de GÓMEZ GÁLLIGO. Entiende AVILA, con criterio que comparto, que alegar un poder (una

régimen es, civilmente, el mismo: según el art. 1.727, «en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente»; según el art. 1.892, «la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso». En ambos casos es necesaria la ratificación; y en ninguno de los dos casos puede la ratificación perjudicar a tercero. La actitud del Registrador ante ambos casos ha de ser la misma: denegar. ¿Porqué dar mayor relevancia a la declaración del mandatario verbal que «alega la posibilidad de ratificación» que la del gestor de negocios, que normalmente actuará *utiliter*, y puede igualmente imaginar —y declarar— que el *dominus* va a ratificar el negocio? Ni el *factus procurator* ni el *negotiorum gestor* pueden asegurar que la ratificación vaya a producirse; y en todo caso, no es una declaración que les corresponda hacerla a ellos.

La ratificación no es un poder *ex post*. El axioma *ratuhabito mandato equiparatur* es expresivo pero impreciso. La ratificación, se ha escrito con acierto, es «aquella declaración personal del *dominus* por la que éste da vida a un negocio inexistente». «La ratificación no es sino el medio que, realísticamente, el ordenamiento pone a disposición del *dominus* para que aproveche, si quiere, la actuación —con relevancia hasta entonces de mero hecho— del pseudo-representante» (169).

§ 9. INCURSIÓN EN INCOMPATILIDAD DE INTERESES

El grave riesgo de los intereses del poderdante que se produce en la autocontratación justifica la asimilación que se hace en la doctrina entre el autocontrato y la representación sin poder, o con poder insuficiente (170). Cabe que el representado convalide *a posteriori* la actuación del representante —en una actuación muy próxima, en cuanto a su naturaleza y alcance, a la ratificación—. Pero registralmente la situación es la misma que la examinada en el caso anterior (VI, 8): como procede la denegación, en base a la nulidad radical del negocio representativo, la convalidación no podría en ningún caso preservar la prioridad que hubiera correspondido al título denegado.

La Dirección de los Registros, que ha examinado diversos supuestos de autocontratación, tanto en el ámbito de la representación voluntaria (RR. de

representación no documentada), y, por tanto, la existencia de un consentimiento del poderdante, no varía las consecuencias del acto: el poder y el consentimiento —escribe este autor— han de resultar de un documento público, y no sólo para acceder al Registro (arts 1.280 CC y 3 LH), sino también para producir efectos frente a tercero (art. 1.218 CC).

(169) GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, págs. 337 y 339.

(170) Vid., DÍEZ-PICAZO, *La representación*, pág. 214.

18 de octubre de 1989, 29 de abril de 1993, por citar sólo algunas de las más recientes), como de la representación orgánica (RR. de 20 de septiembre de 1989 y 21 de mayo de 1986), y en el de la representación legal (RR. de 27 de noviembre de 1986 y 27 de enero de 1987), no se ha manifestado explícitamente sobre el alcance, suspensivo o denegatorio, de la calificación registral. Si en algunos casos, como el de la R. de 1 de febrero de 1980, confirma una nota en que el Registrador considera la autocontratación no salvada como un defecto insubsanable, en otros, como el de la R. de 20 de septiembre de 1989, confirma una nota en que el defecto se considera subsanable. Más explícita es la R. de 30 de mayo de 1930, en que la autocontratación se califica de «vicio insubsanable», aunque, al deducir esa afirmación de la opinión de «los juristas que exigen como elementos esenciales de todo contrato la existencia de dos voluntades independientes», deja la duda de si es también el criterio de la propia Dirección (aunque es poco imaginable que no comparta esa exigencia (171)). La R. de 21 de mayo de 1993 sí manifiesta con claridad el criterio de la Dirección, al afirmar que el autocontrato (no autorizado) es análogo «a los demás casos en que el contrato sea nulo por insuficiencia de poder».

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad.
Vocal Permanente de la Comisión
General de Codificación

(171) Esta resolución procede sin duda de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que muy poco tiempo antes (*El contrato como acto jurídico bilateral*, RCDI, mayo de 1927, pág. 373) había puesto de relieve la anomalía estructural del autocontrato.

La protección registral de los montes vecinales en mano común

5.º Congreso de Derecho Agrario
Vigo, septiembre de 1995

SUMARIO. I. EL TEMA DE LA CONSERVACION DE LA NATURALEZA.—II. LA ESPECIALIDAD DE LOS MONTES VECINALES.—III. LA INSCRIPCION DE ESTOS MONTES: A) INGRESO EN EL REGISTRO DE LOS MONTES VECINALES: a) *Inmatriculación*; b) *Inscripción existiendo asientos contradictorios*; c) *Anotación preventiva de iniciación del expediente*. B) INSCRIPCION DE DESLINDES Y AMOJONAMIENTOS. C) TITULARIDAD. D) TÍTULO Y CIRCUNSTANCIAS. E) LOS ESTATUTOS Y SU PUBLICIDAD.—IV. OTROS ACTOS INSCRIBIBLES SOBRE MONTES VECINALES: A) CESIÓN. B) EXPROPIACIÓN Y SERVIDUMBRES. C) DERECHO DE SUPERFICIE. D) PERMUTAS. E) GRAVÁMENES.—V. EFECTOS PROTECTORES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.—VI. CONCLUSION.

I. EL TEMA DE LA CONSERVACION DE LA NATURALEZA

La protección y conservación de los recursos naturales ha adquirido una importancia vital en nuestros días hasta constituir una preocupación universal, porque la humanidad consume de modo creciente bienes que la naturaleza no puede seguir suministrándole sin límites. Estos recursos no sólo han de ser cuidados convenientemente, sino que más bien procede su renovación urgente en lo posible.

Ya en la conferencia sobre el medio humano celebrada por la ONU en Estocolmo en 1972, se declaró que el hombre ha adquirido el poder de transformar de innumerables maneras y en una escala sin precedentes cuanto le rodea y que los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar y el goce de los derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a la vida. En consecuencia, la protección y el mejoramiento del medio humano es una

cuestión que afecta al bienestar de los pueblos y el desarrollo económico del mundo.

Entre las recomendaciones aprobadas en el congreso se propugnaba la planificación para ordenar la conservación, restauración y mejora de la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables y se recomendó a la FAO y demás organismos internacionales que incluyan en sus programas las cuestiones referentes a la ordenación y aprovechamiento del espacio rural en relación con la política del medio humano.

La doctrina científica viene igualmente estudiando los aspectos técnicos y jurídicos del problema. En julio de 1976 la Asociación Española de Derecho Agrario organizó unas Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario que se celebraron en Zaragoza y Jaca. Los trabajos fueron publicados en 1977 por la Universidad de Los Andes de Mérida, Venezuela, y en ellos podemos ver que la idea central que allí se expresó es que la naturaleza es armoniosa y organizada y que todo lo que existe en ella es para el hombre y su sustentación; pero el hombre está dotado de un gran poder destructivo que viene utilizando desde la prehistoria y este poder ha aumentado desmesuradamente en los últimos tiempos con el desarrollo de la técnica; y, para su perjuicio, el aumento del poderío destructor no se ve limitado o controlado debidamente por sistemas sociales (1). Por eso se concluyó que era precisa una regulación jurídica del tema como cuestión inaplazable.

Actualmente, casi todos los países tienen ya una legislación protectora de la naturaleza. En España, la Constitución se ocupa del tema en el artículo 46, donde se dispone en el párrafo 1.º que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, teniendo a su vez el deber de conservarlo. Y en el párrafo 2.º se dice que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

El tema del medio ambiente es amplísimo. Hemos de acotarlo diciendo que aquí nos referimos tan sólo a los montes y, dentro de ellos, a la especialidad que nos interesa de los vecinales en mano común, resaltando sobre todo el importante papel que desempeña el Registro de la Propiedad en su protección, tanto en el aspecto de cuidar el medio ambiente como en defender la titularidad privada de las comunidades.

Es un dato constatable que tanto la Administración como los particulares acuden cada vez más a la publicidad registral como pieza básica para

(1) Ver, en este sentido, la ponencia del profesor RAMÓN VICENTE CASANOVA, *El Derecho Agrario y los recursos naturales renovables*, pág. 33 y sigs. del tomo indicado antes.

conseguir los fines económicos y jurídicos propuestos. Porque el Registro tiene una doble faceta que consiste, por un lado, en proteger a los particulares proporcionándoles seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario; por otro, destaca su aspecto social en cuanto puede servir de base para conservar las realizaciones en favor de la comunidad en general.

No es, ni mucho menos, tan sólo un simple baluarte en defensa de una concepción cerrada y privatista del dominio, sino que tiene una proyección social indudable que, en este caso, puede suponer un elemento importante para determinar una efectiva política de defensa de la inapreciable riqueza forestal.

Dando por supuesto el aspecto primario social del mantenimiento de la masa forestal en general, que compone la defensa del medio ambiente, el Registro de la Propiedad organiza además de modo especial la defensa de los montes vecinales en mano común. Primero, frente al afán absorbente de los órganos administrativos, especialmente los municipales, ya que se trata de dejar a salvo el carácter de comunidades esencialmente privadas; por otro lado, y dentro de esta privacidad, veremos como los asientos garantizan el dominio y regulan el aprovechamiento de estas fincas.

La Ley de Montes de 1957 y su Reglamento de 1962 ya reconocieron la especialidad de estas comunidades vecinales y su regulación se perfiló, aunque incompletamente, en la Compilación de Derecho Civil de Galicia de 1963. Después vinieron varias leyes especiales sobre estos montes, hasta la última, que es la autonómica de 10 de octubre de 1989, que es la que habremos de estudiar con mayor detenimiento, aunque enfocándola solamente bajo el prisma que nos interesa de la protección que puede proporcionar el Registro de la Propiedad a estas propiedades peculiares.

Dicha Ley de 1989 ha sido desarrollada por el Reglamento aprobado por Decreto Autonómico 260/1992, de 4 de septiembre, que consta de 62 artículos, divididos en ocho títulos que se refieren a los conceptos básicos, actos dispositivos sobre estos montes, clasificación de los mismos, órganos de gestión y representación, régimen de los aprovechamientos, deslindes y amojonamientos, registro administrativo e infracciones. Este Decreto no deroga expresamente al anterior Reglamento de 1970, por lo que pueden considerarse vigentes los preceptos de éste que no se opongan a la nueva reglamentación.

II. LA ESPECIALIDAD DE LOS MONTES VECINALES

La modalidad de estos montes se da no sólo en Galicia sino también en otras zonas del norte de España desde tiempo inmemorial y bajo la titula-

ridad de unas comunidades que son sus propietarias (2). La peculiaridad reside en que esa titularidad está ligada al carácter de vecinos de determinados núcleos de población rural como las parroquias, aldeas, lugares, caseríos, barrios u otros similares que no están constituidos formalmente como entidades municipales.

La más reciente definición legal nos la proporciona el artículo 14 de la Ley Autonómica 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, al decir que «son montes vecinales en mano común, y se regirán por su legislación específica, los que, con independencia de su origen, de sus posibilidades productivas, de su aprovechamiento actual y de su vocación agraria, pertenezcan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales, y no como entidades administrativas, y vengan aprovechándose consuetudinariamente en régimen de comunidad sin asignación de cuotas por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos con casa abierta y con humo».

Esa Ley especifica por la que se rigen es la vigente de 10 de octubre de 1989, la cual en su artículo 1.º destaca esas características esenciales de estos montes vecinales. En primer lugar, la pertenencia a agrupaciones de vecinos, consideradas en su aspecto saliente de grupos sociales particulares y no como entidades administrativas y que el aprovechamiento se verifique en régimen de comunidad en mano común, que no admite la asignación de cuotas fijas; tal aprovechamiento se atribuye a los miembros de la comunidad tan sólo en razón de su vecindad efectiva que gráficamente se traduce en la expresión de tener «casa abierta y con humo».

Estos montes son, según el artículo 2.º de la Ley, indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, aunque existen algunas excepciones, como veremos después.

La propiedad de estos montes es de naturaleza privada, según se afirma rotundamente en el artículo 3.º de la Ley, lo que se recalca para evitar toda duda o concomitancia con otras figuras, como pueden ser los bienes comunales regulados por la legislación municipal y que tienen carácter público. Por eso al insistir en que es propiedad privada, se incluye en dicho artículo 3.º de la Ley el expresivo inciso que indica esta cualidad «con independencia de su origen». Con ello se orilla la discusión que pretendía atribuirles distinta naturaleza pública o privada, según su procedencia. Los autores (3) han considerado una triple posibilidad: Para unos son montes

(2) Puede verse la Ley de 26 de marzo de 1990, de aprovechamientos de montes de Cantabria. En Asturias no hay norma legal, pero se rigen por costumbres inmemoriales u ordenanzas.

(3) Ver el trabajo sobre estos montes de JOSÉ LUIS MONTERO DE BURGOS, en la Revista *Montes*, año 1969, pág. 345 y sigs., y el de JUAN LUIS CASTRO SOMOZA, «Los montes en mano común de vecinos de Galicia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1966, págs. 457 y sigs.

asignados a un núcleo de vecinos en régimen de comunidad germánica cuyo origen se remonta al menos a la época de la Reconquista; otros dicen que hay montes que proceden de la desamortización, que fueron adquiridos del Estado por los vecinos o por persona interpuesta que luego se los revendía a estos; por último, puede haber montes de procedencia foral, cuyo dominio útil a favor de los vecinos foratarios se unió al directo al redimirse el foro.

Esta formal declaración de la Ley de que se trata de bienes de carácter privado se hace para evitar los problemas que tradicionalmente se presentaron en la práctica de que muchos de estos montes vecinales fueran inscritos indebidamente en favor de los Ayuntamientos como bienes municipales; éstos, en su afán absorbente y dada la facilidad de inmatricularlos mediante la certificación administrativa de dominio del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, no dudaron en poner bajo su titularidad unas propiedades que en modo alguno les pertenecían.

Y es que en verdad, la legislación hasta ahora ha sido proclive a esta confusión. Así, el artículo 89 de la Compilación de Derecho Civil de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, aun reconociendo la pertenencia de los montes a los vecinos, venía a decir que estaban «vinculados» a los Ayuntamientos respectivos. Esta imprecisión, unida a lo dispuesto en la Ley de Montes de 1957, pudo dar pie a estas inmatriculaciones municipales indebidas. Esta injerencia municipal se mantuvo en la Ley 52/1968, de 27 de julio, reguladora de estos montes vecinales, pero no aparecía en la posterior Ley, ya autonómica, de 11 de noviembre de 1980.

En la actual y vigente que es la Ley 13/1989, de 10 de octubre de 1989, se afirma rotundamente el carácter privado del dominio de estos montes. En su preámbulo se dice que debe partirse del reconocimiento de la naturaleza privada de estas tierras a favor de las comunidades vecinales que habitualmente las venían disfrutando, liberándolas de vínculos que las desnaturalizaban, aunque sin olvidar los preceptos constitucionales referentes a la función social de la propiedad para que tales bienes cumplan las necesidades de la comunidad propietaria, así como al interés general de la sociedad y, en consecuencia, se pueda llevar a cabo un mejor aprovechamiento de los recursos.

Esta directa remisión a la función social de la propiedad, plasmada no sólo en el artículo 33 de la propia Constitución, sino también en diversas leyes vigentes, configura el estatuto actual del dominio del suelo y se ha acogido por la generalidad de la doctrina y queda acogida plenamente en la doble faceta del Registro de la Propiedad que hemos apuntado.

Estos montes cumplen una finalidad social en cuanto componentes de los recursos naturales renovables para la mejora del medio ambiente; pero suponen a la vez un conjunto de medios económicos perfectamente valorables y aprovechables en beneficio de sus propietarios que son los habitantes

de estas comarcas. Hay, pues, un aspecto social y otro privado de no menor importancia, ambos susceptibles de protección y ésta puede y debe ser proporcionada por los asientos registrales.

Aunque también proclama el carácter privado de estos montes, el nuevo Reglamento de 4 de septiembre de 1992 se caracteriza por acentuar una inadecuada intervención administrativa. Por otro lado, su tratamiento del aspecto registral es parco y a veces desenfocado; dada la mayor categoría normativa de la Ley de 1989, mejor orientada en este punto, a ella seguiremos en nuestro estudio de modo principal.

III. LA INSCRIPCION DE ESTOS MONTES

El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio o a los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, según nos dice el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

Tratándose el de los montes vecinales en mano común de un verdadero derecho de dominio de carácter privado sobre fincas, no hay sólo posibilidad de inscribirlo, sino verdadera obligación, tal como lo expresaba el artículo 37 del Reglamento de estos montes vecinales de 26 de febrero de 1970. Este precepto, que hay que considerar vigente, establecía que todos los actos y contratos inscribibles que tengan por objeto un monte vecinal en mano común serán inscritos obligatoriamente en el Registro de la Propiedad.

Es un caso de inscripción obligatoria, aunque declarativa; pero será además constitutiva en el supuesto del derecho de superficie que se imponga sobre estos montes, como veremos.

Estamos por tanto ante unas relaciones jurídicas perfectamente acogibles a la protección registral, pero tienen las señaladas características especiales de corresponder a una comunidad germánica con indeterminación de cuotas entre sus titulares y que no deben ser confundidas con las dimanantes de los bienes públicos municipales. Con estas pautas trataremos de estudiar las peculiaridades que presentan estos montes vecinales, tanto para ingresar en los folios registrales como en las fases sucesivas y diversos derechos y situaciones inscribibles, lo que pasamos a ver.

A) INGRESO EN EL REGISTRO DE LOS MONTES VECINALES

Hemos de distinguir dos posibilidades: Que los montes no hubiesen tenido nunca entrada en el Registro, en cuyo caso se trata de una verdadera

inmatriculación, o que ya estén inscritos aunque de modo inexacto, frecuentemente como bienes municipales, procediendo entonces la corrección del asiento existente.

a) *Inmatriculación*

La Ley Hipotecaria establece en su artículo 7 que la primera inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos que al efecto se señalan en su título VI. El primer artículo de este título es el 199 que contempla como medios generales para la inmatriculación el expediente de dominio, el título público de adquisición mediante ciertos requisitos y complementos contenidos en los artículos 205 de la Ley y 298 de su Reglamento, y el acta de notoriedad incorporada al título de adquisición. Puesto que hablamos de montes vecinales, no es aplicable aquí la certificación administrativa del artículo 206, expedida por entes públicos, porque aquí se trata de propiedades privadas.

Aunque no lo diga la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia y la doctrina reconocen que también tienen valor inmatriculador las resoluciones judiciales firmes en las que se declara la propiedad de bienes inmuebles. Esta posibilidad se recoge de modo expreso en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley de Montes Vecinales de 1989, donde se remite a lo que se disponía al efecto en la anterior Ley de 1980.

Junto a estos medios aplicables en general a todas las fincas, se establece un medio especial para la inmatriculación de los montes vecinales en su Ley vigente y que será el normalmente utilizado en la práctica, tanto por la relativa sencillez e inmediatividad de sus trámites como por su baratura; en efecto, en el artículo 5.c) de la Ley se declara que está exento de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y de Actos Jurídicos Documentados, siendo además gratuitas la primera inscripción del monte como las cancelaciones que se produzcan con este motivo.

Nos estamos refiriendo, claro es, al expediente especial de clasificación de estos terrenos como monte vecinal que se lleva a cabo por los Jurados Provinciales competentes y cuyas resoluciones sirven de título inmatriculador suficiente para la inscripción del monte en el Registro de la Propiedad [art. 13.b)]; en el mismo sentido se expresa el artículo 30.b) del citado Reglamento de 1972, diciendo que la resolución del jurado será título inmatriculador una vez haya adquirido la condición de firme.

Los expedientes de clasificación pueden iniciarse de oficio por el propio Jurado Provincial, o bien a instancia de cualquier vecino, que será lo frecuente; la Ley no dice que este vecino ha de ser interesado, pero es de suponer. Igualmente podrán pedir la iniciación la Consejería de Agricultura,

las comunidades parroquiales o vecinales afectadas y en último caso el Ayuntamiento en cuyo término municipal se encuentre el monte.

Sigue diciendo el artículo 11 de la Ley que cuando se inicie el expediente de clasificación se le dará publicidad oficial, lo que debe interpretarse como publicación de anuncios en boletines oficiales autonómico y provincial; expresamente se ordena la publicación de edictos en los lugares públicos de costumbre y en los asentamientos de la comunidad vecinal interesada. Habrán de ser oídos cuantos resulten interesados, siendo necesaria la notificación en esta fase inicial del procedimiento a las personas que tengan a su favor inscrito algún derecho que se refiera al monte. A juicio de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, Registrador de Barcelona (4), parece que para poderse cumplir este requisito será preciso aportar al expediente una certificación registral, negativa o no, referente al monte a inmatricular (art. 21 del Reglamento de 1992).

Durante el trámite del expediente de clasificación, sea inmatriculador o contradictorio de otro asiento, se puede proceder a la práctica de una anotación preventiva, según el artículo 11.5 de la Ley; a este asiento nos referiremos después.

Las resoluciones que dicte el Jurado Provincial pueden ser objeto de recurso de reposición, previo al contencioso-administrativo. Una vez firmes, atribuyen la propiedad del monte a la comunidad vecinal correspondiente, en tanto no exista sentencia firme en contra, dictada por la jurisdicción ordinaria, y sirven de título inmatriculador para la inscripción del monte en el Registro de la Propiedad; para esto último habrán de contener los requisitos precisos según la legislación hipotecaria y que después veremos.

De este modo y en tal caso, los montes que antes no lo estuvieran, pasan a ser inmatriculados, originando su primera inscripción, lo que supone la apertura del correspondiente folio registral (art. 243 de la Ley Hipotecaria).

b) *Inscripción existiendo asientos contradictorios*

Antes hemos indicado que uno de los problemas frecuentes con que se han encontrado estos montes vecinales consistía en que algunos de ellos aparecían indebidamente inscritos en favor de los Ayuntamientos u otros organismos como montes públicos, dada la facilidad de certificar a los efectos del artículo 206 de la Ley Hipotecaria; incluidos estos montes en los catálogos o inventarios de bienes municipales, la legislación general de montes les compela a esa inscripción totalmente inadecuada.

(4) En nota al artículo 10 de la Ley de Montes Vecinales de 1980, pág. 667 de su libro *Código de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1990.

Para remediar estos supuestos de discordancia entre el Registro y la realidad, la Ley de Montes Vecinales de 1968 acudió a la creación de los Jurados Provinciales, con cierto parecido a los Tribunales para la redención de foros, con facultades suficientes para estudiar los problemas planteados y decidir las soluciones pertinentes y adecuadas.

En el caso de que al pretender la inscripción de las resoluciones firmes de clasificación de un monte vecinal existan asientos contradictorios referentes a estas tierras, lo que era frecuente en los montes de origen foral o desamortizados, ya la Ley citada de 1968, en su Disposición Transitoria, en forma casi revolucionaria daba eficacia por plazo de diez años a dichas resoluciones firmes para rectificar los asientos opuestos del Registro de la Propiedad, salvo que estos se hubieran producido en virtud de sentencia firme dictada en el juicio declaratorio correspondiente. En la Ley de 1980 se redujo el plazo de eficacia rectificatoria a cinco años y en la vigente a un año desde la firmeza de la resolución (Disposición Adicional 1.^a). Naturalmente, la posibilidad de cancelar asientos contradictorios presupone como requisito previo la notificación a sus titulares que ha debido hacerse en la fase inicial del expediente, tal como exige expresamente el artículo 11.2 de la Ley.

De acuerdo con esto, el artículo 13.b) de la Ley vigente de 1989 establece que la resolución firme que atribuye la propiedad a la comunidad vecinal, además de ser título suficiente para inscribir, sirve para resolver sobre las inscripciones total o parcialmente contradictorias que resulten afectadas. Igualmente sirve para excluir el monte del catálogo de los de utilidad pública o del inventario de bienes municipales si figurase en ellos.

Pero una vez transcurrido el plazo de un año de excepcional eficacia cancelatoria de la Disposición Adicional 1.^a, habrá de estarse a la norma general del segundo párrafo del apartado b) del artículo 13 de la Ley, según el cual si la certificación para inmatriculación del monte (sic) estuviese en contradicción con algún asiento no cancelado, se procederá en la forma prevista en la legislación hipotecaria. Y esta última a la que acude, dedica al respecto el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, expresamente citado para este supuesto por el artículo 31 del Reglamento de Montes Vecinales de 1992. El artículo 306 del Reglamento Hipotecario dispone que los registradores suspenderán la inscripción solicitada, extendiéndose anotación preventiva de esta suspensión si la pidiera el interesado y remitiendo copia de los asientos contradictorios a la autoridad que haya firmado las certificaciones, en este caso el Jurado Provincial. Este Jurado, si lo estima conveniente, comunicará al Juez de Primera Instancia competente cuanto acerca de la finca y la comunidad vecinal titular arroje el expediente de clasificación, acompañado de la copia del asiento remitida por el Registrador. El Juez dará vista de estos antecedentes a quienes

puedan tener algún derecho sobre el monte, según dicho asiento contradictorio, y con su audiencia dictará auto declarando o no inscribible el documento de que se trata.

c) *Anotación preventiva de iniciación del expediente*

La regulación legal de esta anotación ha sido y es bastante imprecisa, dando lugar a dudas sobre su naturaleza y efectividad (5). En las Leyes de Montes Vecinales de 1968 y 1980 se estableció que iniciado el expediente de clasificación, ningún terreno afectado por aquél podrá ser objeto de enajenación, división o gravamen hasta que recaiga la oportuna resolución por el jurado, a cuyo efecto se practicará la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad. Y la Ley de Montes Vecinales de 1989 es más imprecisa aún, tanto en lo cronológico como en el contenido del asiento que ordena; así, el artículo 11.5 dice: «al mismo tiempo, el jurado remitirá testimonio de la resolución al Registro de la Propiedad a los efectos de que se proceda a la anotación preventiva de la clasificación del monte». ¿A qué momento se refiere ese «al mismo tiempo»? Parece como si aquí se hablara ya de un monte clasificado y no sólo del momento inicial del expediente; así parece si se relaciona la expresión con el apartado 4 del mismo artículo que ya da el monte por clasificado. Pero la verdad es que no puede tener sentido que se ordene un asiento preventivo o de anuncio cuando se trata de una situación ya terminada y no futura.

Por ello entendemos que la Ley vigente, más imprecisa que las anteriores, no puede querer amparar algo ya firme, sino las consecuencias venideras de la posterior clasificación.

Las anotaciones preventivas, según la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, son asientos que tienden a asegurar ciertos derechos que aunque ya existen, no se hallan en el caso de ser inscritos, bien porque aún no son definitivos o bien porque su verdadera importancia no está aún determinada.

La doctrina registral (6) estudiando los diversos casos en los cuales el artículo 42 de la Ley Hipotecaria concede la posibilidad de practicar estos asientos, distingue entre las anotaciones que suponen simplemente una afectación sobre los bienes en que recaen al provocar un efecto publicitario y

(5) Puede verse la discusión sobre el tema en el Seminario de Derecho Hipotecario de los Registradores de Galicia en el resumen publicado bajo el título «La anotación preventiva del artículo 11 de la Ley de Montes Vecinales», en el *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 84, octubre 1973, pág. 731.

(6) Puede verse en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Madrid, 1994, Tomo II, págs. 1077 y sigs.

aquellas otras que provocan un cierre registral frente a los actos dispositivos sobre la finca, que ya no se podrían realizar en tanto no se cancele y pierda efecto la cancelación.

En todo caso, la publicidad es la función principal que desempeñan las anotaciones preventivas en su misión de manifestar la existencia de una determinada situación especial que afecta a la finca; de esta forma se evita que entre en juego un tercer adquirente que amparado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, adquiera de buena fe esos terrenos que han de clasificarse como montes vecinales durante la tramitación del expediente, lo que haría inútil la resolución posterior. Estas consecuencias deplorables se pueden y deben evitar mediante esa anotación preventiva previa, que imposibilitaría la alegación de la buena fe por los terceros posteriores.

De ahí que consideremos que el momento idóneo para la práctica de esta anotación preventiva debe ser el de la iniciación del expediente, con lo que se asegura registralmente la eficacia de la resolución que posteriormente recaiga.

Así resulta claramente del artículo 23 del Reglamento de Montes Vecinales de 4 de septiembre de 1992, donde se dispone que iniciado el expediente de clasificación, el jurado acordará que sobre el monte de que se trate se practique en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva en la que se haga constar la existencia de la clasificación y que el referido monte pueda resultar afectado por la resolución final del expediente.

Esta anotación no está regulada expresamente en la legislación registral, pero puede incluirse dentro del supuesto genérico del número 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, el cual, como un atípico cajón de sastre, permite obtener anotaciones preventivas en los casos señalados por una Ley, que en este supuesto es la de Montes Vecinales.

¿Cuál es la naturaleza y cuáles son los efectos de esta especial anotación?

Podemos distinguir tres supuestos posibles:

1. Si el monte no está inmatriculado y por tanto no existe hoja registral abierta, sólo cabe, por analogía, acudir a la anotación regulada por el artículo 274 del Reglamento Hipotecario para el caso de la iniciación del expediente de dominio inmatriculador. Se tratará, pues, de una anotación equiparable a este procedimiento judicial. No parece aconsejable considerarla como anotación de suspensión por el defecto subsanable de no aparecer inscrita la finca por la brevedad de su vigencia; ni los sesenta días normales, ni los ciento ochenta de prórroga posible serían suficientes para terminar el expediente de calificación, con lo que la anotación sería inútil. Por eso optamos abiertamente por la anotación del artículo 274 del Reglamento antes dicha; se trata aquí de un asiento previo que avisa la iniciación

de un proceso de inmatriculación y que sólo se extinguirá cuando la clasificación del monte se apruebe, como se establece en el artículo 283 del Reglamento Hipotecario para el análogo expediente judicial de dominio.

2. Si el monte aparece inscrito en favor del Ayuntamiento u otro organismo o bajo la titularidad de distintas personas, habrá que notificar el procedimiento de clasificación a dichos titulares, según dispone el artículo 11.2 de la Ley, en el momento inicial del expediente, para que la resolución pueda afectarles según el último inciso del artículo 13.b) y la Disposición Adicional 1.ª de la Ley. Si en este caso se procede a la anotación preventiva, ésta tiene todas las características y efectos de la anotación de demanda recogida en el número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que previene no sólo a los titulares afectados, sino también a los que adquieran derechos de estos durante el expediente.

3. Por último, teniendo en cuenta que estos montes son, según el artículo 2.º de su Ley, indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, parece que esta anotación podría tener, además y en todo caso, los efectos de producir el cierre registral y cabría conectarla con la anotación de prohibición de enajenar del número 4 del citado artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

De cualquier modo, lo que se pretende y puede conseguirse con la publicidad que el Registro proporciona mediante estas anotaciones es que la situación jurídica existente en el momento de iniciarse el expediente de clasificación se mantenga hasta su finalización, de modo que si en el intervalo se interpone algún tercer adquirente, éste quede afectado y sin posibilidad de alegar ignorancia (art. 32 de la Ley Hipotecaria). La publicidad alcanzaría en este caso a todo lo comprendido en el estatuto especial de clasificar las tierras como monte vecinal y a la vez cerraría el Registro a los actos de disposición, división o gravamen vedados por la Ley.

Prevía la obtención de la certificación registral de dominio y cargas a que se refiere el artículo 21 del Reglamento, el instructor del expediente comunicará su iniciación a los titulares afectados y al Registrador de la Propiedad, interesando la práctica de la anotación preventiva, haciendo constar la existencia del expediente de clasificación y que el terreno referido puede resultar afectado por la resolución final de aquél (art. 23 del Reglamento de Montes Vecinales). Creemos que estas anotaciones están exentas de Impuestos de acuerdo con el artículo 13.c) de la Ley de Montes Vecinales.

En cuanto a la duración de estas anotaciones preventivas, una vez que explicamos la no aplicabilidad del exiguo plazo del artículo 96 de la Ley Hipotecaria, entendemos que en todo caso debe aplicarse el precepto general del artículo 86 de la misma Ley, o sea, el de cuatro años desde su fecha, prorrogables según el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, si el Jurado

Provincial lo dispone así por otro mandamiento al efecto presentado dentro del plazo de vigencia del asiento inicial.

Lo normal es que tal prórroga no sea precisa, si se atiende a que el artículo 11.3 de la Ley presupone que el expediente de clasificación no debe exceder de un año. Pero puede ocurrir que la tramitación se prolongue, sobre todo si hay recursos; entonces no deja de ser útil y aconsejable acudir a la prórroga para mantener la eficacia de la anotación.

B) INSCRIPCIÓN DE DESLINDES Y AMOJONAMIENTOS

El deslinde ha sido siempre una de las manifestaciones más características usadas por la Administración forestal en defensa de los montes públicos. La Ley de Montes y su Reglamento regulan al efecto un procedimiento especial relativamente expeditivo y que termina con la inscripción registral del acta en que se contienen todos sus resultados detalladamente.

El artículo 53 del Reglamento de Montes Vecinales de 1992 se acoge a estas normas diciendo que el deslinde de estos montes se efectuará por la Administración forestal con arreglo a los mismos requisitos y formalidades vigentes para los montes públicos.

El artículo 35 del antiguo Reglamento de Montes Vecinales de 1970 se remitía expresamente, para el deslinde, a lo establecido al efecto en el Reglamento General de Montes de 22 de febrero de 1962. Para el amojonamiento también concedía competencia a la Administración forestal en su artículo 36. Y en el artículo 37 se declaraba obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto del deslinde como del amojonamiento.

La Ley de Montes Vecinales de 1980 atribuyó también, muy escuetamente, a la Administración el cometido de proceder al deslinde y amojonamiento de estos montes, si fuera necesario, en el artículo 14.1.

Y la Ley vigente de 1989 sigue la misma línea, limitándose a señalar que en el expediente de clasificación de estos montes se procederá a su señalización y deslinde, cuya realización se encomienda, de modo gratuito, al competente Órgano Autonómico de Agricultura (arts. 11.4 y 25).

Dada la parquedad de estas últimas normas y la remisión expresa que se hacía en el Reglamento de montes vecinales de 1970, habrá que acudir a la normativa forestal general para ver los trámites precisos para llegar hasta el acta que se inscribe en el Registro, según el artículo 30 del Reglamento Hipotecario.

Partiendo del principio de que a la Administración forestal, en este caso la autonómica, corresponde exclusivamente la competencia para llevar a cabo el deslinde inscribible en el Registro, en las actas se delimitan detalladamente los linderos de la finca, por sus cuatro puntos cardinales, nor-

malmente siguiendo una línea poligonal, con hitos o mojones, desde los cuales se van marcando los rumbos, con grados, señalando la longitud de cada tramo. Requisito previo a estas operaciones es la citación de todos los interesados y especialmente los titulares registrales de fincas colindantes, exigido tanto por la normativa general de montes como por el artículo 11 de la Ley de Montes Vecinales. Y es que, como dice RAMÓN DE LA RICA (7), las actas del deslinde sólo podrán alterar las inscripciones de los titulares que hayan comparecido en el expediente o al menos hayan sido citados personalmente, pues es preciso evitar indefensiones por ignorancia; de otro modo, sería dejar en manos de la Administración la intangibilidad de unos asientos colocados bajo la salvaguardia de los Tribunales por el primer artículo de la Ley Hipotecaria.

Como los trámites del deslinde suelen ser largos y a veces transcurre tiempo suficiente para que los dueños de las fincas afectadas o colindantes puedan realizar transmisiones fraudulentas con el objeto de colocar un adquirente en la posición de tercero protegido inatacable, la legislación de montes previene también aquí un sistema de anotaciones para proteger la efectividad de sus actuaciones. La Administración puede obtener del Registro de la Propiedad que se extienda sobre las fincas afectadas una anotación preventiva, con los mismos efectos que las de demanda, tal como hemos visto en el apartado anterior, para hacer constar la existencia del deslinde que se inicia. Aparte la cancelación del asiento, que es simultánea a la inscripción del acta definitiva del deslinde efectuado, estas anotaciones caducan también a los cuatro años de su fecha, según la regla general del artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

El asiento del deslinde y amojonamiento se verifica por inscripción en el folio de la finca, haciéndose constar las circunstancias generales y especiales del caso, en virtud del acta levantada al efecto, una vez firme en la vía administrativa, mediante testimonio del funcionario o autoridad competentes, produciendo todos los efectos de la publicidad registral.

C) TITULARIDAD

Este dato, que es esencial en todo asiento registral, requiere en nuestro caso un atento estudio, dadas las especialidades que concurren en los montes vecinales.

El artículo 9.4 de la Ley Hipotecaria exige como una de las circunstancias necesarias que han de constar en la inscripción, la persona natural o

(7) En su libro *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Colegio de Registradores, Madrid, 1959, pág. 49.

jurídica a cuyo favor se haga dicho asiento. Y en el artículo 51 de su Reglamento, que lo complementa, se dice que tratándose de personas jurídicas se expresarán su clase, denominación y domicilio, el hecho de su inscripción en el registro correspondiente en su caso y las circunstancias de la persona que por ellas intervenga en el acto o contrato.

Creemos que la Ley de Montes Vecinales, con las especialidades derivadas de la peculiar naturaleza de estas propiedades, responde de modo suficiente a estos requisitos y aclara las cuestiones que puedan suscitarse con respecto a su titularidad. En su artículo 3.º se dice que la propiedad de estos montes es privada y colectiva, correspondiendo la titularidad al conjunto de los vecinos ejercientes de las unidades económicas con casa abierta y residencia habitual en las tradicionales entidades de población. La titularidad se atribuye, por tanto, al conjunto de vecinos como un todo y no como varios individuos; así se recalca tanto en dicho artículo 3.º como en el 1.º A los efectos de obtener sus fines específicos, el artículo 4.º concede a estas comunidades de vecinos la plena capacidad jurídica, que es tanto como poder ser titulares de los derechos inscribibles sobre las fincas del monte.

Se trata de una titularidad colectiva, de una comunidad. A la hora de caracterizar la naturaleza jurídica de esta comunidad, tanto la Ley en sus artículos 1.º y 3.º, como la practica totalidad de la doctrina (8) la califican como comunidad de tipo germánico, al no existir atribución de cuotas respecto a cada uno de los individuos integrantes, de número variable en cada ocasión. Todos los presentes son cotitulares y todos pueden optar a sus aprovechamientos, no en una parte o cupo predeterminado de modo fijo, sino de acuerdo con su número y circunstancias señaladas en las normas estatutarias o la costumbre, según los comuneros que existan en cada momento dado y que reúnan los requisitos necesarios.

No existiendo cuotas entre los comuneros, parece que podría surgir algún inconveniente para inscribir, ya que el artículo 54 del Reglamento Hipotecario exige precisar en las comunidades la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos. Pero esta norma, dada para las comunidades romanas que son las más comunes, no debe suponer dificultad al tratarse de otro tipo especial de copropiedad. Nos basta con acudir a un solo ejemplo de comunidad germánica, de frecuencia cotidiana, como es la adquisición de bienes gananciales, que se inscriben en el Registro para ambos esposos, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal.

(8) Ver el citado trabajo de CASTRO SOMOZA, en la nota 3. Caso aislado en contra, opinando que se trata de una comunidad romana, es la opinión de JOSÉ CÁNDIDO PAZ ARES, en su obra *Régimen de los llamados montes de vecinos de Galicia*, Editorial Galaxia, Vigo, 1966.

Por tanto, en estos montes se practicará la inscripción en favor de la comunidad vecinal de la parroquia, lugar, aldea o caserío de que se trate, sin necesidad de más especificaciones que las determinadas por su propia naturaleza y que se reconocen en su legislación especial.

Para completar la titularidad registral y a los efectos de una mejor e indudable identificación de la comunidad vecinal se pueden añadir los datos de su inclusión en los registros administrativos existentes al efecto en los órganos autonómicos competentes a que se refiere el artículo 26 de la Ley; pero debemos aclarar que este dato no lo consideramos requisito necesario para conceder personalidad a la comunidad, ya que en modo alguno lo dice la Ley. A estos registros administrativos sólo se les atribuye la finalidad de mantener una relación actualizada de los montes y su situación; la plena capacidad para el cumplimiento de sus fines ya les ha sido reconocida de entrada a estas comunidades por el artículo 1.º de la Ley, por su sola existencia, sin ninguna traba o requisito administrativo.

Pueden también consignarse los datos de las personas u órganos que ostenten la representación de la comunidad y que hayan intervenido como tales en el expediente o título que haya originado la inscripción.

D) TÍTULO Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS ASIENTOS

Tratándose de una verdadera propiedad privada, todos los títulos válidos según el ordenamiento jurídico general para producir la constitución, modificación, transmisión o cancelación del dominio y de los derechos reales impuestos sobre el mismo, serán perfectamente aplicables a los actos que recaigan sobre los montes vecinales en mano común.

Acudiendo a la legislación hipotecaria y a la especial de estos montes tendremos una sistemática completa, con la sola peculiaridad de las resoluciones de los Jurados Provinciales a que antes hemos hecho referencia.

Prevía la calificación de los Registradores en cuanto a la legalidad de los actos, competencia de los órganos, capacidad de los otorgantes y formalidades externas de los títulos, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes reglamentarios, los títulos dichos servirán de base para la práctica de los asientos que en cada caso correspondan.

En cuanto a las circunstancias de los asientos, habrá que estar, por un lado, a las normas generales del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento en cuanto sean aplicables y, por otro, a las reglas especiales de la legislación de estos montes.

Tanto la Ley de Montes Vecinales de 1968 y su Reglamento de 1970, como la Ley de 1980, contenían una curiosa remisión diciendo que las certificaciones que expidieran los Jurados Provinciales habrían de contener

los requisitos señalados en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Esta extraña cita quizá estuviera motivada por la entonces indudable concomitancia con los montes públicos reflejada en dichas leyes; como es sabido, el artículo 206 de la Ley Hipotecaria se refiere a las certificaciones del Estado, Ayuntamientos y demás entes públicos, por lo que ahora resultan claramente inaplicables a los montes vecinales, de proclamado carácter privado, pero no dependen de Ayuntamientos ni organismos ni pueden estar incluidos en catálogos o inventarios públicos de que certificar.

Por eso, en el artículo 13 de la Ley vigente de 1989 se suprime la inoportuna alusión, diciéndose simplemente que esos títulos deberán contener los requisitos necesarios para que puedan producir la inscripción en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y su Reglamento. Habrá menos precisión, pero la dicción nos parece más correcta al indicarnos que se debe acudir a las normas registrales adecuadas.

Resumiendo las normas aplicables a estos montes que se contienen en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, habrán de constar en sus asientos:

- Con referencia a la finca, la descripción del monte que permita claramente su identificación, con su naturaleza especial, situación, linderos y extensión superficial, incluyendo las circunstancias que impidan confundir la finca con otras, como el nombre propio, si lo tuviere, y los polígonos y parcelas catastrales si constaren. La medida se expresará por el sistema métrico decimal, sin perjuicio de que también pueda constar la equivalencia en medidas del país. Cuando exista plano identificativo oficial se deberá acompañar copia para su archivo en el Registro.
- Expresar la naturaleza, extensión y condiciones y cargas, si existieran, del dominio o de los derechos que se inscriban, así como el valor si constare.
- Para fijar la titularidad se estará a lo ya dicho, consignando el nombre de la comunidad propietaria, de modo que quede perfectamente identificada con la vecindad y el domicilio de su órgano rector que será a todos los efectos el domicilio de la comunidad. Igualmente constará la persona natural o jurídica de quien procedan los bienes o derechos que deban inscribirse, en su caso.
- Y el título formal que produzca la inscripción, con su fecha, Tribunal, Jurado, Notario o Funcionario que lo autoricen.

Como circunstancias especiales, si éstas constaren en las resoluciones del Jurado Provincial, y según disponía el artículo 7.º del Reglamento de

Montes Vecinales de 1970, se detallarán el estado jurídico-administrativo de estos montes, incluyendo los antecedentes de la propiedad, documentación existente, datos que hayan de los registros, inventarios y archivos, relaciones con el catálogo de montes de utilidad pública, situación de hecho, posición de la Administración municipal y de la comunidad propietaria y conclusiones previas sobre propiedad, acordes con la Ley Especial de Montes Vecinales. El Reglamento de 1992 no se refiere a estos extremos.

E) LOS ESTATUTOS Y SU PUBLICIDAD

Todas las comunidades suelen tener unas normas reguladoras de su funcionamiento, unas veces orales y de origen tradicional, y otras veces ya reflejadas en verdaderos y detallados reglamentos escritos.

La Ley de Montes Vecinales de 1968 y su Reglamento establecieron que el disfrute y aprovechamiento de estos montes se acomodará a las normas que se hallasen vigentes y en todo a lo que viniese siendo costumbre en cada grupo vecinal, mientras se redactase la oportuna ordenanza.

La Ley de 1980, imponiendo ya unos estatutos escritos, regulaba detalladamente el procedimiento para su redacción, estableciendo que debían formalizarse ante el órgano más inmediato de la justicia municipal.

Y la Ley vigente de 1989 dispone en su artículo 16 que la comunidad de vecinos propietaria redactará y aprobará los estatutos que, siendo la norma reguladora de su funcionamiento, habrán de recoger los usos y costumbres por los que se regirá la comunidad, así como las precisiones de la Ley, señalándose como mínimo, los extremos siguientes:

- la atribución de la condición de comunero;
- la representación por casa y la delegación entre comuneros;
- la manera de ejercitar los derechos de la comunidad;
- las obligaciones de los comuneros en cuanto a custodia, defensa y conservación del monte;
- órganos de gobierno y administración;
- reservas para inversiones y mejoras,
- y criterios a los que han de adecuarse los diversos aprovechamientos.

Como se ve, una auténtica gama de derechos y obligaciones que recaen directamente sobre la propiedad y los aprovechamientos del monte y que afectan tanto a los interesados titulares como a terceros, por lo que requieren la debida publicidad por su propia naturaleza.

¿Cómo ha afrontado la normativa especial esta cuestión de la publicidad? La Ley de Montes Vecinales de 1980 se limitaba a decir que los

estatutos y sus modificaciones producirán efectos a partir de su recepción en la Delegación Provincial de Agricultura «donde quedarán en registro público». La Ley actual de 1989, en su artículo 16.2 les concede efectos desde el día siguiente a su aprobación por la comunidad; y se sigue diciendo que se remitirá una copia, únicamente «a efectos de conocimiento» al Registro General de Montes Vecinales en Mano Común.

Vemos por tanto que este tema de la publicidad y efectividad de los estatutos ha recibido un tratamiento simplemente administrativo, ajeno a la naturaleza privada de los montes, por lo que no ha sido enfocada debidamente. Debe tenerse en cuenta que lo realmente interesante es la seguridad jurídica y que ésta encuentra únicamente un apoyo efectivo en la publicidad que le proporciona el Registro de la Propiedad.

Entendemos que la institución adecuada para que los derechos y deberes de los comuneros de los montes vecinales, entre sí y respecto de terceros, reciban una garantía de efectiva cognoscibilidad general, es el folio registral de la finca, donde tienen perfecta entrada los estatutos, como ocurre con las normas de las comunidades de casas en propiedad horizontal o en las comunidades de aguas privadas.

El artículo 8.4.º de la Ley Hipotecaria dispone que se incluirán en la inscripción las reglas contenidas en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de la propiedad horizontal; y en su Ley de 21 de julio de 1960 se establece en el artículo 5.3.º que estos estatutos no perjudicarán a terceros si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Y en cuanto a las comunidades de aguas privadas, el artículo 66 del Reglamento Hipotecario dispone que se inscribirán en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar las normas o principios básicos de organización y régimen y los pactos que modifiquen el contenido o ejercicio de los derechos reales a que la inscripción se refiere. En la práctica jurídica, estas normas de las comunidades de pisos y las de aguas se inscriben a diario, y a la certeza y publicidad de los asientos del Registro se acude continuamente con efectos positivos.

La aplicabilidad de estas normas tendrían perfecto encaje para los montes vecinales en cuanto que se trata de comunidades de carácter privado, y las reglas que ordenan su uso y aprovechamiento deben tener la mayor publicidad para su mejor aplicación en defensa del bien común y la seguridad de todos.

El simple archivo o registro administrativo tiene finalidades muy distintas que normalmente suelen ser bastante ajenas a la seguridad jurídica. La propia Ley de Montes Vecinales, al anunciar en su artículo 26 la futura creación de ese Registro, que ya califica de especial, le asigna la única finalidad de mantener una relación actualizada de los montes y su situación; se trata sólo de un simple control más bien numérico de la existencia de las

comunidades; a la vez, se puede consignar si tienen o no estatutos, pero ni entran en su contenido ni garantizan la legalidad y efectividad de sus reglas.

Así, si tal registro administrativo que aún no existe, cuando empiece a funcionar, no ha de dotar de publicidad y eficacia a estos estatutos, hay que reconocer que se produce un lamentable vacío legal, tanto más sensible cuanto más importante es la materia a asegurar.

Concluimos insistiendo en que la publicidad adecuada para los montes vecinales y sus estatutos es la que puede proporcionar el Registro de la Propiedad, en el cual deben inscribirse tales reglas, lo mismo que se hace en la propiedad horizontal o las comunidades de aguas.

IV. OTROS ACTOS INSCRIBIBLES SOBRE MONTES VECINALES

Si nos atuviésemos tan sólo a una primera lectura del texto literal del artículo 2.º de la Ley, según el cual los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, habría que concluir que no cabe otro asiento sobre ellos que el de su inmatriculación.

Sin embargo, de otros preceptos de la propia Ley se deduce que caben sobre ellos algunos actos inscribibles como permutas, cesiones, servidumbres, expropiaciones y derechos de superficie. Vamos a contemplarlos, solamente bajo esta perspectiva registral.

A) CESIÓN

Los montes vecinales podrán, por excepción, enajenarse mediante cesión temporal, total o parcialmente, para obras, instalaciones, explotaciones o servicios que redunden en beneficio directo de la comunidad de vecinos, según el artículo 5.º de la Ley. Para ello se tomará el acuerdo con el quorum del artículo 18, que exige el voto favorable de la mayoría de los presentes cuando represente al menos el 50 por 100 del censo de comuneros, en primera convocatoria, y el 30 por 100 en la segunda. La exigencia de que exista una contraprestación en forma de beneficio para la comunidad parece compaginarse mal con la posibilidad del supuesto título gratuito que se contempla en dicho artículo. La cesión puede ser por tiempo indefinido en favor de las Administraciones públicas cuando se destine a equipamientos favorables a la comunidad y en tanto se mantenga el fin para el que se haga la cesión.

Tomado el acuerdo de cesión por la mayoría necesaria en la reunión de la Asamblea General convocada al efecto por el Presidente de la Junta

Rectora, debidamente autorizado, se otorgará con la otra parte la escritura o documento auténtico que sea título bastante, según el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, para que pueda inscribirse el acto de cesión con todas sus circunstancias en el Registro de la Propiedad.

B) EXPROPIACIÓN Y SERVIDUMBRES

Según el artículo 6.º de la Ley, los montes vecinales sólo podrán ser objeto de expropiación forzosa o imponérseles servidumbres por causa de utilidad pública o interés social prevalentes a los de estos propios montes.

Habrà que estar a las normas generales de la expropiación forzosa en cuanto a los requisitos, trámites, titulación e inscripción de estos actos, que no presentarán otras especialidades que las señaladas en los números 2 y 3 del propio artículo 6.º En el primero de estos números se señala el destino de las cantidades abonadas y en el segundo se dicta una norma de especial pervivencia que entendemos debe constar en la correspondiente inscripción registral de la expropiación, para dejar a salvo los posibles efectos posteriores. Así, se dice en el citado artículo 6.3 que si como consecuencia de la expropiación quedase todo el monte fuera de la titularidad dominical de la comunidad, ésta subsistirá para el ejercicio de los derechos a que haya lugar y como titular del eventual derecho de reversión.

En cuanto a las servidumbres legales que se puedan imponer sobre estos montes vecinales, su constitución e inscripción se llevarán a cabo de acuerdo con la legislación civil e hipotecaria comunes, sin especialidades. La prevalencia de las fincas dominantes sobre los montes vendrá determinada precisamente por esas normas comunes.

C) DERECHO DE SUPERFICIE

Se contempla la posible constitución de este derecho sobre los montes vecinales en el artículo 7.º de la Ley, en todo de acuerdo con la normativa general, a la que se remite de modo expreso, exigiéndose también la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Aunque la Ley actual no lo diga expresamente, como se hacía en el artículo 3.4.º de la Ley de 1980, se puede afirmar que se da a esta inscripción el carácter de constitutiva por remisión a los artículos 282.2 de la Ley del Suelo y 16 del Reglamento Hipotecario, que como tal la configuran. Para contrarrestar la presunción de que lo edificado cede al suelo y al no haber posesión aparente del constructor, la Ley impone la inscripción que atribuye sin ninguna duda la edificación o plantación al superficiario y no al dueño del

suelo; la inscripción constitutiva está justificada. En los montes vecinales rige el mismo principio.

Las variaciones respecto a la normativa general se limitan únicamente a lo relativo a los plazos de caducidad de este derecho. Cuando la superficie se concede con destino a instalaciones o edificaciones sobre los montes vecinales, el plazo máximo de duración es de treinta años, reduciéndose a diez años cuando la superficie está destinada a cultivos agrícolas y a un turno de la especie forestal plantada cuando se trate de un aprovechamiento para corte.

Como es sabido, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario permite la duración de este derecho hasta cincuenta años, y la Ley del Suelo, en su artículo 289.2, prolonga la duración para la superficie convenida entre particulares hasta noventa y nueve años. Para estos montes no caben tales plazos, pues habrá de estarse a la norma especial del artículo 7.º antes citado; transcurridos sus plazos a los más breves acordados en el título constitutivo que constarán en la inscripción, pasará a la comunidad vecinal todo lo instalado, edificado o plantado, sin ninguna indemnización al superficiario.

D) PERMUTAS

Se permite el cambio de terrenos integrantes de los montes vecinales con otros limítrofes de valor similar cuando lo aconsejen razones de utilidad o interés social de las comunidades de vecinos, que serán apreciadas por ellas mismas en la Asamblea General con el quorum previsto en el artículo 18 de la Ley. A estos requisitos añade el artículo 8 el de dar cuenta al Jurado Provincial, con lo cual se procederá al otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción registral. En el asiento de la finca o fincas que, por agrupación o agregación, ingresen bajo la titularidad de la comunidad habrá de figurar, como es natural, la adscripción a dichos montes vecinales, con sujeción a su especial régimen jurídico. Así lo pide el principio de subrogación real.

E) GRAVÁMENES

Otra excepción, ésta más llamativa al principio de inalienabilidad de los montes vecinales, es la posibilidad de sujetarlos a gravámenes de carácter real que permite el artículo 21.3 de la Ley.

De conformidad con lo que disponía la Ley de 1968, el Reglamento de Montes Vecinales de 1970 dice en su artículo 41 que los aprovechamientos

de estos montes se podrán gravar con hipoteca, en cuyo caso la ejecución solamente podrá dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado.

En la Ley de 1980 no se mencionaba esta posibilidad de establecer gravámenes. Pero la vigente de 1989 vuelve a concederla, aunque sin atreverse a hablar claramente de la hipoteca. El citado artículo 21.3 establece que los aprovechamientos, no las fincas, podrán ser objeto de «gravamen», sin especificar cual, pero repite, eso sí, la limitación de que la ejecución sólo podrá hacerse efectiva contra esos aprovechamientos o las rentas derivadas de su cesión.

Dado el principio general de la inembargabilidad de estos montes, entendemos que en los juicios ejecutivos contra las comunidades titulares sólo podrán admitirse los embargos contra los aprovechamientos y únicamente podrán practicarse las correspondientes anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad cuando en el mandamiento conste que la futura ejecución se limitará a las rentas o aprovechamientos, debiendo negarse su práctica si se pretende embargar la finca en sí.

En cuanto a las hipotecas, la norma general del artículo 106 de la Ley Hipotecaria es que sólo se puede imponer este gravamen sobre fincas enajenables, y los montes vecinales no lo son; la hipoteca entraña una posible enajenación futura y por ello no cabe hipotecar bienes inalienables.

Si buscamos entre los casos de hipotecabilidad especial o con limitaciones del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, podríamos encontrar una posibilidad en su número 5.º, dentro de una interpretación amplia de los derechos de «pastos... leñas y otros semejantes de naturaleza real»; aunque la verdad, encontramos un tanto endeble esa posibilidad, quizá podría entrar con la limitación de sólo hacer efectiva la ejecución sobre los aprovechamientos de los montes a que se refiere el artículo 21.3 de la Ley especial.

Quizá ofrezca menos dudas la Ley de Prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, la cual en sus artículos 52 a 54 permite la constitución de esta especial prenda por los titulares de explotaciones agrícolas y forestales sobre los frutos pendientes o separados de dichas explotaciones, así como sobre las cosechas esperadas de las fincas.

Tanto si se opta por la primera solución de la hipoteca, sólo ejecutable sobre los aprovechamientos como derechos reales especiales, como si se acepta la segunda del gravamen pignoraticio sin desplazamiento, rige siempre el principio de la inalienabilidad de los montes en sí mismos. Sólo se pueden hipotecar o pignorar los aprovechamientos, y para ello se han de cumplir los requisitos antes dichos de convocatoria y acuerdo de la Asamblea General, otorgamiento de la escritura e inscripción, en este caso constitutiva, para que en el Registro nazca y se publique el gravamen de que se trate.

V. EFECTOS PROTECTORES DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Según el artículo 13.a) de la Ley de Montes Vecinales, la resolución firme de clasificación como tal de un terreno, una vez inscrita en el Registro de la Propiedad produce el efecto de atribuir su propiedad a la comunidad vecinal correspondiente, en tanto no exista sentencia firme en contra dictada por la jurisdicción ordinaria.

La coincidencia con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria es evidente, pues según este precepto, a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. Y el artículo 1.3.º de la propia Ley coloca a los asientos registrales bajo la salvaguardia de los Tribunales, mientras no se declare su inexactitud.

No pretendemos resumir en pocas líneas toda la teoría de la publicidad registral. Es conocida de todos y se concreta en el llamado principio hipotecario de legitimación (9).

Tanto las leyes como la doctrina regulan y han aceptado, respectivamente, la consideración de que la seguridad jurídica y la protección del tráfico es la gran finalidad que se obtiene con la publicidad registral. Según la opinión común de los autores, el Registro de la Propiedad es el único medio verdaderamente eficaz para acreditar la existencia del derecho y lo hace realmente público y seguro.

Por eso hemos detallado en los apartados anteriores los efectos sustantivos que se producen al inscribir las situaciones jurídicas de los montes vecinales en mano común como propiedades privadas perfectamente delimitadas y distintas de los montes públicos, como comunidades especiales bajo una titularidad colectiva no repartida en cuotas, con uso y aprovechamientos normados y bajo las cualidades de propiedad inalienable, indivisible e inembargable. La constancia registral de las características que configuran estos montes sirve de base al estatuto especial de esta propiedad, poniéndola a cubierto frente a todos, sean entes públicos o particulares.

Aquí radica la protección registral de los montes vecinales, en su sistema de publicidad.

No admitimos que se puedan conseguir los mismos fines mediante registros o archivos administrativos especiales, aunque en ellos se pretenda recoger todo lo relativo a estas comunidades. No es lo mismo la publicación que la publicidad: Si bien la publicación, al igual que la publicidad, lleva consigo una exteriorización, a diferencia de ésta, la publicación sólo da

(9) Pueden verse los tratados de Derecho Hipotecario, entre ellos el de ROCA, GARCÍA GARCÍA y JOSÉ MARÍA CHICO. En este último, ver su libro *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid, 1994, tomo II, pág. 245 y sigs.

lugar a un conocimiento, pero no origina ningún efecto sustancial como el de la protección jurídica que es el fundamental. El archivo administrativo manifiesta, pero no defiende; el Registro de la Propiedad, en cambio, además de publicar, coloca al titular en una envidiable posición de firmeza que le permite defenderse en cuanto le atribuye la presunción de la existencia efectiva del derecho y unos medios de defensa eficaces que se concretan en las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y además en el procedimiento expeditivo del artículo 41 de la misma Ley.

La Ley actual de Montes Vecinales anuncia la creación de uno de esos registros administrativos especiales, pero no deja de reconocer en sus artículos 16 y 26 que no producirá otros efectos que el de procurar un conocimiento o relación de las comunidades. Se tratará, en todo caso, de una simple noticia, o lo más, de un control administrativo, por cierto, no muy explicable cuando se ha proclamado a todos los vientos que estos montes son privados.

Volvamos, pues, a los efectos que puede proporcionar la protección registral a estos montes vecinales y que se concretan, esquemáticamente, en los siguientes puntos:

1.º Atribuye su dominio a las comunidades vecinales, corrigiendo las indebidas atribuciones a los Ayuntamientos y dando base para excluirlos del catálogo de montes de utilidad pública o del inventario de bienes municipales, si figurasen en ellos (art. 13 de la Ley de Montes Vecinales).

2.º Se presume la existencia y exactitud de los asientos registrales bajo la salvaguardia de los Tribunales (arts. 1.3.ª y 38.1.º de la Ley Hipotecaria).

3.º Presunción de que las comunidades vecinales que tengan inscrito el dominio tienen también la posesión de los montes correspondientes (art. 38.1.º de la Ley Hipotecaria).

4.º La titularidad registral atribuye a las comunidades vecinales el poder de disfrute y administración de los bienes. También el de disposición, pero en los casos y con las limitaciones especiales antes señaladas para las cesiones, permutas, gravámenes y derechos de superficie.

5.º Posibilidad del ejercicio de acciones reales en defensa de los montes, pudiendo utilizar, además de los medios ordinarios, el procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que es prácticamente ejecutivo y basado tan sólo en la certificación registral que acredite la vigencia sin contradicción del asiento correspondiente.

6.º Posición defensiva privilegiada en cuanto que la comunidad demandada está exenta de la carga de la prueba en cuanto se derive de su asiento registral.

7.º Posibilidad de rechazar todo embargo o procedimiento ejecutivo que se pretenda contra los montes, por ser éstos inembargables (art. 6.1 de

la Ley de Montes Vecinales). Para eso le bastará con acreditar su titularidad especial con la certificación registral correspondiente (art. 38.3 de la Ley Hipotecaria).

8.º Posibilidad de acogerse a las reglas existentes para los deslindes y amojonamientos de montes públicos (aplicables a los vecinales según los arts. 11 y 25 de la Ley de Montes Vecinales y 35 del Reglamento de 1970). Con ello también se da una protección registral, al reflejarse en la inscripción del deslinde una delimitación clara que permite su mejor defensa contra intromisiones de colindantes.

En cambio, no nos parecen aplicables a los montes vecinales las limitaciones establecidas en los artículos 11 de la Ley General de Montes de 1957, y 77 de su Reglamento de 1962, referentes a las inmatriculaciones de fincas colindantes con montes públicos, para las que se exige certificación de que no están incluidas en el catálogo, o en su caso, necesidad de comunicación del Registrador a la Administración forestal al efecto de la defensa de la masa forestal pública. Las comunidades de vecinos viven sobre el terreno, y por ello al advertir cualquier intromisión, puede utilizar sus medios de defensa antes anunciados para proteger su propiedad privada.

VI. CONCLUSION

La protección de los montes, como dijimos al principio, es tema de acuciante actualidad por sus implicaciones en el mantenimiento del equilibrio ecológico y su importancia económica y social.

En el caso de los montes vecinales en mano común, además de su arraigo tradicional, concurre el motivo especial para procurar su defensa de que es una de las formas de propiedad privada comunitaria que ha conseguido salvarse del proceso desamortizador y de las tendencias absorbentes de los municipios.

Las diversas leyes especiales trataron, con mayor o menor acierto, de rescatar estas propiedades en favor de sus verdaderos propietarios que son las comunidades de vecinos.

Y lo que ahora queremos resaltar es que el Registro de la Propiedad, que se ha mostrado siempre como instrumento eficaz en la defensa de la riqueza forestal, puede brindar y ofrecer unos medios de protección eficaces y adecuados para estos montes.

Si con nuestro modesto trabajo hemos facilitado su conocimiento y la posibilidad de aplicarlos, nos daríamos por satisfechos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales

SUMARIO: I. PERSPECTIVA HISTORICA: LAS CAPITULACIONES EN EL DERECHO COMUN ESPAÑOL.—II. DERECHO VIGENTE: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL CODIGO CIVIL: 1. PRECEPTOS DEL CÓDIGO SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES: A) *Artículo 1.325* B) *Artículo 1.338*. C) *Artículo 1.341.2*. D) *Artículos 826 y 827 Promesa de mejorar y mejora*. E) *Artículo 831. Delegación de la facultad de mejorar* F) *El significado del inciso final del artículo 1.325*.—2. CONCLUSIÓN SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES.—III. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES: 1. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y CONTRATO MATRIMONIAL. 2. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS CAPITULACIONES. 3. ¿CONEXIÓN ENTRE CONVENCIONES MATRIMONIALES? 4. LA RELACIÓN ENTRE CAPITULACIONES Y MATRIMONIO: A) *La no celebración del matrimonio*. B) NULIDAD DEL MATRIMONIO. C) SEPARACIÓN Y DIVORCIO. D) PACTOS CAPITULARES ATÍPICOS Y MATRIMONIO.

I. PERSPECTIVA HISTORICA: LAS CAPITULACIONES EN EL DERECHO COMUN ESPAÑOL

La dificultad de definir las capitulaciones matrimoniales deriva del hecho de que en cada momento histórico, también de nuestra historia reciente, han tenido un contenido y desempeñado funciones diferentes, hasta el punto de que a primera vista parece que la única característica estable es que se trata de pactos con ocasión del matrimonio, es decir, celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges en su calidad de tales.

Nada tienen que ver las actuales capitulaciones con los pactos que antes de la publicación del Código Civil se concertaban en nuestro país a propósito de la celebración del matrimonio, pues aunque es dudosa la posibilidad de regulación contractual del régimen económico matrimonial (1), lo que

(1) La Ley 24 del Título XI de la Partida IV contempla la hipótesis del matrimonio que habiendo establecido pactos respecto del destino de las donaciones o las arras o

parece claro es que en la práctica no se conoció. Pero si fueron frecuentes los pactos previos al matrimonio relativos a la restitución de la dote, donaciones *propter nuptias* o aquellos cuyo único objetivo era hacer un inventario y descripción de los bienes aportados por marido y mujer, materias éstas en las que la vigencia del principio de libre estipulación no ofrecía dudas ni para la doctrina ni para el Tribunal Supremo, quien en Sentencia de 26 de junio de 1889 declaró que lo pactado por los cónyuges al contraer matrimonio, en cuanto no se oponga a las leyes generales, es lo que en primer término debe guardarse como ley particular en todo lo relativo a los bienes aportados al matrimonio.

La lectura de los preceptos que el Proyecto del 51 dedica al contrato de matrimonio es indicativa de la evolución que se estaba produciendo en cuanto a su contenido: por una parte, con indiscutida inspiración en el Código de Napoleón, consagra de modo expreso —en los arts. 1.235 y 1.236, con los que se inicia la disciplina de la figura— la posibilidad de que los contrayentes excluyan mediante pacto las normas de la sociedad legal; por otra parte, hay una serie de preceptos que muestran que lo esencial de las capitulaciones es dejar constancia de los bienes que al matrimonio aporta cada uno de los esposos, que es lo que en definitiva venía ocurriendo en los territorios sometidos al Derecho común. De manera que, todavía en el Proyecto, no es la finalidad estatutaria o de reglamentación la primordial de los capítulos. El propio GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1.243 (2) afirma que «El objeto y ventajas de la escritura de capitulaciones consisten principalmente en hacer constar lo que cada uno de los esposos lleva al matrimonio».

Esta norma, que no estaba tomada del *Code* y que más bien la explica nuestro anterior derecho, no se mantuvo en el Código, en el que, definitivamente, se consolidan las capitulaciones matrimoniales como aquél negocio jurídico dirigido a establecer el régimen económico del matrimonio, antes de la celebración de éste. Su naturaleza contractual es patente, no sólo

respecto de la manera en que han de repartirse las ganancias, se traslada a un territorio en el que no existe tal costumbre, disponiendo que, pese a ello, se atenderán a lo convenido. Según LACRUZ BERDEJO, aunque esa norma no está destinada a autorizar la regulación del régimen matrimonial por los contrayentes, da por supuesta tal posibilidad, con lo cual la consagra legalmente. Distinta parece ser la opinión de autores como FALCÓN y MOUTÓN Y OCAMPO.

(2) «La escritura de capitulaciones matrimoniales deberá contener:

1.º El inventario o descripción de los bienes que aportaren el marido y la mujer, con expresión del valor, á lo menos de los muebles.

2.º Nota espresiva de las deudas de cada contrayente.

La falta de estos requisitos no produce nulidad, pero incurrirá en la multa de veinte y cinco á cien duros el escribano que autorice la escritura, si no previniere á las partes lo dispuesto en este artículo é hiciere constar en la escritura esta advertencia.»

por la ubicación dentro del Código (en el Libro IV, sobre obligaciones y contratos y no en el Libro I, en el que se contiene la disciplina del matrimonio), sino incluso por la denominación que adopta el legislador, que las regula bajo la rúbrica de «*contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio*» Pero se trata de un contrato peculiar, por cuanto que, realmente, su finalidad no es crear obligaciones entre las partes, sino adoptar el estatuto patrimonial del matrimonio. Por eso se le califica de contrato normativo.

Pero se observa que en ocasiones, no obstante, las capitulaciones no participan en absoluto de los caracteres de los contratos, limitándose a ser el instrumento en que se recogen las aportaciones de los bienes. Hay, además, una serie de pactos que sin estar dirigidos propiamente a organizar los aspectos patrimoniales del matrimonio, han de constar necesariamente en el *instrumentum* capitular: son la donación de bienes futuros para el caso de muerte que permitía el artículo 1.331 Código Civil, la promesa de mejorar (art. 826) y la concesión al viudo de la facultad de distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes (art. 831). Respecto de otra serie de actos existe la posibilidad, legalmente reconocida, de que se realicen en capitulaciones; son la mejora, que en tal caso será irrevocable (art. 827) y las donaciones por razón de matrimonio. Es indiscutible, finalmente, que la escritura de capitulaciones puede recoger cualquier acto de los que pueden o deben constar en documento público. Y no termina con ello, según se reitera en los tratados de la época, la enumeración de actos susceptibles de introducirse en capitulaciones matrimoniales, dado que también se admiten como contenido de las mismas los pactos entre cónyuges relativos a relaciones y derechos personales y familiares.

De todos los pactos anteriores, sólo los realizados *causa matrimonii* entraban, según LACRUZ BERDEJO, dentro del concepto legal de capitulaciones matrimoniales. Eran también requisitos de éstas, a juicio del mismo autor, el tratarse de un contrato relativo a bienes y la necesidad de que ambos cónyuges concutiesen a su otorgamiento. Tales caracteres se apreciaban en el inventario de las aportaciones de los esposos, en las donaciones *propter nuptias*, en la dote, en las promesas de mejorar y no mejorar, en la mejora hecha en capítulos y, por supuesto, en lo que él llama estipulaciones estatutarias, que constituyen el reglamento de la futura situación patrimonial de los cónyuges. La única utilidad derivada de la agrupación de todos los actos anteriores bajo una única figura, la de capitulación matrimonial, es que a todos ellos y sólo a ellos les era aplicable lo entonces preceptuado en el artículo 1.319 CC, que exigía para la validez de cualquier alteración de las capitulaciones que se hiciera antes de la celebración del matrimonio y con la asistencia y concurso de las personas que en ellas intervinieron como otorgantes. Fuera de esta norma, los artículos 1.315 a 1.326 CC no

regían para todo el contenido de las capitulaciones. El aspecto de mayor interés práctico era, en consecuencia, acotar el campo de aplicación de la normativa específica que el Código dedicaba al contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio. Para designar las estipulaciones sometidas a ese régimen jurídico hablaba de *estipulación capitular*, concluyendo que sólo son tales las determinaciones sobre el régimen matrimonial. Las donaciones *propter nuptias* mantienen, pero eso es distinto, una relación de interdependencia con las estipulaciones capitulares, pues se presume que los padres o parientes donaron o dotaron en vista de una concreta regulación económica de la sociedad conyugal, lo cual explica el sometimiento de las mismas al artículo 1.319 en el caso de haberse hecho en capítulos, lo que no es imprescindible.

Con el transcurso de los años, se instaura definitivamente en nuestro Derecho la idea, introducida en él un poco artificialmente por influencia francesa, de que el contenido primordial y característico de las capitulaciones es fijar el funcionamiento económico del matrimonio proyectado, sin olvidar que el Código considera de modo expreso como contenido de las capitulaciones los pactos sucesorios y las donaciones por razón de matrimonio, a los que la doctrina añade cualquier negocio jurídico que pueda formalizarse en escritura pública (se reitera como ejemplo el reconocimiento de un hijo natural) y, lo que resulta más llamativo, pactos sobre relaciones y derechos personales y familiares.

Respecto de estos últimos, autores como MOUTON y OCAMPO, MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA mencionan, al tratar de los pactos prohibidos, los que priven de la patria potestad al progenitor al que legalmente corresponda o los que priven a la mujer de colaborar en la educación de los hijos o de las atribuciones que por ley le correspondiesen en caso de ausencia, prodigalidad, incapacidad o interdicción de su marido, o del derecho de pedir la separación o entablar el divorcio, así como los que eximiesen a cualquiera de los esposos del cumplimiento de los deberes de cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio. PUIG PEÑA, por su parte, afirma que en virtud del principio de autonomía de la voluntad que late en las capitulaciones matrimoniales, pueden las partes establecer en ellas, no sólo las cláusulas y condiciones que estimen convenientes, sino disciplinar sectores ajenos a la vida económica del matrimonio. Y LACRUZ añade que cuando estos pactos sean admisibles, no serán estipulaciones capitulares y que, por tanto, no estarán sujetos a las normas que regulan los capítulos. Ni siquiera precisan, según él, la forma de instrumento público ni la precedencia del matrimonio.

En general, el trabajo de LACRUZ aclaró muchas cosas respecto del concepto y contenido de las capitulaciones matrimoniales en el Código español y parece haber influido en reformas posteriores, aunque escasamen-

te en la llevada a cabo por la Ley 14/1975 de 2 de mayo (3), que ni alteró la estructura del Título III del Libro IV del Código, ni el concepto legal de capitulaciones, persiguiendo en relación a esta materia un fundamental y único objetivo: el de permitir las capitulaciones postnupciales.

Nuestro Código, acogiendo el sistema del francés, había consagrado el principio de autonomía de la voluntad en el contrato matrimonial, si bien, al igual que éste, permitía a los esposos eludir el sistema legal sólo si así lo acordaban antes de la celebración del matrimonio (4). Esta solución nunca fue pacífica, ni en un ordenamiento ni en otro. Los argumentos tradicionalmente esgrimidos en favor de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial eran la garantía del libre consentimiento de los interesados y la del conocimiento del contrato matrimonial por los terceros. Frente a ellos se aducía que los mismos mecanismos legales que velan por la libertad del consentimiento en los contratos en general eran suficientes en este caso, sin que la comunidad de vida que supone el matrimonio implique necesariamente un mayor riesgo en ese sentido o, al menos, un riesgo que no pudiese ser paliado sin necesidad de restringir, con graves consecuencias, la autonomía de la voluntad de los esposos. En cuanto al perjuicio que del cambio de régimen económico se puede derivar para los terceros, es claro que puede ser evitado mediante un adecuado sistema de publicidad.

En base a tales consideraciones, que ya habían motivado una reforma legislativa en otros países, y en base también a la favorable experiencia que proporcionaban los territorios forales permisivos de las capitulaciones postnupciales, se decidió nuestro legislador, tal y como demuestra la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, a permitirla, lo que se ha afirmado que representa uno de los más importantes giros en nuestro Derecho Civil desde la publicación del Código.

(3) Las matizaciones de LACRUZ respecto de la interdependencia de algunas disposiciones incluidas en capítulos y el régimen económico acordado para el matrimonio determinaron probablemente la nueva redacción dada por esta ley al art. 1.319. Parte éste, según explica la propia Exposición de Motivos, de la distinción, dentro de las capitulaciones matrimoniales, de un lado, de los pactos mediante los que los contrayentes acuerdan el régimen económico y, de otro, de las disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos en favor de aquéllas. Sólo si la modificación de las capitulaciones afectase a tales derechos, será necesario para llevarla a cabo el concurso de esas otras personas.

(4) El art. 1.315, en su redacción originaria, decía así: «*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*»

La nueva regla recogida en el artículo 1.315 trajo consigo la necesidad de reformar otros preceptos, como el 1.319, 1.320 y 1.321, que reiteraban de manera más o menos directa la prohibición de capitular después del matrimonio. De otro lado, para salvar los inconvenientes del nuevo sistema, se modifica el artículo 1.322, el cual, aparte de perfeccionar los medios de publicidad de los contratos matrimoniales, introduce una nueva limitación a la libertad de capitular, al disponer en su párrafo tercero que *«las modificaciones del régimen matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»*. Finalmente, también en materia de límites, encontramos otra novedad, basada ahora en el principio de igualdad de los cónyuges, en el artículo 1.316, pues si antes éste prohibía a los otorgantes las estipulaciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, o depresivas de la autoridad que respectivamente correspondiese en la familia a los cónyuges, ahora les prohíbe las estipulaciones contrarias a las leyes, a las buenas costumbres o a los fines del matrimonio.

Esta alusión a los fines del matrimonio fue objeto de fuertes críticas, pues ni se sabe cuáles son esos fines ni es un concepto que cuadre bien con el régimen económico del matrimonio, siendo el lugar idóneo para tratar de tales pactos, en opinión de GULLÓN BALLESTEROS, la regulación jurídica del matrimonio, y no la de las capitulaciones.

De resto, y hablando en general, la reforma operada por la Ley del 75 tuvo una buena acogida en nuestro país. No es que estuviese libre de críticas, sino que en buena medida éstas quedaron ocultas bajo la euforia que produjo el hecho de contar a partir de entonces con la posibilidad de adecuar en cada momento el régimen económico a las distintas situaciones y circunstancias por las que fuera atravesando el matrimonio. Se comprende que esto, que quizá hoy nos parezca natural y obvio, fuese sobrevalorado en aquél momento, pues en la práctica del Derecho común venía pesando como una losa la regla de la inmutabilidad de las capitulaciones. Fue tal el logro que supuso su derogación que a su lado quedaban minimizados los inconvenientes de la reforma como su carácter parcial y la falta de coordinación entre los artículos modificados y otros que continuaban subsistentes sin alteraciones.

La doctrina, condicionada sin duda por la insuficiencia de recursos en nuestro ordenamiento que sirviesen para proporcionar soluciones jurídicas a los matrimonios separados de hecho y por las dificultades que ello estaba planteando en la práctica, consideró que la principal utilidad y más frecuente aplicación de las capitulaciones postnupciales iba a ser, precisamente, la de reglamentar la situación de los matrimonios no convivientes, en la que se hacía imperiosa una independencia patrimonial que en absoluto caracterizaba las relaciones de los esposos sometidos al régimen de gananciales,

y que a partir de ese momento podía conseguirse pactando unas nuevas condiciones relativas a los bienes de la sociedad conyugal.

El Código, a diferencia del Proyecto del 51, no había introducido ninguna norma prohibitiva de la separación convencional, entendiendo por tal la libremente consentida por los cónyuges, sin necesidad de que concurriese ninguna causa legal y sin necesidad de acudir para declararla a la autoridad judicial, lo cual no quiere decir que el régimen matrimonial que consagraba favoreciese la independencia a la que aspiraban, en lo personal y en lo patrimonial, los esposos que optaban por la cesación de la vida en común. Especialmente difícil resultaba en tales casos la situación de la mujer, a la que el artículo 58 le vetaba la posibilidad de establecer un domicilio independiente del de su marido, que necesitaba licencia marital para desenvolverse en el tráfico jurídico (art. 61) y en el ámbito procesal (art. 60) y cuyo derecho a alimentos no tenía clara apoyatura jurídica (5). Una rigidez parecida se observaba en el campo de las relaciones paternofiliales: la patria potestad le correspondía al padre, pudiendo excepcionalmente atribuirse a la madre, como ocurría en los casos de separación legal si el padre era culpable (art. 73). Tampoco la actuación en el tráfico jurídico del marido separado de hecho estaba libre de trabas, pues desde la Ley de 24 de abril de 1958 necesitaba el consentimiento de la mujer para realizar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles (art. 1.413).

Este régimen matrimonial resultaba claramente inadecuado para unos esposos que, prescindiendo de la separación legal (que, además, entonces era una separación contenciosa y traumática) querían continuar sus vidas por caminos separados. Pero ello es lógico, pues se trataba de un esquema pensado para matrimonios que conviven, que es la situación normal del matrimonio, a la que en consecuencia se atuvo el legislador (tampoco hoy, aunque esté plenamente instaurada la igualdad de los cónyuges, el régimen matrimonial se adecua, lógicamente, a las situaciones de no convivencia). El verdadero problema radicaba en la dificultad para eludir el desenvolvimiento de las relaciones conyugales tal y como estaban previstas. La vía teórica para ello son los acuerdos de los propios interesados, pero en general se venían entendiendo ilícitos, a lo que había que añadir el insuperable obstáculo que en los artículos 1.315 y 1.320 (que impedían el otorgamiento de capítulos después del matrimonio) encontraban los pactos que pretendían modificar el régimen económico matrimonial.

(5) El problema en relación con los alimentos se planteaba porque el art. 73 reconocía al cónyuge inocente tal derecho en los casos de separación judicial, cosa que obviamente no se preveía para la separación de hecho, situación a la que la norma tampoco se podía entender aplicable por analogía porque la separación se consideraba ilícita.

Así las cosas, en ésta época las soluciones jurídicas a los variados problemas que se planteaban a los esposos separados de hecho, tuvieron que prescindir de sus propias disposiciones (6). No se podía admitir la eficacia de acuerdos cuya causa (la separación) se estimaba ilícita y que eran, en consecuencia, nulos.

Este era el motivo esencial para negar validez a lo que los autores de la época llamaron «pactos de separación amistosa», y conviene dejarlo bien claro porque con frecuencia tiende a señalarse como principal obstáculo para ello el principio entonces en vigor de la inmodificabilidad de las capitulaciones. El permitir las tras el matrimonio no resolvía por sí solo la cuestión de la eficacia o ineficacia de tales pactos porque la razón de fondo que al menos en un principio se argüía era que se contravenía con la separación de hecho el deber de convivencia impuesto por el artículo 56. Lo que sí es cierto es que mientras que no se autorizasen las capitulaciones postnupciales, aún admitiendo como lícitas las separaciones de hecho, no podían disciplinarse sus aspectos económicos para adaptarlos a la nueva situación, al menos si ello implicaba un cambio en el régimen económico, porque éste, necesariamente, había de practicarse en capítulos.

La derogación de la regla del antiguo artículo 1.315 fue necesaria, pero insuficiente, para la definitiva aceptación en nuestro país, aunque no todavía en el plano del derecho positivo, de los convenios de separación. Hubo que superar otros obstáculos que se habían venido esgrimiendo para negarles validez (7), fundamentalmente el de la ilicitud de causa. Como corresponde a su naturaleza, se superó éste de una manera paulatina, a medida que fue cambiando la conciencia social acerca del significado del deber de convivencia impuesto a marido y mujer, cambio social que tuvo un indirecto reflejo en el Código (8).

(6) El propio Tribunal Supremo, que aplicó reiteradamente esta idea, flexibilizó en parte sus consecuencias: declaró válido a todos los efectos legales el domicilio de la mujer separada de hecho si lo estaba con el consentimiento del marido, reconoció a los cónyuges el derecho a reclamarse recíprocamente alimentos si se daban ciertos requisitos, aunque negaba eficacia a los pactos entre cónyuges relativos a los mismos y admitió la posibilidad de que para la realización de actos de disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles otorgase la mujer a su marido licencia general, aunque no veía con buenos ojos el pacto de irrevocabilidad de tal licencia.

(7) Un amplio análisis de los mismos puede verse en VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, págs. 163 a 221.

(8) El art. 56 no fue reformado por la Ley del 75 y siguió proclamando por tanto en términos idénticos que los cónyuges tenían la obligación de vivir juntos. Pero sí que se modificó el texto de los artículos siguientes, claramente reveladores del principio inspirador de la reforma del 75 (el de igualdad entre los esposos), que forzaba a entender de forma algo distinta el significado y alcance del deber de convivencia. Siempre se tuvo conciencia de que aquel deber resultaba incoercible y que, por tanto, su cumplimiento

Pero aunque la posibilidad de otorgar capitulaciones con la finalidad de adoptar el régimen económico adecuado a la no convivencia de los esposos no ofrecía ya duda, ello no zanjaba la cuestión respecto a las restantes disposiciones que con relación a la separación de hecho solían adoptar los esposos, cuya validez y límites discurrían por otros derroteros que, en principio, no interesa analizar aquí (9).

Tras la reforma del 75 se produjo un significativo aumento en los territorios del Derecho común del número de capitulaciones, una buena parte de las cuales regulaban, tal y como se había augurado, separaciones conyugales no judiciales. En ellas se introducían no sólo pactos de contenido económico, sino también otros relativos a la vida separada de los esposos y demás efectos personales del matrimonio, así como concernientes a las relaciones con los hijos.

En un principio se emitieron opiniones dispares acerca de si éstos eran o no válidos y con qué límites, y acerca de si podían tener acceso a la escritura de capitulaciones, aunque la doctrina parecía estar esperando la llegada de una regulación jurídica sobre los convenios de separación.

La doctrina acabó admitiendo sin demasiadas vacilaciones la inclusión en capitulaciones de los pactos de contenido no económico para regular la vida independiente de los esposos. Téngase en cuenta que faltaba entonces un cauce legal expreso para, fuera de la vía judicial, regular las relaciones entre los cónyuges no convivientes y que la tacha de ilicitud que pesaba sobre tal situación estaba definitivamente perdiendo terreno. Si a ello añadimos la naturaleza compleja que tradicionalmente se venía proclamando de las capitulaciones, consideradas en nuestro Derecho como un documento público en el que prácticamente todo tenía cabida, comprenderemos que, siempre que se estimasen válidas, se admitiesen aquellas estipulaciones como parte del *instrumentum* capitular. Ahora bien, las normas establecidas por el Código para las capitulaciones matrimoniales no estaban pensadas, ni por tanto se entendieron nunca aplicables, a la regulación de esos otros

quedaba supeditado a la voluntad de los cónyuges. Lo que tras la reiterada Ley se comprende con toda claridad es que la mujer no está sometida al marido y que éste no puede exigirle la convivencia, lo que el propio Tribunal Supremo pareció apoyar en alguna ocasión. Puede afirmarse, siguiendo a VALPUESTA FERNÁNDEZ, que con la Ley del 75 cambiaron los presupuestos de la convivencia conyugal, introduciéndose un criterio importante que permitía la delimitación de la individualidad de cada cónyuge como inatacable, excluyendo toda intromisión de uno en la esfera personal del otro, ejemplo de lo cual es el nuevo texto del art. 57.

(9) Estos otros pactos no necesitaban el *instrumentum* capitular, por lo que en rigor la imposibilidad de otorgarlos después del matrimonio nunca les afectó. Tampoco les afecta la ilicitud de causa pues la separación no se entiende ya ilícita, pero eso no quiere decir que las materias sobre las que versan sean plenamente disponibles, como ocurre, por sanción expresa del legislador, con el régimen económico (art. 1.315).

aspectos. Los autores establecieron una nítida distinción entre el documento que establecía la separación de hecho y la guarda de los hijos y las capitulaciones matrimoniales propiamente dichas.

Es fácil hacerse una idea de la forma en la que se desembocó en ese contenido de la escritura de capitulaciones: los esposos que estaban en régimen de gananciales (que eran la mayoría) y decidían interrumpir su vida en común, deseaban regirse en el futuro por un régimen de separación, y en nuestro ordenamiento la única vía convencional existente para ello era el otorgamiento de capitulaciones. Se aprovechaban éstas para regular otras cuestiones que, pese a no ser propiamente contenido capitular, participaban de las ventajas que de cara a la prueba representaba el documento público. Los aspectos no económicos de la separación hubieran podido plasmarse en un documento diferente, pero carecía de sentido utilizar la vía del instrumento público para regular los aspectos patrimoniales y recoger en un documento independiente las cuestiones de carácter puramente personal.

Todo esto es independiente de la posibilidad, que ya desde la publicación del Código se reconoció, en cuanto a la inclusión en capitulaciones de negocios jurídicos familiares no concernientes al régimen económico, ni tampoco en general a los bienes del matrimonio. Son cuestiones distintas: ahora surge, tras la reforma del 75 y a la vista de lo que estaba aconteciendo en la práctica y motivado, fundamentalmente, porque faltaba un cauce legal para la regulación convencional de la separación, un nuevo contenido en el entonces denominado por la ley contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.

Pero en el plano del derecho positivo las cosas no habían cambiado; es decir, no había ningún indicio ni novedad, en los nuevos preceptos relativos a la figura, que diesen pie para sostener que el contrato matrimonial tenía, a partir de la reiterada ley del 75, un contenido más amplio o diferente del que desde el principio declaró el Código.

En conclusión, a las capitulaciones postnupciales se les encuentra, ya en el momento de su estreno legislativo, una concreta función que el sistema anterior no permitió: la de regular consensualmente las crisis matrimoniales en sus distintos aspectos. Fueron un medio adecuado para regular las separaciones de hecho en un contexto en que la otra posible alternativa que quedaba a los interesados era acudir a una separación contenciosa, incómoda y con repercusiones, al menos en la esfera personal, poco deseables. De ahí que, como dice VALPUESTA FERNÁNDEZ, este contrato se convirtiera en la panacea de las separaciones de hecho y por eso numerosos autores lo acogieron con entusiasmo. Más discutible es que después de introducirse por la reforma del 81 la posibilidad de regulación convencional de las separaciones conyugales (aunque, con homologación judicial), se continúen proclamando como el medio idóneo o, al menos uno de los medios idóneos,

para regular las separaciones de hecho, en su doble vertiente, personal y patrimonial.

Finalmente, en cuanto a la normativa vigente en materia de capitulaciones, se llega a ella gracias a la reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981 que básicamente, del mandato contenido en el artículo 39 de la Constitución, aunque también se aprovechó para adecuar una serie de normas que se encontraban desfasadas. La Ley modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Las más importantes innovaciones respecto de éste último —único que, por otro lado, aquí nos interesa— son la supresión de los artículos correspondientes a la dote (1.336 a 1.380) y a los bienes parafernales (1.381 a 1.391) y la regulación expresa del régimen de participación, nuevo en nuestro sistema, al que se dedican los artículos 1.411 a 1.434. Las ideas centrales de esta reforma son los principios de igualdad, libertad e independencia de los cónyuges, que llevan consigo la definitiva supresión de la supremacía del marido, todavía vigente, pese a los considerables avances de la Ley del 75. En su lugar se adopta ahora la regla de la gestión conjunta de los bienes gananciales. Se introduce además expresamente el principio de libertad de contratación entre cónyuges, a los que se les permite «*transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*» (art. 1.323).

En otros muchos aspectos no se hace sino confirmar los preceptos y principios ya vigentes. Se mantiene la libertad de elección del régimen económico del matrimonio antes o después de su celebración, y el régimen de gananciales continúa siendo el aplicable a falta de pacto en contrario. En concreto, por lo que se refiere al contrato matrimonial, los cambios no son, a primera vista, sustanciales. Se adopta definitivamente la denominación de capitulaciones matrimoniales, desapareciendo la antigua de «*contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio*» que encabezaba el Título III del Libro IV del Código. Hoy la rúbrica de ese mismo Título es «*Del régimen económico matrimonial*», en el que, tras un primer capítulo dedicado a las disposiciones generales, se encuentra el relativo a las capitulaciones matrimoniales, integrado por los artículos 1.325 a 1.335. Esta sistemática resulta mucho más adecuada, pues conforme a la estructura anterior se incluía dentro de la disciplina del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, la regulación de las donaciones *propter nuptias*, de la dote, de los parafernales e incluso de la sociedad de gananciales y de la separación de bienes. En suma, se corrige el error que suponía englobar todo ello bajo el título de contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio (o capitulaciones matrimoniales) y se agrupan las instituciones que subsisten y las nuevas referidas al régimen de bienes en el matrimonio bajo el de «*régimen económico matrimonial*», sin duda más correcto.

Con la reforma del 81, las capitulaciones se configuran cada vez más claramente como el medio que el legislador pone a disposición de los particulares para elegir el régimen de bienes del matrimonio, lo que no quiere decir que se esté excluyendo la posibilidad de introducir en capitulaciones otro tipo de pactos. Muy por el contrario, el artículo 1.325 la recoge de modo expreso al disponer que *«En capitulaciones matrimoniales, podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo»*. Aunque en general la doctrina se basa en ese inciso final para sostener que en capitulaciones puede incluirse, dentro de los límites legales, cualquier estipulación concerniente al matrimonio, existen discrepancias acerca de si se trata sólo de pactos de contenido económico o también de pactos de otra índole. Surge pues la pregunta de si, al hilo de la introducción de nuevos principios en nuestro Derecho de Familia, el legislador del 81 amplió —y con qué sentido y alcance— el contenido de las capitulaciones matrimoniales. Pero no es éste el único, ni siquiera el más importante de los objetivos de este trabajo. Lo que se pretende es aclarar, en la medida de lo posible, algunas de las dudas que existen en torno a su concepto, naturaleza y caracteres, contenido, destacar las novedades de la ley e interpretar los preceptos que no se han modificado (los arts. 826 y 827) a la luz de la nueva normativa.

La consecución de tales fines se ve obstaculizada por la complejidad de las capitulaciones matrimoniales, complejidad que se observa tanto en el plano normativo como en el sociológico. En el primero porque en contra de lo que suele creerse, no son los pactos sobre régimen de bienes los únicos que el Código considera contenido de las capitulaciones y en el segundo porque las llamadas capitulaciones matrimoniales han desempeñado en las distintas épocas funciones muy diversas, y ello incluso sin tener en cuenta las peculiaridades de los Derechos forales. En el plano legislativo se han considerado siempre como pactos capitulares las donaciones *propter nuptias*, la promesa de mejorar, la mejora y la delegación en favor del cónyuge supérstite de la facultad de mejorar a los hijos comunes. La complejidad no es menor en el plano sociológico. Las capitulaciones matrimoniales han servido para atender a fines y necesidades dispares: así, en un primer momento era frecuente utilizar los capítulos para hacer constar qué bienes aportaba al matrimonio cada uno de los contrayentes, pero a medida que van perdiendo importancia los bienes heredados respecto de los bienes adquiridos y que estos se convierten prácticamente en los únicos existentes en el matrimonio, ello pierde sentido, utilizándose la escritura de capitulaciones casi exclusivamente (aunque su uso era escaso) para acordar un régimen distinto al legal de gananciales. Y luego, en un momento histórico concreto en el que no existía ningún cauce normativo para regular las

separaciones conyugales de hecho, se utilizaron como el instrumento en el cual se convenía esa separación y las normas de carácter económico y extraeconómico a ella referidas.

La expuesta diversidad funcional, que no hay que entender agotada, pues probablemente nuevas necesidades del derecho de familia puedan en el futuro encauzarse por medio de ese contrato (como, por ejemplo, el establecimiento de un estatuto patrimonial para las parejas de hecho) dificulta, como dice ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, la comprensión de la naturaleza y régimen jurídico de la figura. He seguido por ello el criterio de este autor, quien opina que «la perspectiva correcta para el estudio de los capítulos matrimoniales es el análisis de su contenido posible». A ello dedico en consecuencia la primera parte de este trabajo, si bien en vez de seguir la sistemática tradicional (consistente en acudir a clasificaciones o enumeraciones de los pactos capitulares, he optado por comenzar por la exégesis de cada uno de los preceptos que el Código dedica a los distintos negocios capitulares.

II. DERECHO VIGENTE: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL CODIGO CIVIL

1. PRECEPTOS DEL CÓDIGO SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES

Debe de partirse, para poder definir las capitulaciones matrimoniales, de la interpretación de los artículos que, dentro del Código, se refieren, directa o indirectamente, al mismo, con el objetivo de establecer en primer lugar cuáles son los caracteres y el régimen jurídico de cada uno de los negocios que se incluyen en la escritura de capitulaciones, para ver luego qué datos comunes existen entre ellos.

A) *Artículo 1.325*

Es el precepto fundamental. De él resulta con nitidez que son contenido indiscutible de las capitulaciones los acuerdos dirigidos a estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio. Y del 1.315, con el cual guarda una estrecha relación, que esto es algo que sólo puede hacerse en capítulos. Sin embargo, hace dudar de la exactitud de esta afirmación la distinción que aparece en el artículo 1.333 entre *capitulaciones matrimoniales*, por un lado, y *pactos que modifiquen el régimen económico*, por otro, lo que suscita la pregunta de si el sistema del Código permite pactos modificativos del régimen que no sean capitulares. Esta es la opinión de

DE LOS MOZOS, quien, pese a reconocer que en el antiguo artículo 1.322-1 (precedente inmediato del actual 1.333), cuando se hablaba de «*pactos modificativos*» se estaba aludiendo a capitulaciones novatorias o modificativas de otras anteriores, sostiene que, por el contrario, cuando el artículo 1.333 se refiere a los «*pactos*» no alude a la modificación de capitulaciones o del régimen económico, sino a toda suerte de acuerdos que, sin alterar el régimen económico matrimonial, introducen variaciones en su estructura (como un mandato para administrar o para enajenar determinados bienes, de un cónyuge a favor del otro, o una sociedad concertada entre ellos, etc). La justificación a esta ampliación de significado la encuentra en el nuevo artículo 1.323, que expresamente permite a los cónyuges celebrar entre sí toda clase de contratos, como consecuencia de los cuales pueden producirse cambios en el régimen económico del matrimonio.

Esta interpretación viene en realidad motivada por la tesis de este autor de que existe una estrecha conexión entre la mutabilidad del régimen económico matrimonial y la plena libertad de contratación entre cónyuges. Ello le lleva a deducir que, puesto que no se introdujo ninguna salvedad en el artículo 1.323 en el sentido de que los contratos modificativos del régimen económico del matrimonio necesiten la forma y solemnidad de las capitulaciones, producirán éstos plena eficacia, sin cumplir esa exigencia, aunque quedando sometidos a lo dispuesto en el artículo 1.317. Los que, como HERRERO GARCÍA, no ven tan íntima relación entre contratos entre cónyuges y modificación del régimen del matrimonio, llegan a una conclusión diversa: en el hipotético caso de que tales contratos supusieran esa modificación, se aplicarían los requisitos que para la validez de las capitulaciones exige el Código.

Pero lo de menos es que con mayor o menor frecuencia los contratos celebrados entre esposos modifiquen el régimen económico entre ellos vigente (entre otras cosas habría que comenzar por aclarar cuando se entiende acaecida tal modificación). Lo que interesa es que ese efecto puede tener lugar y es por ello por lo que hay que tratar de dilucidar si nuestro legislador pretendió que toda modificación del régimen económico del matrimonio quedase sometida al régimen jurídico de las capitulaciones o si, por el contrario, quiso permitirla sin necesidad de respetarlo. Particularmente, me inclinó por lo primero, con lo que no hago más que adscribirme a la doctrina mayoritaria (HERRERO, CABANILLAS, ALBALADEJO, DíEZ-PICAZO y GULLÓN...). Y ello por lo siguiente:

La única base para sostener que nuestro derecho permite la modificación del régimen económico por un medio distinto a las capitulaciones es la distinción que entre éstas y los pactos modificativos de tal régimen hace el artículo 1.333. Se trata de un apoyo extremadamente débil. El propio

DE LOS MOZOS reconoce que la intención del 1.333 no es la que él le atribuye, aunque suministra un apoyo textual a su interpretación. Soy de la opinión de que el legislador en el artículo 1.333 está, sencillamente, empleando dos expresiones distintas para referirse a pactos que participan de la naturaleza de los capítulos pero que han sido celebrados en momentos temporales distintos. Habla de «*capitulaciones matrimoniales*» para referirse al contrato prematrimonial y de «*pactos modificativos*» para aludir a los pactos sobre régimen de bienes que se acuerdan constante matrimonio. Este precepto tiene su precedente en el antiguo artículo 1.322, 2 (10), redactado por la Ley del 75 y como hasta ese momento las capitulaciones matrimoniales eran necesariamente antenupciales, se utiliza esa otra expresión de «*pactos modificativos*» para los posteriores al matrimonio. Con el transcurso del tiempo se asume perfectamente la nueva significación de las capitulaciones matrimoniales y hoy el término se entiende referido tanto a las estipulaciones ante como a las postnupciales; pero no era así en el momento de redactarse la norma. El antiguo artículo 1.322 quiso aclarar, al admitirse las capitulaciones postnupciales, que también éstas debían de inscribirse.

No creo que haya que atribuir una mayor transcendencia a la letra del artículo 1.333, en el que no se puede fundar la admisibilidad por nuestro Código de pactos no capitulares modificativos del régimen patrimonial conyugal. En el mismo sentido hay además que tener en cuenta el decisivo texto del artículo 15, del que resulta que la vía convencional para el establecimiento del régimen económico del matrimonio son las capitulaciones. Y hay una última razón que me hace reafirmar ese punto de vista:

Si se parte de la idea de HERRERO GARCÍA —que estimo correcta— según la cual los contratos entre cónyuges no tienen por qué alterar, por principio, el régimen económico matrimonial, no causa ninguna extrañeza que al redactarse el artículo que recoge el principio de libertad de contratación entre esposos, el 1.323, no se hiciera referencia alguna a la necesidad de respetar los artículos 1.325 y siguientes. Si no se mencionó la sujeción a éstos es, sencillamente, porque la modificación del régimen económico matrimonial es una posible consecuencia de un contrato entre esposos, pero no una consecuencia necesaria. Al silencio no se le puede atribuir un efecto derogatorio de normas imperativas, debiendo el 1.323 ser interpretado sistemáticamente con el 1.315. Téngase en cuenta que el legislador piensa en términos generales y que a la hora de declarar que marido y mujer pueden

(10) Según él «*En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquella o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria*».

celebrar entre sí toda clase de contratos, no está circunscribiéndose al régimen de gananciales (precisamente porque reconoce su libertad para pactar el régimen que deseen). De ahí que el no hacer salvedad alguna no signifique que se pueda alterar el estatuto patrimonial sin cumplimiento de los requisitos de las capitulaciones. Ni siquiera creo que se le puedan reprochar al legislador los escuetos términos utilizados, pues su objetivo era dejar claro de una vez por todas la ausencia en el matrimonio de un principio limitativo de la libertad contractual. Cosa distinta es que esa libertad tenga que encauzarse por una determinada vía —las capitulaciones matrimoniales— cuando al ejercitarse se afecte al régimen de bienes.

Así pues, la primera conclusión es que hay un contenido característico y exclusivo de las capitulaciones, de carácter normativo o estatutario, respecto del cual no es dudosa la aplicación de todas y cada una de las normas contenidas en los artículos 1.326 a 1.335: el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio. Reservo para un momento ulterior la labor de dilucidar el significado del inciso final del artículo, respecto del cual no es posible aún pronunciarse acerca de su sujeción a tal normativa.

B) *Artículo 1.338*

Otro precepto a considerar es el artículo 1.338; que permite al menor que con arreglo a la ley pueda casarse hacer en capitulaciones matrimoniales —o fuera de ellas— donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor.

Aunque cada vez tiene menos sentido, el Código sigue dedicando a las capitulaciones *propter nuptias* un capítulo entero, situado inmediatamente después del que destina a las capitulaciones matrimoniales, y como éste, dentro del Título sobre régimen económico del matrimonio. Y cada vez tiene menos sentido por lo restringido del concepto y porque la tendencia es la de reducir al máximo las peculiaridades de esta modalidad de donación. Lo característico de las donaciones por razón de matrimonio, definidas en el artículo 1.336, es que se hacen en consideración a un matrimonio entre personas determinadas. De ahí derivan sus especialidades jurídicas, consistentes, como muy bien dice COBACHO GÓMEZ, en vincular estrechamente la efectividad de la donación con el matrimonio proyectado. Según el artículo 1.342 quedarán sin efecto si el matrimonio no llegara a contraerse en el plazo de un año. Se establece, además, en el artículo 1.343, un régimen especial de revocación: se excluye como causa de ésta la supervivencia o superveniencia de hijos, se establece su revocabilidad en los supuestos de separación o divorcio si la sentencia le imputa al cónyuge donatario los

hechos que lo causaron y, cuando se trate de donaciones otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe; finalmente, se amplian los supuestos de ingratitud (art. 1.343).

Por lo que hace al artículo 1.338, nos interesa aquí en tanto en cuanto que matiza que las donaciones por razón de matrimonio pueden hacerse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas. En principio resulta un poco extraño el lugar en el que el se hace esta aclaración, pues el artículo 1.338 es una norma de capacidad, pero se comprende bien si se pone en relación con el 1.329. Permite éste al menor que con arreglo a la ley pueda casarse otorgar capitulaciones matrimoniales, aunque necesitará el consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a estipular el régimen de separación o el de participación. Pues bien, lo que el artículo 1.338 quiere dejar claro a la vista de ello es que la capacidad del menor para hacer donaciones con ocasión de su matrimonio es independiente de su forma de celebración. Si el menor que va a casarse puede hacer este tipo de donaciones no es porque el 1.329 le reconozca capacidad para celebrar capitulaciones, sino porque el 1.338 deroga expresamente las reglas generales sobre capacidad para donar (arts. 624 a 626).

Es claro, a la vista del artículo 1.338, que las donaciones por razón de matrimonio no son contenido necesariamente capitular.

La mención expresa de que estas donaciones antenupciales se celebren fuera de los capítulos es una novedad de la reforma del 81. En la anterior redacción había algunos preceptos que parecían presuponer que se hacían en el contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, entre ellos el 1.329, precedente del actual 1.338, que sólo hacía referencia a la posibilidad de los menores de hacer donaciones en su *contrato antenupcial*. Pero nunca se encontró inconveniente alguno a la posibilidad de que se celebrasen en un documento separado, aparte del argumento que en favor de ello proporcionaba el artículo 1.332 al mencionar junto a las capitulaciones a «los contratos», que no podían ser otros más que los de donación (11).

De manera que, prescindiendo por el momento de lo dispuesto en el artículo 1.341.2, las donaciones por razón de matrimonio, cuyo régimen jurídico se encuentra en los artículos 1.336 a 1.343, pueden celebrarse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas. Lógicamente, las capitulaciones habrán de ser antenupciales, pues las donaciones *propter nuptias*

(11) El antiguo art 1332 decía así: «El donante por razón de matrimonio deberá liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos, con excepción de los censos y servidumbres, a menos que en las capitulaciones matrimoniales o en los contratos se hubiese expresado lo contrario »

—al margen de la posibilidad de los esposos de donarse entre sí constante matrimonio— son, por definición, anteriores a la celebración del matrimonio. Para ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, admitida la capitulación *post nuptias*, es dudoso que se limite el concepto de *donatio propter nuptias* a la *donatio ante nuptias*. Supongo que lo que quiere decir es que, derogado el principio de inmutabilidad del régimen económico, ha desaparecido el motivo por el que las donaciones por razón de matrimonio han de ser necesariamente antenuptiales. Pero no es del todo exacto que una cosa vaya necesariamente unida a la otra. El fundamento del principio de inmutabilidad no es el mismo que el de la prohibición de donaciones entre cónyuges, y prueba de ello es que el Código de Napoleón, del cual nosotros copiamos la regla de la inmutabilidad, permitió, al tiempo que consagraba ésta, las donaciones entre cónyuges. Lo que sí es cierto es que, desaparecida la antigua prohibición de donaciones entre esposos, no se ven inconvenientes para admitir que, después de la boda, se hagan donaciones en atención al matrimonio que, en consecuencia, deberían de quedar sujetas a la misma disciplina que aquellas otras que, efectuadas igualmente en consideración al matrimonio, presentan como única diferencia el momento de su celebración. El problema, quizá, sería probar su vinculación causal al matrimonio, más evidente en las antenuptiales.

Sea por ese o por otro motivo, nuestro legislador ha sido claro y rotundo en este punto y, con un criterio que se puede o no estimar acertado, ha restringido el concepto de donaciones por razón de matrimonio a las anteriores a su celebración. De modo que si se quiere conectar la efectividad de una donación postnupcial a la subsistencia del matrimonio, habrá que recurrir de forma expresa a la condición o al modo.

Una vez que se constata que las donaciones por razón de matrimonio pueden celebrarse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, el aspecto de mayor interés práctico radica en comprobar si la disciplina jurídica es idéntica en ambos casos. Es evidente que no. Aunque los artículos 1.339, 1.340, 1.342 y 1.343, en donde se contiene lo esencial de aquélla disciplina, rigen para todas las donaciones *propter nuptias* con independencia del *instrumentum* en el que aparecen, sólo las concertadas en capítulos están sometidas a las especialidades de los artículos 1.327, 1.331 y 1.332.

El primero de ellos exige para la validez del negocio escritura pública. Fuera de capítulos, las reglas en cuanto a la forma a que están sometidas estas donaciones son las de los artículos 632 y 633, por virtud del reenvío del 1.337. En cuanto al 1.331 y 1.332, en principio hay que considerarlos aplicables a toda hipótesis de modificación de las capitulaciones, entendiendo por tal la novación de cualquier negocio capitular por acuerdo de los que lo celebraron, pero siendo su presupuesto que la modificación afecte a derechos concedidos por terceros otorgantes, su campo de aplicación queda

muy reducido. Los únicos otorgantes de la escritura de capitulaciones a los que se les conceden derechos son los cónyuges, destinatarios de las liberalidades realizadas en su favor por otras personas (donaciones *propter nuptias* o mejoras) y los únicos que pueden mediante la novación de un pacto capitular afectar a esos derechos son sus propios titulares. En concreto, la modificación por los esposos de lo acordado en capitulaciones queda subsumida en el supuesto de hecho de la norma, pues puede incidir en derechos que a su favor constituyeron terceras personas en el mismo acto de su otorgamiento. Es para proteger a esas personas para lo que se dicta el artículo 1.331, a cuyo tenor «*Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales, deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas*». Fundamento de la norma es, por tanto, la vinculación o conexión causal que puede existir entre las atribuciones efectuadas por terceros y las disposiciones sobre bienes estipuladas por los esposos.

Como reitera la doctrina, las innovaciones introducidas por el actual artículo 1.331 son mínimas en relación con su precedente, el antiguo artículo 1.319 (12); únicamente, que mientras que en el texto derogado la obligatoriedad de asistencia y concurso alcanzaba a dos supuestos, el de la repercusión de la modificación sobre derechos constituidos por terceros en favor de los contrayentes y el de repercusión sobre derechos constituidos por estos en favor de terceros, en el vigente sólo los primeros forman parte del supuesto de hecho. A la vista de ello, plantea DE LOS MOZOS la cuestión de si se está limitando el contenido de las capitulaciones, de forma que en ellas no puedan ya constituirse —como ocurría antes— derechos en favor de los otorgantes no contrayentes. Comparto su opinión de que la supresión del inciso final del antiguo artículo 1.319 no tiene semejante alcance, pero más que por las razones que él aduce (13), por encontrar una explicación que me parece más plausible: los derechos que en las anteriores capitulaciones constituyeron los cónyuges en favor de terceros, es obvio que no pueden ser modificados sin el consentimiento de estos, lo que, como dice

(12) Su texto era el siguiente: «*Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales, deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes, si vivieren, y la modificación afectare a derechos constituidos por tales personas en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos.*»

(13) Entiende que son contrarios a la supresión, como contenido de las capitulaciones, de la constitución de derechos por los contrayentes en favor de terceros, la naturaleza contractual de las capitulaciones, la amplitud de su contenido según el art. 1.325 y la condición de otorgantes que les reconoce el art. 1.331, aparte de que una reforma de esa naturaleza, debería de haberse efectuado en otro terreno.

ROJAS MONTES, no es más que aplicación de las normas generales de los contratos (14). Una norma expresa para protegerlos es una norma superflua y por eso se suprime. Por el contrario, los cónyuges que en la primitiva escritura de capitulaciones recibieron liberalidades de terceros otorgantes, una vez que se han convertido en propietarios de los bienes donados y salvo que se les imponga alguna carga (en cuanto al destino de los bienes, o limitando sus poderes de disposición) tienen, como titulares dominicales, la facultad dispositiva sobre ellos. En principio, los donantes sólo podrían revocar la donación por las causas generales o alguna de las previstas en el artículo 1.343, pero del resto nada tendrían que decir frente a cualquier decisión (como la de cambio de régimen matrimonial) que afecte a lo por ellos donado. Mas la ley, suponiendo que los que concedieron las liberalidades, precisamente porque lo hicieron en capítulos, tuvieron en cuenta los restantes pactos sobre el régimen de bienes, exige su asistencia y concurso para la validez de las capitulaciones novatorias, siempre que vivieren y la modificación afectare a los derechos por ellas constituidos.

Así pues, el hecho de que el artículo 1.331 decidiese suprimir la referencia a los derechos constituidos en favor de terceros en capitulaciones, no quiere decir que estas estipulaciones no sean contenido capitular, sino que se quiso eliminar una mención innecesaria, que no hacía más que enturbiar la dicción del precepto.

Algún comentario requiere también la consecuencia jurídica prevista en la norma. Literalmente, la falta de asistencia y concurso de alguno de los otorgantes determinaría la nulidad de la modificación así convenida y la consiguiente subsistencia de las anteriores capitulaciones. Pero la consecuencia se estima excesiva por la generalidad de la doctrina, quien atenúa la gravedad de la sanción, bien proponiendo que se le considere un supuesto de anulabilidad, bien acudiendo a la figura de la nulidad parcial, entendiendo que la modificación es válida en general a excepción de aquello que afecte al derecho constituido por el otorgante que no concurrió a la misma.

Problema distinto es el del efecto que produce la negativa de los otorgantes no contrayentes a la novación que estos proponen. Es incuestionable que el ejercicio de su libertad de estipulación no puede verse limitado por la actitud en contra de un tercero que en su día realizó una liberalidad en favor de uno o de los dos futuros esposos sin ni siquiera imponerles ninguna carga ni someterla a condición. Considerar que la modificación realizada sin la participación de los otorgantes no contrayentes es nula, supondría hacer depender el estatuto patrimonial de un determinado matrimonio de

(14) Si se trata de personas a las que les fueron concedidos derechos, pero que no comparecieron en las capitulaciones, su protección se verificaría, según éste y otros autores, a través del párrafo 2 del art. 1.257.

personas extrañas al mismo. Por eso la doctrina viene entendiendo que lo que está en juego es la subsistencia de la donación, que podrá ser revocada gracias a la presunción legal de que, habiéndose realizado en base a un *statu quo* determinado, no está el donante obligado a mantenerla si este cambia y el cambio afecta al objeto donado.

Por lo demás, y pese a lo evidente de su *ratio*, el artículo 1.331 es un precepto un tanto misterioso. La única modificación tenida en cuenta es la que afecte a un derecho concedido por un tercero en favor de uno o de ambos esposos en el mismo negocio capitular. El problema es entonces decidir cuando se produce tal «afectación». Aunque goza de bastante aceptación la opinión de que ha de tratarse de una modificación del régimen económico que altere la condición jurídica de los bienes donados, encuentro preferible la de aquellos otros que, como BLASCO GASCO, no creen preciso que se modifique el régimen de bienes para que haya que pedir su conformidad a los donantes, que es de lo que en definitiva se trata. Por eso el legislador ha eludido hablar de «modificación del régimen», adoptando una fórmula que, precisamente por su vaguedad e imprecisión, es más adecuada para englobar aquellos pactos capitulares que, sin modificar propiamente el régimen de bienes, alteren lo acordado en la primitiva escritura. Piénsese que los padres de la novia concurren como otorgantes y en consideración al proyectado matrimonio, donen a los novios un piso, el cual, por aplicación del artículo 1.339, pertenecerá a ambos en *pro indiviso* ordinario y por partes iguales. En los mismos capítulos los contrayentes acuerdan destinar ese piso a vivienda familiar. Años después, en nuevas capitulaciones, deciden alterar el destino del citado piso y arrendarlo, percibiendo las rentas por mitad. Será necesaria para la validez del pacto novatorio la asistencia y concurso de los donantes pues no cabe duda que la modificación afecta al derecho por ellos concedido.

Presupuesto del artículo 1.331 es que haya habido varias convenciones matrimoniales que estén contenidas en un instrumento único, de manera que se justifique la presunción de que cada una de ellas se haya llevado a cabo sobre el presupuesto de la existencia de las otras. Lo peculiar de la norma es que pese a no haberse establecido —acudiendo a los medios técnicos que para ello existen— ninguna conexión causal entre la efectividad de la donación y el destino del bien donado, los donantes se encuentran en la misma posición jurídica que si lo hubieran hecho, pues los donatarios, si aquéllos no consienten la modificación capitular, no tienen más opción que exponerse a perder el bien o mantenerlo en su destino inicial. Y todo ello sólo porque la ley supone que la atribución se hizo en un determinado estado de cosas —el que quedó plasmado en la escritura de capitulaciones— y que si aquél cambia por decisión de los destinatarios de la liberalidad, los que la efectuaron están en su derecho de revocarla.

Conviene también aclarar (porque es un aspecto sobre el que existe cierta confusión) que cuando las donaciones de los terceros otorgantes son modales y se incumple la carga, estamos fuera del campo de aplicación del 1.331, si bien se llega a un resultado práctico análogo mediante la revocación de la donación por incumplimiento de cargas. No comparto, pues, la opinión de aquellos autores que como LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPERO-CHIPÍ, partiendo de la idea de que no se debe conceder relevancia a los motivos de un acto gratuito fuera del ánimo de liberalidad, y de que toda excepción al principio de irrevocabilidad de las donaciones debe de ser restrictivamente interpretada, llegan a la conclusión de que los únicos otorgantes de los capítulos a los efectos del artículo 1.319 (actual 1.331) son aquellos terceros, distintos de los contrayentes, que constituyan derechos de cierta entidad en función de un concreto régimen económico matrimonial (lo que habrá de probarse y sólo tendrá relevancia en casos excepcionales) *y aquéllos terceros que reciben derechos de los capítulos en carácter de interdependencia causal con los derechos que ellos atribuyen a los cónyuges* o de derechos atribuidos a los cónyuges por terceras personas. Para ellos lo que está contemplando el artículo 1.319 son pactos de familia, en los que pueden intervenir, con carácter de otorgantes, no sólo los cónyuges, sino familiares (v. gr. padres que donan sus bienes a cambio de compañía y ayuda en la vejez; hijos que se quedan en la casa a cambio de la certeza en el establecimiento de una cuota hereditaria en su favor, etc...). Creen que en estos supuestos, los que concurren a los capítulos son algo más que meros donantes y que sus aportaciones al matrimonio son algo distinto de una donación.

He de reconocer que el planteamiento de estos autores tiene aspectos muy sugestivos, fundamentalmente el de propugnar una interpretación restrictiva de la especial causa de revocación de las donaciones que mediante el precepto se introduce. Pero si lo que se quiere garantizar es la intervención de los titulares de derechos constituidos en capitulaciones a fin de evitar que a sus espaldas los contrayentes les priven de ellos o tomen decisiones que les perjudiquen, la norma sobra, porque con esa protección cuentan ya por aplicación de los principios generales. La supresión de la referencia que el antiguo artículo 1.319 hacía a los derechos constituidos por los cónyuges en favor de terceros constituye un poderoso argumento en favor de que el objetivo que se persigue no es exigir el consentimiento del titular de un derecho para que éste se modifique, sino establecer la presunción de que las atribuciones hechas en capitulaciones sólo se quisieron, aparte de *contemplatio matrimonii*, en tanto en cuanto se mantuviesen el destino y la titularidad de los bienes que se acordaron en el mismo acto. Antes de la reforma del 81 la opinión que comentamos tenía mayor apoyo, pero al recortarse el supuesto de hecho está claro que no se está pensando

en los pactos de familia ni es posible descubrir, al menos en este punto concreto, la «foralización» del derecho común de que algunos hablaron.

Ahora bien, la consecuencia jurídica que de la interdependencia o vinculación entre las distintas estipulaciones capitulares hace derivar la ley, se convierte en una ventaja quizá excesiva para el donante, quien puede dejar sin efecto la donación, sin probar que él la quiso en atención al estado de cosas que, en relación con su atribución, resultaba del conjunto de pactos capitulares e independientemente del tiempo transcurrido (15). Se emplea aquí una técnica similar a la del artículo 1.343, que presenta el inconveniente de ampliar las causas de revocación de las donaciones *propter nuptias* en atención a hechos y circunstancias que no es seguro, y a veces incluso notoriamente improbable, que determinaran la voluntad del donante. La norma es criticable en un último aspecto: Si el disponente no puede impedir, cuando la donación es pura, las ulteriores vicisitudes de los bienes donados (como, por ejemplo, que sean a su vez donados a un tercero), ¿está realmente justificado que se le permita controlarlas sólo porque la atribución se hizo con conocimiento de las convenciones conyugales y en el mismo *instrumentum* que éstas?; ¿no hubiera sido preferible no interferir el régimen legal con esta ampliación de las causas de revocación? Quizá hubiese sido más prudente, pero no es menos cierto que tal y como se ha redactado la norma, no se está suponiendo sin más que la liberalidad se hizo sobre la base de *todas* las estipulaciones capitulares, que era el sentido del artículo 1.319 en su redacción originaria, lo que conllevaría el reconocimiento del derecho del donante a revocarla si cualquiera de ellas se alterara posteriormente, sino que tan sólo se ha adoptado un medio que permite al donante el mantenimiento *en lo que se refiere a su atribución* del estado de cosas que se plasmó en las capitulaciones matrimoniales en las que él realizó su liberalidad.

C) Artículo 1.341.2

A propósito del párrafo 2.º del artículo 1.341, los comentaristas siguen planteando las mismas cuestiones que respecto de su precedente, el antiguo 1.331 (16). El debate se centraba, fundamentalmente, en aclarar la natura-

(15) En su origen no era así pues la norma se introdujo cuando regía el principio de inmutabilidad, reduciéndose entonces su juego a las modificaciones prenupciales.

(16) Decía éste. «Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los futuros, sólo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de éste Código referentes a la sucesión testada.»

leza de la figura en él recogida. Pronto se descartó que se tratase de una típica donación *inter vivos* que originase en el donatario el derecho a ir haciendo suyos los bienes del donante a medida que los fuese adquiriendo y sin que éste pudiese disponer de ellos. Era claro que la voluntad del donante era desprenderse de los bienes «*sólo para el caso de muerte*». Por «*bienes futuros*» había —y hay— que entender los que el donante deje a su muerte y no aquéllos de los que no puede disponer al tiempo de la donación (art. 635). En el extremo opuesto estaba la opinión de quienes consideraban las donaciones esponsalicias como verdaderas donaciones *mortis causa* y, por tanto, revocables en vida; pero resultaba bastante claro que la revocabilidad como principio general no era una nota que pudiese predicarse de estas donaciones, pues el artículo 1.333 (hoy el 1.343) recogía los casos en que, excepcionalmente, las donaciones por razón de matrimonio podían quedar sin efecto por voluntad unilateral del donante.

Admitida la irrevocabilidad de esta disposición gratuita de bienes futuros de los desposados, se hace mayoritaria la opinión, que al principio se apuntó con cierta timidez, de que se trataba de un verdadero contrato sucesorio. No por ello se olvidó que los términos empleados («*Los desposados pueden darse. .*», comenzaba diciendo el precepto) revelaban que el legislador parecía estar pensando en una donación, lo que para ROCA SASTRE era un simple defecto de técnica, explicación en absoluto válida respecto del actual 1.341, pues no cabe pensar, en vista del debate que venía ocupando desde la publicación del Código a la doctrina civilista, que la expresión «*podrán donarse*» haya sido irreflexivamente utilizada en la reforma del 81. Más bien parece —y la ubicación del precepto lo confirma que se quiere dejar bien claro que se trata de una donación *propter nuptias*, consecuentemente sometida a las normas de éstas. Ello no es incompatible con su naturaleza de pacto sucesorio, que el legislador español, siguiendo las directrices de la doctrina, ha asumido plenamente, como prueban los trabajos parlamentarios (17).

(17) En el curso de éstos se puso de manifiesto la naturaleza de pacto sucesorio de la donación de bienes futuros entre esposos. Concretamente, el grupo centrista-UCD presentó una enmienda al Proyecto de Ley (la núm. 412) con la finalidad de «*aclarar las viejas dudas que presentó a la doctrina el viejo artículo 1.331 del Código de 1889*». La primera de esas dudas era la de si tales donaciones eran o no revocables. «Para el enmendante, se dice justificando el nuevo texto propuesto, se trata propiamente de un pacto sucesorio, de un caso de sucesión contractual, y corresponde a una asentada tradición jurídica, que acaso estemos reproduciendo rutinariamente cuando ya han cambiado los supuestos sociales en que cuadraba y debía de operar el presupuesto de una familia estable, fundada en el matrimonio indisoluble...» Aunque lo pedido en esta enmienda, fundamentalmente refundir los dos párrafos en uno y derogar expresamente el art. 620, no se tuvo en cuenta por el Dictamen de la Comisión, no se cuestionó la calificación de pacto sucesorio atribuida por su primer firmante, Antonio Díaz Fuentes.

La unión de éstos a los argumentos tradicionales (18) y a los precedentes históricos (19), nos llevará a darle la razón a LACRUZ cuando afirma: «La donación de bienes futuros presenta, así, un aspecto predominante de contrato de institución de heredero o de legado, si bien no podemos dejar de lado el calificativo de *donación* atribuido por el Código Civil al acto, y que impone la sumisión a normas sobre donaciones por razón de matrimonio y donaciones ordinarias que puedan adaptarse a su especial naturaleza. En definitiva podemos calificarla, con VALLET, de donación *mortis causa*, y en cuanto tal asimilable a los legados (o en su caso a la institución de heredero), pero irrevocable: la revocabilidad pertenece a la naturaleza de la donación *mortis causa*, pero no a su esencia».

Con lo anterior no queda por supuesto resuelto, sino tan sólo planteado, el problema de fondo que suscita la figura: la determinación de su régimen jurídico; pero esto es algo que excede de las posibilidades y del objetivo del presente trabajo. Me ceñiré por ello a los aspectos que para él ofrecen relevancia, comenzando por los sujetos.

Los únicos que pueden celebrar esta modalidad de donación son *los futuros esposos* (art. 1.341, párr. 1). La limitación subjetiva constituye el primer indicio del carácter excepcional de la norma y es prueba de que no estamos ante un cambio de política jurídica en lo que se refiere a la admisión de la sucesión contractual, que nuestro ordenamiento, al igual que los restantes del área latina, rechaza en línea de principio.

Dentro del concepto de pactos sucesorios incluye CASTÁN toda convención que tenga por objeto la herencia de una persona viva, ya sea ésta uno de los contratantes o un tercero extraño al contrato. De manera que no son sólo las convenciones mediante las cuales una persona confiere a otra un derecho hereditario a título universal o particular sobre sus bienes, aunque ésta sea una de sus modalidades, sino que también se incluyen dentro de la figura de la sucesión contractual los llamados *pacta de non succedendo* o renunciativos, por los que renuncia de modo definitivo a la herencia aquél

Por su parte, el grupo Socialistes de Catalunya propuso (enmienda núm. 264) la supresión del párrafo 2.º del art. 1.341 del Proyecto de Ley, cuyo texto era el siguiente: «Igualmente podrán donarse (los desposados) antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada» El motivo de la enmienda era que este párrafo «no encaja en un sistema que no admite los pactos sucesorios». El Dictamen de la Comisión no aceptó lo en ella pedido.

(18) Como el de que, interpretado de otra manera el art. 1.341, sería inútil, pues sólo estaría permitiendo a los desposados algo que de todas formas ellos —y el resto de las personas— pueden hacer: disposiciones de bienes que sólo producen efectos a la muerte del donante, pudiendo hasta entonces revocarse.

(19) El art. 1.258 del Proyecto del 51 configuraba las donaciones de los bienes que un cónyuge deja a su muerte como sucesión contractual.

que por cualquier título puede ser llamado a ella, y los *pactos dispositivos*, en los que el causante permanece extraño a los mismos y los que los celebran disponen de los bienes comprendidos en la futura sucesión de un tercero a favor de un extraño, bien sea a título de venta, de donación u otro cualquiera. Y aún dentro de cada uno de estos tipos pueden todavía establecerse distinciones. En suma, la sucesión contractual es una institución amplia y de gran diversidad y por ello es lo más prudente atribuir a un supuesto tan puntual y cualificado como el del artículo 1.341 el carácter de una verdadera excepción, que no necesariamente significa que se esté evolucionando hacia un sistema de permisión de los pactos sucesorios, análogo al de otros ordenamientos o a los de los derechos forales.

Cabe distinguir en las legislaciones actuales entre aquellas claramente restrictivas en materia de sucesión contractual y aquellas otras en que ésta se admite, conviviendo con absoluta naturalidad con la testamentaria y la legal. Es este último el caso de Alemania, Austria y Suiza, que recogieron la tradición jurídica germánica, conocedora de un amplio desarrollo consuetudinario de la institución. Al primer grupo pertenecen el Código francés, el italiano, el portugués y el español que, con diferencias no sustanciales entre ellos, no hacen más que consagrar la solución acogida por el Derecho Romano en el que, pese a no encontrarse una prohibición general de los pactos sucesorios, se partía del principio radicalmente opuesto al del derecho germánico. Pero ya en el Derecho Romano se fue perfilando un supuesto en el que el principio prohibitivo se hacía tolerante: cuando se trataba de pactos celebrados en atención al matrimonio. Y esta excepción subsiste hoy en la mayor parte de los ordenamientos del área latina (salvo Italia).

Tradicionalmente se viene justificando por ser favorable al matrimonio (20), pero respecto del párrafo segundo del artículo 1.341 es cuestionable que ésta sea la *ratio*, pues donante y donatario han de ser necesariamente los futuros esposos, y si efectivamente se tratase de una medida tendente a facilitar las nupcias, se ampliaría el supuesto a las donaciones procedentes de extraños, tal y como hacía el Proyecto del 51 (art. 1.253) o el Código francés (arts. 1.082 y 1.083). Tampoco resulta oportuna la mención del interés de la familia como fundamento del negocio porque si de verdad se protegiese ese interés, no serían revocables por ingratitud del donatario (cfr. art. 1.343.1). Aquí el único interés que se está protegiendo es el del donatario.

(20) Como dice ROCA SASTRE, si la prohibición de los pactos sucesorios fue debida a la finalidad de proteger la libertad de disponer por testamento (*favor testamentorum*), la libertad de los mismos pactos responde al designio de favorecer la celebración de matrimonios (*favor matrimoniorum*).

El principio del *favor matrimonii* constituía, en efecto, la razón de ser del régimen privilegiado de las antiguas donaciones *propter nuptias*, mediante las cuales personas distintas de los cónyuges pretendían coadyuvar a la formación del patrimonio de la nueva familia, pero no es seguro que lo haya sido en algún momento de las donaciones entre desposados. Como dice LAURENT hay algo de indignante en el pensamiento de que el esposo que se casa no lo hace sino porque recibe una liberalidad. En cuanto a las donaciones *mortis causa*, decir que mediante ellas se quieren favorecer las nupcias significaría que se pretende incentivar la celebración de matrimonios mediante la garantía que un cónyuge ofrece a otro de que se va a convertir en sucesor suyo en los términos pactados. En realidad, las donaciones esponsalicias se justifican históricamente, según Alvarez CAPEROCHIPI, por la necesidad de asegurar la posición de la viuda en una época en que no tenía reconocida una cuota legitimaria y en la que no participaba (porque el régimen matrimonial era el dotal) de las ganancias de su cónyuge. Subsisten en el derecho moderno, y como nuestro Código las reconduce a una categoría unitaria, la de las «donaciones por razón de matrimonio», la doctrina hace tabla rasa y, olvidando cualquier matiz, afirma que su régimen de favor responde a la intención de la ley de favorecer el matrimonio.

Tras la reforma del 81 no puede ya sostenerse que ese sea el fundamento de las especialidades contenidas en el capítulo dedicado a las donaciones por razón de matrimonio. Si se compara la disciplina vigente con la anterior (antiguos arts. 1.327 a 1.335), se observará la desaparición de las normas que respondían a aquella *ratio*: la derogación del requisito de la aceptación, la obligación del donante de liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos y la exclusión de las causas generales de revocación de las donaciones. Nuestro legislador ha cambiado, y ello es digno de alabanza, la configuración de las liberalidades matrimoniales. Para él no son relevantes los fines o los motivos por los que se hacen (21), ni quiere con ellas facilitar el matrimonio. Su peculiaridad estriba en su vinculación al matrimonio y todas las especialidades que establece —que presentan menores rasgos de privilegio que en el régimen derogado— responden a esa idea. Basta con que se realicen «*en consideración*» al matrimonio, en favor de uno o de los dos esposos y antes de su celebración, para quedar incluidas en dicha categoría y sometidas a particulares disposiciones que, si bien se mira, lo único que hacen es desarrollar las consecuencias propias de su dependencia del matrimonio.

(21) Generalmente se pretende contribuir a la formación del patrimonio conyugal o demostrar mediante ellas el afecto al donatario o la alegría que supone el próximo enlace.

Volviendo a la hipótesis del artículo 1.341.2 y descartado que el motivo por el que se deroga la prohibición de los pactos sucesorios sea el *favor matrimonii*, ¿a qué se debe entonces? Me inclino a pensar que si se admite a cada uno de los contrayentes realizar donaciones *mortis causa* en favor del otro, siempre que se respeten los límites marcados para la sucesión testada, es porque se entiende que si alguna relación humana justifica que se derogue el principio de la libertad de testar es la relación conyugal, pero no porque se quiera inducir a nadie a contraer matrimonio, sino porque implica una comunidad de vida con ánimo de permanencia que convierte en razonable la merma de libertad que supone. Es más acorde con la conciencia social del momento entender que en el contexto de una relación matrimonial, aparte de que quizás sea menos probable un cambio de voluntad, tiene sentido imponer al disponente la vinculación de por vida a lo que acordó con su cónyuge antes de contraer matrimonio. Ciertamente, puede resultar paradójico en un sistema, como el actual, de matrimonio disoluble, pero esto ya lo tiene en cuenta el artículo 1.343, al permitir la revocación en los casos de separación y divorcio si concurren en el donatario determinadas circunstancias.

Es claro, por otro lado, que si se admite la hipótesis de sucesión contractual que estamos comentando no es por su inclusión en la escritura de capitulaciones matrimoniales, aunque la forma sea un requisito *ad solemnitatem*, pues como dice PELAYO HORE no es lógico pensar que un requisito formal convierta en lícito y aceptable lo que sin él se considera inadmisible. Pero es inevitable preguntarse por la razón del diferente trato que en materia de forma reciben las donaciones por razón de matrimonio en general (que, como ya vimos, no es necesario que se celebren en capitulaciones) y las donaciones de bienes futuros que, sin dejar de pertenecer a esa categoría, han de hacerse forzosamente en capitulaciones. Pues bien, el acto reviste la suficiente transcendencia como para que se extremen las precauciones dirigidas a garantizar la pureza de la voluntad, como en el resto de los negocios *mortis causa*, y de ahí que se imponga la escritura pública. Puestos a exigir el documento público, y habida cuenta de la conexión que por definición este contrato mantiene con el matrimonio, ¿no es lo lógico llevarlo al terreno de las capitulaciones matrimoniales? Esto es lo que con buen criterio ha hecho nuestro Código.

Menos comprensible resulta que únicamente se permita este pacto antes del matrimonio (22). Lo primero que se piensa es que la explicación de ello

(22) El Grupo Parlamentario Socialista del Senado presentó una enmienda (n.º 23) al art. 1.341 proponiendo la siguiente redacción: «*Podrán acordarse en capitulaciones matrimoniales las donaciones de bienes futuros sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada*». Como puede verse, no se incluía el requisito de la antenupcialidad.

es la misma que la de las donaciones *propter nuptias* en general (no olvidemos que es una de ellas). Lo que define a éstas (lo hemos repetido muchas veces) es que se hacen con ocasión de matrimonio. No debe, pues, haber dudas de que esa vinculación existe, y la forma de disparlas es exigir que se realicen con anterioridad a la celebración del matrimonio proyectado. Cuando es así van a funcionar en conexión con el matrimonio, sin necesidad de probar que la voluntad del disponente dependía de su celebración, ni de recurrir a los elementos accidentales del negocio. O sea, que la antenuptialidad es para el legislador el indicio de que la liberalidad se hace *contemplatio matrimonii*. Sin embargo, las consecuencias del requisito legal de la antenuptialidad son diferentes según que se trate de donación de bienes presentes o de donación de bienes futuros, porque mientras que no hay ningún obstáculo legal para realizar una donación de bienes presentes constante matrimonio —que además se puede hacer depender de su subsistencia sometiéndola a condición o imponiéndola al donatario como carga—, sí que lo hay para la celebración después de las nupcias de un pacto sucesorio, aunque sea entre esposos. Sencillamente no sería posible en base a las reglas generales. De ahí que esté mucho más justificada la crítica del requisito de la anterioridad al matrimonio en el supuesto del artículo 1.341.2 que en las donaciones entre vivos. La ley, a pesar de todo, ha decidido formular la norma en los términos estrictos que conocemos (23), de donde deriva una importante consecuencia: que el pacto en cuestión no puede modificarse, ni aún por acuerdo de ambas partes, después de contraído el matrimonio o, cuanto menos, que no puede modificarse sin perder su carácter *propter nuptias*. Ya hemos dicho que la donación es irrevocable, pero no estamos ahora hablando de que por voluntad unilateral del donante se deje sin efecto la liberalidad, sino de la posibilidad de que, bien esto, bien la novación de la donación, se convenga bilateralmente (24).

(23) La redacción del Proyecto era la siguiente: «*Por razón de matrimonio los desposados podrán donarse hasta la décima parte de sus bienes presentes. Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.*»

(24) Una muestra de la confusión, bastante extendida, entre irrevocabilidad de la donación e imposibilidad de dejarla sin efecto o novarla por acuerdo de las partes, se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1949, en la que se declaró nula la novación de una donación *propter nuptias* acordada en documento privado entre donantes y donatario, en base a que tales donaciones eran *irrevocables*, salvo en los contados casos en que el art. 1.333 permitía su revocación. Entendió el Tribunal que puesto que la primitiva donación quedaría sin efecto al ser sustituida por la posteriormente acordada, entender válida ésta significaba contravenir la regla de la irrevocabilidad de las donaciones con ocasión de matrimonio, puesto que tal causa de revocación no estaba incluida en el art. 1.333. Como *obiter dicta* señala la insuficiencia del documento privado para la validez de la donación y el incumplimiento de lo orde-

Conforme a los principios generales, las partes de un contrato pueden, mediante nuevo acuerdo de voluntades, modificar o dejar sin efecto lo por ellas pactado. El Código no niega expresamente esta posibilidad a los sujetos de una donación *propter nuptias*, pero del requisito de la antenuptialidad, establecido por los artículos 1.336 y 1.331.2, se deduce la imposibilidad de modificarlas constante matrimonio. Me explico:

Teóricamente puede distinguirse entre la admisión de un determinado negocio sólo antes de la celebración del matrimonio y la posibilidad de que se modifique después, pero en realidad una cosa va unida a la otra. La novación significa que un nuevo negocio sustituye a otro anterior de la misma naturaleza. Si se trata de un negocio sólo permitido antes del matrimonio y se acuerda su alteración después de celebrado éste, no se estará respetando el requisito de la antenuptialidad, sin el cual el nuevo negocio carece de eficacia, lo que implica la subsistencia del primitivo. Lo que sí parece posible, no habiendo una norma expresa al respecto, es dejarlo sin efecto por acuerdo de ambas partes. Si se tiene en cuenta, además, que el donatario siempre puede renunciar a la donación, se comprenderá la sinrazón que supondría negar respecto de ésta el mutuo disenso.

La antenuptialidad de las donaciones con ocasión de matrimonio es, pues, el motivo para excluir la posibilidad de que, constante matrimonio, se modifique una donación de este tipo. No lo entendió así la ya citada Sentencia de 30 de octubre de 1949, que, según se ha expuesto, negó eficacia a un pacto novatorio de una donación *propter nuptias* por motivos bien distintos (véase la última nota). El Tribunal consideró que el principio de inmutabilidad de las capitulaciones, entonces en vigor, no regía respecto de tales donaciones, siendo sólo aplicable a lo que él llama «estipulaciones de capítulos matrimoniales» (esto es, sobre régimen económico), que diferencia perfectamente de aquéllos. La postura del Tribunal de no creer aplicable la regla de la inmutabilidad, formulada en el artículo 1.320, a una donación con ocasión de matrimonio, es razonable, si se tiene en cuenta cuál era entonces el concepto de capitulaciones del Código, pero no se tomó en consideración el artículo 1.327, que definía las donaciones por razón de matrimonio como «*las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno de los dos esposos*» y que a mi juicio hubiese sido la base adecuada para la solución del caso planteado.

nado por el art. 1.319, puesto que la alteración se había hecho sin la concurrencia de todas las personas que intervinieron en el otorgamiento de la escritura de capitulaciones.

La mención de este último precepto es asimismo claramente inoportuna, pues si bien es cierto que en el derecho entonces vigente se exigía, sin más requisitos, la asistencia y concurso de todas las personas que intervinieron en su otorgamiento, para la válida modificación de las capitulaciones, ello era sólo para la modificación acordada antes de la celebración del matrimonio, y no es el caso de la sentencia.

Estamos viendo como ocupan un lugar destacado, a la hora de determinar el régimen jurídico de estas donaciones de bienes futuros, las disposiciones sobre las donaciones *propter nuptias*. Se ha puesto un especial empeño en manifestar que participan de su naturaleza. La aplicación a ellas de la normativa contenida en el capítulo III del Título III del Libro IV del Código parece, pues, indiscutible. Mas, por otro lado, la exigencia de la forma capitular nos lleva a preguntarnos si le son aplicables también las disposiciones del capítulo II, el referido a las capitulaciones matrimoniales. Sin necesidad de detenernos mucho, comprenderemos que, salvo la exigencia de escritura pública, bien poco añaden al régimen jurídico del capítulo III. En realidad, tan sólo la remisión a las normas generales de los contratos efectuada por el artículo 1.335, que en rigor no es necesaria si aceptamos la naturaleza contractual de la donación para el caso de muerte, y el requisito exigido por el artículo 1.331 para la validez de la modificación de las capitulaciones matrimoniales.

Pero, ¿realmente tiene éste sentido en relación con el 1.341, 2º? Se debe distinguir según que la novación se refiera al pacto sucesorio o a algún otro pacto capitular. En cuanto a la primera hipótesis, ya hemos visto que está legalmente excluida después del matrimonio, aunque podría llevarse a cabo antes de su celebración. En este caso sería precisa la concurrencia de los demás otorgantes de los capítulos, pero no olvidemos que el derecho por ellos concedido tendría que resultar afectado, lo que no parece posible al tratarse de una donación «*para el caso de muerte*»

Por lo que se refiere a la segunda hipótesis, la de modificación de otros pactos capitulares distintos del sucesorio, puede ser ante o postnupcial (25). Generalmente la alteración se referirá al régimen económico del matrimonio, en cuyo caso, siendo los cónyuges los sujetos de la novación, la norma no tiene sentido, pues los únicos que tendrían que concurrir serían ellos, como partes del pacto sucesorio.

Una última posibilidad es que la novación se refiera a un pacto capitular concertado entre uno de los cónyuges y un tercero (por ejemplo, la mejora hecha en capitulaciones). ¿Es entonces preciso, en base al artículo 1.331, el concurso y asistencia del otro cónyuge que intervino como otorgante en las capitulaciones que se pretenden modificar? La respuesta es negativa porque incluso de existir algún caso en que se afectase un derecho concedido en su favor, la norma, según ya quedó explicado, existe para proteger al donante (sobre la base de la idea de que en las donaciones por razón de matrimonio hay algo más que una mera liberalidad) y no al donatario.

(25) Salvo que se trate de una donación *propter nuptias*, que hay que entender inmutable en base al art. 1.336.

En principio, pues, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el artículo 1.331 parece pensado sólo para el caso de modificación capitular llevada a cabo por ambos esposos y que produzca como consecuencia una alteración de la titularidad o destino de bienes donados por terceros, bien en favor de uno, bien en favor de ambos.

D) *Artículo 826 y 827: Promesa de mejorar o no mejorar*

Declara el párrafo primero del artículo 826 del Código que «*La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida*». Desde GARCÍA GOYENA (con referencia al art. 658 del Proyecto del 51) se viene considerando como una excepción al principio general de prohibición de los pactos sucesorios, que tiene su origen en la Ley 22 de Toro (26).

La letra del precepto, al no incluir alusión alguna a la aceptación de la promesa, no resulta decisiva en cuanto a su naturaleza contractual. Entra pues dentro de lo posible entender que a lo que se refiere es a una declaración unilateral de voluntad del mejorante. Apoya esta idea el párrafo segundo del propio artículo, según el cual «*La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto*». Esto, referido a un contrato, es absolutamente innecesario, porque con arreglo a los principios generales la sólo voluntad de una de las partes del contrato no puede dejar éste sin efecto. Abunda en esta idea la consecuencia jurídica prevista por el párrafo 1.º Según él, la promesa de mejorar o no mejorar «*será válida*», lo que parece indicar que se quiere atribuir eficacia jurídica a algo que normalmente carecería de ella: una declaración de voluntad no testamentaria, pero también unilateral, relativa a la mejora.

Fácilmente pueden ser rebatidos cada uno de los argumentos expuestos. La finalidad de la norma es, en efecto, permitir algo que, ateniéndonos a las reglas generales, sería nulo por contravenir la prohibición de la sucesión contractual: el compromiso de realizar en el futuro una disposición (o de no hacerla) en concepto de mejora, bien por testamento, bien por acto *inter vivos*. Como dice MUCIUS SCAEVOLA, el artículo 826 no se refiere a la mejora

(26) «*Si el padre o la madre o alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar a alguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda facer la dicha mejora de tercio ni quinto, y si la ficiere que no vala: y asimismo mandamos, que si prometió el padre o la madre, o alguno de los ascendientes de mejorar a alguno de sus hijos o descendientes en el dicho tercio y quinto por vía de casamiento, o por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados a lo cumplir y hacer, y si no lo hicieren, que pasados los días de su vida, la dicha mejoría y mejorías de tercio y quinto sean habidas por fechas.*»

de presente, sino a la *de futuro*, a la que está por venir. El concepto *promesa* supone algo que se ha de hacer, su contenido jurídico es una obligación futura.

El silencio en cuanto a la aceptación no es razón para entender que no es necesaria. También el artículo 1.451 habla de promesa de vender o comprar y es claro que no se refiere a una declaración unilateral de voluntad, sino a la obligación de celebrar el contrato en el futuro. Además, en este punto resultan decisivos los precedentes históricos: la Ley 22 de Toro habla del ascendiente que *«prometió por contrato»* y el artículo 658 del Proyecto del 51 mencionaba expresamente la aceptación como requisito de la promesa de mejorar (27).

Por último, no es superflua la disposición del párrafo 2 del artículo, porque si bien es cierto que los contratos no pueden quedar sin efecto por la voluntad de una de las partes, no lo es menos que la regla general en cuanto a la mejora —que con toda claridad sienta el art. 827— es la revocabilidad, y si la mejora es revocable, con mayor motivo hubiesemos entendido que lo es la simple promesa de realizarla. Aquí se ve la utilidad de ese párrafo 2.º, aunque también es cierto que, siendo irrevocable la mejora hecha en capitulaciones, según continúa diciendo el artículo 827, vendría impuesta la misma solución respecto de la promesa de mejorar en capítulos.

El efecto básico de estas promesas de mejorar o no mejorar es la nulidad de todas las disposiciones del causante contrarias a ellas. Aunque sólo se habla de *testador*, hay que entender con MANRESA que el legislador quiso referirse al promitente y a toda disposición posterior contraria a la promesa, aunque no esté contenida en testamento. Además, cuando se trata de promesa positiva de mejora, se entiende ésta hecha aún cuando el promitente no la cumpla. Como decía la Ley 22 de Toro, mucho más expresiva en este punto, *«si no lo hicieren, que pasados los días de su vida... sean habidas por fechas»*. En definitiva, la promesa de mejorar hecha con los requisitos de la ley, equivale a mejora, pero a mejora irrevocable.

El artículo 826 no dice quiénes son los sujetos de la promesa, por lo que cabría entender que puede serlo, respecto de la mejora de sus descendientes, cualquier otorgante de las capitulaciones. No obstante, el supuesto contemplado en nuestro antiguo derecho es el de un pacto en el cual un ascendiente prometía mejorar al hijo o hija que se casaba. No se consideraba, en cam-

(27) El texto del artículo era el siguiente: *«La promesa de mejorar hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificación prescrita en el artículo precedente y aceptada por aquél en favor de quien se hace, equivale a una mejora. Si la promesa es de no mejorar y resulta de escritura pública, será nula toda mejora hecha contra la anterior promesa.»*

bio, la hipótesis de que uno de los contrayentes prometiera al otro (o ambos recíprocamente) mejorar o no mejorar a hijos nacedores, si bien un sector doctrinal, encabezado por MANRESA, lo creyó incluido en el supuesto de hecho. Distinta era la opinión de SÁNCHEZ ROMAN, que se basaba en que al tiempo de otorgarse las capitulaciones (que entonces eran antenupciales) es de suponer que no había descendientes de los cónyuges a los que mejorar. Mucho más sólido es el razonamiento de VALLET DE GOYTISOLO, quien afirma que, dado el carácter excepcional de los pactos sucesorios en el Código Civil, parece más dudosa la eficacia de la promesa de mejorar o no mejorar estipulada entre los cónyuges respecto de sus hijos nacedores, a no ser que vaya respaldada y apoyada en la delegación prevista en el artículo 831. A este viejo problema se une, tras la admisión de las capitulaciones postnupciales, el de si los esposos pueden utilizar el *instrumentum* capitular para mejorar a los hijos comunes. No cabe duda de que podrán hacerlo por contrato entre vivos (art. 825), pero ello no implica especialidad alguna. La verdadera cuestión es si tiene eficacia jurídica aquella estipulación capitular por la que los cónyuges se comprometen a mejorar (no es mejora de presente) o no mejorar a descendientes comunes. Partiendo del hecho de que el artículo 826 no contempló esta posibilidad que, no obstante, encaja en su letra, creo que sólo puede resolverse adecuadamente la cuestión indagando la *ratio* de la norma.

Llegamos así al problema central. Con las aclaraciones hechas anteriormente, el significado de la norma no ofrece demasiadas dudas. Los verdaderos problemas se presentan desde el momento en que uno se pregunta por su *ratio*. ¿Cuál es la razón por la que se derogan las normas generales y se concede eficacia a un pacto sucesorio, sólo y exclusivamente si éste se incluye en el contrato matrimonial?

Si prescindimos del principio del *favor matrimonii*, que implicaría, según decía LAURENT, considerar al matrimonio como si de un mercado se tratara, y respecto del cual ya expuse mi opinión al ocuparme de las donaciones con ocasión de matrimonio, habremos de admitir que no parece posible hallar un motivo convincente que explique que las únicas promesas de mejorar a las que nuestro Derecho reconoce eficacia sean las hechas en los capítulos matrimoniales. Ello, unido a los precedentes históricos, a la extraña reiteración del propio artículo 826, que menciona como requisito la escritura pública y las capitulaciones matrimoniales y, por último, a la norma del artículo 827 del Código, que declara irrevocable, además de la mejora hecha en capitulaciones, la hecha en contrato oneroso celebrado con un tercero, me llevan a adscribirme a la tesis de los que defienden, prescindiendo de la interpretación literal del artículo 826, que en realidad éste declara válidas las promesas de mejorar y no mejorar si han sido hechas en capitulaciones matrimoniales o en un contrato oneroso celebrado con un tercero.

En cuanto a los precedentes históricos, lo primero que se observa, tanto en las Leyes de Toro como en el Proyecto del 51, los requisitos que se exigían para las promesas negativas y las positivas no eran los mismos, siendo más rígidos en estas últimas, lo que se explica por su mayor transcendencia. El Código abandona esta distinción y declara vinculantes ambas modalidades, sin más requisito que el de que se hagan «*por escritura pública en capitulaciones matrimoniales*». No es dudoso el ánimo del legislador de unificar los requisitos de las promesas de mejorar y de no mejorar, aunque algún autor haya defendido lo contrario. Una cosa es no atenerse estrictamente a la literalidad de los términos empleados y otra muy distinta pretender que el Código no ha modificado el derecho anterior cuando resulta evidente que lo ha hecho. Además, es probable que los redactores del Código se inspiraran en las opiniones de GUTIÉRREZ, quien, comentando los distintos requisitos que la Ley 22 de Toro exigía para los pactos de *non succedendo* (contrato entre vivos y escritura) y para los de *succedendo* (por vía de casamiento u otra causa onerosa), se preguntaba, recogiendo las inquietudes de otros autores, si el requisito impuesto en un caso había de considerarse sobreentendido en el otro, concluyendo que así debía ser y que la promesa de no mejorar debía, al igual que la de mejorar, hacerse mediante una causa y que ninguna otra era más propia para ello que el casamiento.

Nótese que respecto de las promesas positivas no se menciona la escritura pública, pero que ello no quería decir que no fuera necesaria. Según LACOSTE la escritura pública era tan necesaria para las promesas de mejorar como para las de no mejorar. Basta considerar que la Ley 22 de Toro no se ocupaba de las de mejorar más que en la parte final de su texto, suponiéndose citada la frase «*por vía de casamiento o por cualquier otra causa onerosa*». Ya advertía PACHECO que en las Leyes de Toro es indispensable buscar en unas la verdadera inteligencia de las otras, porque están escritas con tal imprecisión que sería un error dar excesiva importancia a omisiones que lo son de cada momento.

La misma tónica mantuvo el Proyecto del 51, cuyo artículo 658 declaraba equivalente a la mejora «*la promesa de mejorar hecha por causa onerosa en escritura pública*» y la de no mejorar simplemente cuando se hacía en escritura pública. Lo que ahora se omitía era la referencia a las nupcias, probablemente porque se venía considerando que las promesas de mejorar con ocasión de matrimonio tenían una causa onerosa y que no había por tanto necesidad de mencionarlas expresamente. Esta es la opinión de LACOSTE, para quien en las Leyes de Toro el contrato de matrimonio no era considerado más que como ejemplo de los contratos a título oneroso que pudieran estipularse con un tercero y se mencionaba expresamente porque era la ocasión más frecuente de ejercer esas promesas de mejorar. Encuentra

esta idea apoyo en el texto de la ley 22, que habla de la promesa de mejorar «*por vía de casamiento o por otra causa onerosa alguna*», pero no resulta lo mismo de la ley 17 en que la mejora hecha en contrato con causa onerosa se distingue perfectamente de la hecha con ocasión de matrimonio: «*así como* (es decir, también) *por vía de casamiento*».

Finalmente, la redacción actual, en la que desaparece la referencia a la causa onerosa y se mencionan las capitulaciones matrimoniales tras la escritura pública, se introdujo por el artículo 811 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-88. Sigue siendo necesario poner en relación la norma con otras (concretamente con el art. 827) para obtener una completa enumeración de los requisitos necesarios para la validez e irrevocabilidad de las promesas de mejorar. LACOSTE señala como posibles causas del carácter incompleto del artículo 826 bien la falta de comprensión por parte de los redactores del Código de la doctrina contenida en las Leyes de Toro, bien un afán desmedido de concisión. Sin necesidad de ser tan duros con nuestro legislador, basta con pensar para explicarla que no se quiso modificar el derecho anterior (tan sólo unificar, siguiendo las directrices de GUTIÉRREZ, el régimen de las dos modalidades de promesa) y que aunque se quiso reproducir en lo esencial la doctrina de las Leyes de Toro, se recogió parcialmente debido al carácter incompleto de sus leyes.

Por lo que se refiere a la expresión del artículo 826 «*por escritura pública en capitulaciones matrimoniales*», llama la atención que en una disposición en que el legislador fue muy parco en palabras (quizá con un afán de simplificación que acarrea graves dificultades al intérprete y hace imprescindible el recurso a los precedentes históricos), se introduzca una mención innecesaria del requisito del documento público pues, como dice MUCIUS SCAEVOLA, implícito en el concepto de capitulaciones matrimoniales va el de escritura pública.

Le fue fácil a la doctrina encontrar una explicación para ello: en la anterior normativa sobre las capitulaciones no era requisito de las mismas la escritura pública si concurrían las circunstancias del antiguo artículo 1.324 (28); pero la forma en este prevista se estimó insuficiente para las promesas de mejorar y no mejorar. No bastaba, pues, con aludir a las capitulaciones matrimoniales, sino que había que añadir la exigencia de escritura pública, aún cuando por regla general esta era la forma requerida por la ley para el contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio.

(28) «*Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan a un total, los de marido y mujer, que no exceda de 2.500 pesetas, y en el pueblo de su residencia no hubiese Notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega, o aportación en su caso, de los expresados bienes.*»

Totalmente distinto es el punto de vista de LACOSTE, quien, inspirándose en el derecho anterior, propone una interpretación poco respetuosa con la letra de la ley. El cree que la primera condición enunciada por el artículo 826, la de «*escritura pública*», se refiere tanto a las promesas de mejorar como a las de no mejorar, pero que ello no sucede con la segunda condición, «*en capitulaciones matrimoniales*», que sólo rige para las de mejorar porque, según el, «la tradición, la lógica y el buen sentido nos dicen al unísono que el lugar para las promesas de no mejorar no son las capitulaciones matrimoniales». Aún reconociendo lo acertado de esta afirmación, no comparto su opinión pues, como ya ha quedado expuesto, es probable que la unificación del régimen de las promesas de mejorar y no mejorar llevada a cabo por el Anteproyecto del 82-88, que luego pasó al Código, esté inspirado en las manifestaciones de un sector doctrinal que tal cosa aconsejaba.

En suma, soy de la opinión de que en nuestro vigente derecho están permitidas las promesas de mejorar y no mejorar siempre que se hagan en un contrato oneroso celebrado con un tercero, formalizado en escritura pública, o cuando formen parte del contrato matrimonial. Pero ni siquiera con esta ampliación del supuesto de hecho del artículo 826 se hace más fácil resolver el problema de su *ratio*, porque si pronto se comprende el porqué se concede eficacia jurídica a la promesa nacida de un pacto oneroso entre el mejorante y alguien que no es el mejorado, no ocurre lo mismo respecto de la promesa de mejorar con ocasión de matrimonio.

Las promesas de mejorar, tanto positivas como negativas, han de tener su origen, para ser reconocidas por nuestro ordenamiento, en un acuerdo de voluntades en el que el mejorante, a cambio de una prestación que obtiene de la otra parte, se obliga a realizar una atribución patrimonial con la cualidad de mejora en favor de determinado hijo o descendiente. Este recibe una atribución patrimonial gratuita, pero en el mejorante concurre una causa onerosa; por ello el interés del mejorado tiene que prevalecer respecto del suyo. La mejora no ha perdido su carácter de tal: es una atribución patrimonial gratuita recibida por el descendiente; sin embargo, el mejorante no actúa movido propiamente por un ánimo de liberalidad. Su libertad de testar no tiene que ser ya protegida. Debe quedar claro que no es suficiente, para dotar de eficacia jurídica a la promesa de mejorar, con el interés oneroso del mejorante. En tal caso estarían autorizadas también cuando este contrata directamente con el descendiente mejorado, recibiendo de él una contraprestación a cambio de la mejora. Pero no es así. Y es que, en tales casos, la mejora perdería para el descendiente la nota de gratuidad, tan esencial en la misma como en la donación (cosa distinta es, obviamente, que se le imponga una carga al mejorado). En la situación que contempla el Código —única en la que, junto con la de las capitulaciones, se deroga la

prohibición de la sucesión contractual— *hay un interés oneroso en el mejorante, mas no en el mejorado, ni tampoco en el estipulante*, el cual quiere procurar un beneficio al mejorado (29). Es en el estipulante en el que en realidad hay un ánimo de liberalidad. En definitiva, la libertad de testar cede ante el interés oneroso del mejorante.

Mucho más sutiles son las cosas respecto de las capitulaciones matrimoniales, aunque el fundamento es, en lo sustancial, idéntico. Si se permiten las promesas de mejorar realizadas con ocasión de matrimonio no es porque haya un tercero, el cónyuge del mejorado, con un interés digno de protección, tal y como se ha venido sosteniendo, sino porque el mejorante, lo mismo que el donante *propter nuptias*, no actúa movido exclusivamente por un ánimo de liberalidad (30). Esa finalidad que mueve al mejorante no es propiamente un interés oneroso, sino un indefinido interés de carácter no patrimonial, algo así como el deseo del ascendiente de que el matrimonio se celebre y la utilización por éste de un instrumento que facilita su celebración, entendido, no como un estímulo económico al otro cónyuge, sino como el medio de proporcionar al matrimonio el sustrato económico que precisa.

El problema es que si defendemos la validez de las promesas de mejorar en capitulaciones por entender que son un modo de facilitar la celebración del matrimonio, en el sentido expuesto, habría que entender que son nulas cuando responden a una finalidad distinta; por ejemplo, una promesa de mejorar que se cumple en testamento muchos años después difícilmente posibilita la celebración del matrimonio y no cabe duda de que entra dentro del campo de aplicación de la norma. A falta de un fundamento que en el contexto actual me parezca defendible, creo preferible ver en la autorización de promesas de mejorar en el contrato matrimonial la manifestación de una voluntad legislativa algo más flexible en materia de sucesión contractual. Rechazo plenamente cualquier interpretación que implique ver en esta norma un «incentivo» al matrimonio, lo que resulta más acorde con el

(29) Como ha observado BLASCO GASCÓ, normalmente nos hallaremos en un espacio familiar, pues resulta difícil pensar que una persona extraña aproveche este incómodo mecanismo para procurar una ventaja patrimonial a otra persona, ventaja que, en definitiva, podría otorgar directamente mediante una donación, y si se persigue una finalidad solutoria podría hacer el pago igualmente de una manera directa.

(30) Por la misma razón creo admisibles, al amparo del precepto, los pactos por virtud de los cuales el ascendiente se compromete a mejorar a un descendiente determinado imponiéndosele a éste una carga. Obsérvese que es una hipótesis distinta a la del art. 825 que no se refiere a la promesa, sino a una donación intervivos cualificada como mejora, con entrega de bienes por tanto y sometida de lleno a la regla de la revocabilidad (art. 827). Desde el punto de vista del mejorado, la mejora no pierde su carácter de disposición gratuita, pero en el disponente existe un ánimo no estrictamente de liberalidad que justifica que se limite su libertad de testar.

contexto sociológico de épocas pasadas y del que en ningún caso —ni siquiera en otros momentos históricos— debió de hacerse eco el derecho positivo. Incluso en las épocas en que el matrimonio se contraía en base a intereses puramente patrimoniales, no faltaron juristas que se manifestaron en contra de que las leyes reconocieran y ampararan dicha realidad. El Derecho no puede permitir, no al menos con ese ánimo, desplazamientos patrimoniales que supongan de hecho una «compra» del marido o de la esposa; distinto es que de hecho así ocurriera.

Una cosa es la razón por la que en ocasiones se deroga la prohibición de la sucesión contractual (que es lo que hace el art. 826) y otra bien distinta el fundamento por el que, para ciertas mejoras convencionales, se prescinde de la regla de la revocabilidad de la mejora (art. 827). El problema es que esto último ocurre, precisamente, en los mismos casos en que se autorizan las promesas de mejorar. Por eso la *ratio* del artículo 826 suele confundirse con la del 827. Con la salvedad de que el primero trata de la promesa de mejorar y el segundo de la mejora, son idénticos los restantes elementos del supuesto de hecho. Pero la consecuencia jurídica es distinta y el fundamento, en parte, también.

Es prácticamente unánime la opinión de que las dos excepciones a la revocabilidad de la mejora del artículo 827 responden a la misma idea. Constituye una excepción CANO TELLO, quien, recién publicada la Ley de 2 de mayo de 1975, publicó un trabajo en el que se ocupaba de indagar la *ratio* de la irrevocabilidad de las mejoras contractuales y de las realizadas en capitulaciones, sosteniendo que la causa era distinta y que en el último caso era sólo y exclusivamente la tradicional irrevocabilidad del contrato matrimonial; de ahí extraía la consecuencia de que la mejora en capitulaciones es revocable en la misma medida en que éstas lo son y que, admitida la modificación de los capítulos, ya no se debía hablar de irrevocabilidad de la mejora en capitulaciones.

Lo equivocado de este planteamiento salta a la vista. Como indica PUIG BRUTAU, se está confundiendo la revocación unilateral de la mejora con el mutuo acuerdo, que no encuentra obstáculo alguno a partir de la reforma del 75. La mejora en capitulaciones sigue siendo irrevocable, lo que quiere decir que la sola voluntad del mejorante no puede dejarla sin efecto, a diferencia de lo que ocurre con el testamento.

Al margen de ello conviene dejar claro que no hubo nunca en nuestro Código conexión alguna entre el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones y la irrevocabilidad de la mejora hecha con ocasión de matrimonio. Revocación y modificación de los capítulos transcurren por caminos separados. De hecho, las normas sobre la revocabilidad de la mejora y sus excepciones tienen un origen muy anterior a la que establece la inalterabilidad de los capítulos, que la tomamos del Código de Napoleón.

Es claro, a la vista de los dos artículos que comentamos, que el fundamento de la irrevocabilidad, tanto en la hipótesis de contrato oneroso celebrado con tercero como en la de las capitulaciones, es independiente de la naturaleza *inter vivos o mortis causa* del negocio jurídico mediante el cual se acuerda o lleva a cabo la atribución patrimonial. Toda mejora es, en principio, revocable. Únicamente determinadas mejoras de las realizadas por actos *inter vivos* están excluidas de ese efecto general. Tampoco es dudoso que nada tiene que ver la irrevocabilidad con la tradición de los bienes (art. 827).

La práctica totalidad de la antigua doctrina entendió que la irrevocabilidad de la mejora se fundaba en la naturaleza onerosa del contrato y en la existencia del interés de un tercero en la misma. Poco se han ocupado del tema los autores modernos, con la destacada excepción de BLASCO GASCÓ, quien se mantiene fiel, en lo fundamental, a la tesis tradicional. Según él, la atribución de la naturaleza irrevocable de la mejora responde a la protección de intereses de un tercero, del mejorado o de ambos. En el supuesto del contrato oneroso celebrado con un tercero esto se aprecia con claridad. De él deriva para una de las partes la obligación de realizar una atribución patrimonial gratuita con la cualidad de mejora a favor de un determinado hijo o descendiente y para la otra parte aquélla obligación que asuma como contraprestación de la anterior, de manera que la mejora no es simplemente una liberalidad, sino también el cumplimiento de una obligación contractualmente asumida. Es en la relación jurídica entre el mejorante y el tercero en donde surge y se constata el interés oneroso de éste último en la mejora, aún cuando, como en el supuesto que hay que entender como más normal, la relación entre el tercero estipulante y el mejorado tenga una *causa donandi*. En suma, es el origen contractual-oneroso, por el sacrificio patrimonial que asume un tercero como contraprestación, por lo que el artículo 827 del Código declara dicha mejora irrevocable. Reconoce sin embargo este autor que ese esquema no se adapta necesariamente con el de la mejora hecha por capitulaciones matrimoniales, porque en ésta puede faltar el contrato oneroso anterior e, incluso, la figura del tercero. En el supuesto de donación calificada como mejora afecta al sostenimiento de las cargas matrimoniales existe un interés oneroso, o si se prefiere una causa onerosa, predicable de un tercero (el cónyuge no descendiente), pero no hay en puridad un contrato oneroso celebrado con un tercero. En cambio, en el supuesto en que otra persona distinta realiza una atribución patrimonial gratuita a uno o a ambos cónyuges en virtud de la donación calificada como mejora, hecha por el padre o ascendiente a uno de ellos, si tales atribuciones derivan de un pacto anterior, entonces sería aplicable el mismo esquema causal que en el caso de contrato oneroso celebrado con un tercero.

Pese a apreciar estas diferencias, que a su juicio son las que determinaron que el Código separase como hipótesis distintas las que en otros momentos iban unidas, cree que el fundamento de la irrevocabilidad de la mejora ordenada en capitulaciones matrimoniales es el mismo que el de la mejora ordenada por contrato oneroso con un tercero.

Aunque en lo sustancial la tesis expuesta me parece aceptable, difiero de algunas de las consecuencias que de ella deriva su autor y creo que el fundamento no es tanto el interés oneroso de un tercero, como la interdependencia que existe entre los distintos pactos capitulares.

Si bien es cierto que la doctrina anterior al Código Civil entendía que el contrato que se hace por vía de casamiento es oneroso, y que hoy autores como LACRUZ reconocen que en la mejora irrevocable hecha en capítulos hay un cierto matiz de onerosidad, no resulta nada fácil descubrir en quien concurre ese interés oneroso. Desde luego, no en el otro cónyuge, pues, aunque así sea, no es un interés merecedor de tutela jurídica. Tampoco en el propio mejorado porque su interés no es distinto del que tiene en la mejora cuando se realiza por un negocio no capitular y sin embargo entonces es revocable. Únicamente existe tal interés oneroso en un tercero en el caso de que en atención a un matrimonio proyectado y teniendo en cuenta la mejora ordenada en favor de uno de los contrayentes, realice una donación *propter nuptias*.

Constatado que ese «interés» o «matiz» oneroso no existe siempre en la mejora realizada en capitulaciones (31), creo preferible abandonar esa idea y sustituirla por la más precisa y correcta de interdependencia entre los pactos capitulares, que ofrece indudables ventajas respecto de aquélla. Así, si se piensa que el interés no meramente gratuito de un tercero es la causa de la irrevocabilidad, faltando éste, la mejora deberá quedar sometida a la regla general de la revocabilidad. Por el contrario, si se acude a la idea de interdependencia, ese problema queda resuelto, pues significa entender que un pacto capitular, por el mero hecho de quedar inserto en la misma escritura y acordarse simultáneamente por los otorgantes, es considerado y tratado por el legislador como presupuesto de los restantes negocios capitulares. A esta idea respondía el originario artículo 1.319 y creo que es también la *ratio* del artículo 827. La mejora realizada en capitulaciones se presume fundamento y base de las demás estipulaciones que se celebran en capítulos. No puede, en consecuencia, quedar expuesta a la voluntad del mejorante, dado que condiciona otros negocios.

(31) Así lo reconoce el propio autor, quien propugna por ello una interpretación amplia de la idea de onerosidad, la cual, al menos utilizada en su acepción tradicional, es inadecuada como fundamento de la irrevocabilidad de la mejora en capitulaciones matrimoniales.

La idea de interdependencia lleva de otra parte a excluir de la irrevocabilidad la donación por razón de matrimonio con una persona cierta, calificada como mejora, en la cual tiene un interés oneroso una tercera persona aunque no conste en capitulaciones, hipótesis que BLASCO GASCÓ cree que puede tener encaje en el artículo 827, bastando incluso con el interés oneroso del propio mejorado. Pienso, en contra de lo que opina este autor, que la esencia de la irrevocabilidad se halla en la naturaleza de las capitulaciones. No es suficiente que la mejora se haga con ocasión de matrimonio, lo que sí basta, según ya vimos, para calificar una donación de *propter nuptias*. Es la especial ligazón que se supone entre las distintas estipulaciones capitulares la que determina que se derogue la regla general de revocabilidad de la mejora.

Por último, sólo si la interdependencia entre los pactos capitulares es la razón de la irrevocabilidad de la mejora, se comprende que pueda el mejorante reservarse el derecho a revocar ésta, lo que, pese a no haber disposición expresa al respecto, admite la doctrina. En este caso los demás otorgantes de los capítulos están, por así decirlo, advertidos de la posibilidad de que la mejora quede sin efecto y establecerán las restantes cláusulas en función de ello.

Ahora bien, las cosas eran muy claras cuando sólo podían otorgarse capitulaciones antes del matrimonio. Todos los pactos que formasen parte del contrato prematrimonial eran interdependientes en el sentido expuesto, sin que existiese la posibilidad de alterarlos. El asunto se complica con la admisión de las capitulaciones postnupciales. Difícilmente puede decirse que los pactos acordados en un momento dado en capitulaciones matrimoniales son interdependientes porque han tomado en consideración unas capitulaciones anteriores. Piénsese que, constante matrimonio, un ascendiente de uno de los cónyuges decida mejorarlo o prometa hacerlo en una escritura otorgada al efecto, en la que no se contiene ningún otro negocio jurídico y sin participación del consorte. ¿Será válida la promesa?, ¿es irrevocable la mejora?

Antes de la reforma del 81 este dilema podía resolverse en base al concepto de capitulaciones que resultaba del artículo 1.315. El contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio era aquél en el que los cónyuges estipulaban las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros. La doctrina de la época entendía en consecuencia que a falta de disposiciones sobre régimen económico o de mención de las aportaciones de los esposos, no había capítulos. No los había, pues, a los efectos del artículo 827. El actual artículo 1.325 considera en cambio que hay capitulaciones incluso si, faltando toda disposición relativa al régimen económico del matrimonio, se establecen por los otorgantes «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Es evidente, de otro lado,

que los contrayentes o cónyuges no son los únicos otorgantes de los capítulos y que no es imprescindible la concurrencia de ambos (piénsese en las donaciones *propter nuptias*).

Parece, pues, forzoso admitir que la exigencia de las capitulaciones matrimoniales determinante de la irrevocabilidad de la mejora queda cumplida simplemente si el ascendiente se vale del instrumento público para ordenarla. Estaríamos entonces entendiendo el requisito en un sentido meramente formal, lo que no se corresponde desde luego con la intención legislativa.

Es decir, en el momento en que se introdujo el artículo 827 (y lo mismo cabe decir respecto del 826), las capitulaciones eran el contrato en el que los que iban a contraer matrimonio pactaban el régimen de bienes y en ocasiones celebraban otros negocios jurídicos vinculados igualmente al matrimonio, con participación de terceras personas y sin posibilidad de su ulterior rectificación. Las novedades introducidas por las leyes del 75 y del 81, relativa la primera a la admisión de las capitulaciones postnupciales y la segunda a la ampliación del concepto de contrato matrimonial, exigen responder a la pregunta de si la mejora puede o no hacerse en capitulaciones postnupciales y, caso de ser así, si con ello basta para predicar su irrevocabilidad.

A tal efecto debe establecerse una distinción entre la promesa de mejorar y la mejora ordenada en capitulaciones, esto es, entre las hipótesis del artículo 826 y 827. Creo, con base en el artículo 1.336, que la única promesa válida es la anterior a la celebración del matrimonio. Habida cuenta de que el Código reconoce eficacia jurídica a la promesa de mejorar por su vinculación al matrimonio, es clara la analogía que presenta con las donaciones *propter nuptias* que, según resulta del artículo 1.340, pueden ser también meramente obligacionales. Y si el legislador ha limitado el concepto de donación por razón de matrimonio a las donaciones antenupciales pensando que sólo entonces es segura su vinculación al matrimonio, el mismo razonamiento cabe aplicar a la promesa de mejorar.

Por lo que se refiere a la mejora hecha por capitulaciones, su irrevocabilidad nada tiene que ver con el hecho de que sean previas o posteriores al matrimonio, pues no es el hecho de que se haga en consideración a éste lo que determina tal efecto, sino la interdependencia entre los distintos pactos capitulares que, evidentemente, también puede darse si se otorgan capitulaciones constante matrimonio. Para que la mejora sea irrevocable será preciso que no se realice como un acto aislado, sino que sea una de las distintas estipulaciones que se acuerdan en un mismo acto en atención a un matrimonio determinado. Cuando esto ocurre la ley supone que la mejora ha sido tenida en cuenta por las partes de los otros negocios capitulares, siendo determinante del consentimiento que estos manifiestan, y para protegerlos declara irrevocable la mejora.

Así entendido, el artículo 827 presenta una cierta semejanza con la norma del artículo 1.331, ya que ambos tienen por fin proteger los intereses de las personas que consintieron en la celebración de un determinado negocio capitular sobre la base del estado de cosas resultante del conjunto de pactos acordados entre sujetos distintos en el mismo acto. Los donantes de los esposos realizaron sus liberalidades en atención a una determinada situación, por lo cual se les permite, si esta cambia por voluntad de los cónyuges, revocar las donaciones. Es lo que dispone el artículo 1.331. Y tanto los cónyuges como otros otorgantes de los capítulos tuvieron en cuenta a la hora de establecer sus acuerdos o realizar las liberalidades, la mejora que se realiza al mismo tiempo en favor de uno de los cónyuges. En cierto modo los pactos capitulares que se conciertan al tiempo de la mejora quedan ligados a ella; por ello se excluye la posibilidad de su revocación. De modo similar a lo que ocurre en los contratos, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en el contrato matrimonial la efectividad de este derecho no puede depender de la sólo voluntad de uno de los otorgantes del pacto que le da vida, pues aunque no quepa hablar de contraprestaciones, hay un nexo causal entre las convenciones.

En principio, según he dicho, la mejora en favor de uno de los cónyuges, aún con ocasión de matrimonio, no es irrevocable si se hace aisladamente y no en unión de otras convenciones matrimoniales. No será entonces una mejora hecha en capitulaciones (es decir, en el contrato matrimonial), sino una mejora hecha en escritura pública en favor de un descendiente casado o que va a contraer matrimonio. Es una hipótesis plenamente subsumible en el artículo 825, sometido a la regla de la revocabilidad (art. 827). No basta el documento público para derogar esa regla pues entonces le estaríamos atribuyendo un significado estrictamente formal al requisito de las capitulaciones.

Pero esa mejora, inicialmente revocable, habrá que entender que deja de serlo siempre que sea determinante de unas ulteriores capitulaciones otorgadas por los esposos. Se entenderá que lo es si éstos hacen una expresa remisión o referencia a la misma o establecen disposiciones que la presuponen. Por el contrario, cuando se hace la mejora en el mismo acto que otros pactos adoptados por los esposos, la ley supone que aquélla fue determinante de éstos y atribuye a ese enlace una consecuencia jurídica: la irrevocabilidad de la mejora.

No debe de confundirse la irrevocabilidad de la mejora hecha en capitulaciones con la modificación, por pacto entre mejorante y mejorado, de la mejora, que el Código no prohíbe. Como muy bien indica ALBALADEJO, aunque en los casos del artículo 827 el mejorante no puede revocar la mejora por su sólo voluntad, sí será posible eliminar ésta mediante la modificación de las capitulaciones, con los requisitos del artículo 1.331.

Pero éste, según ya expuse anteriormente, no es aplicable a mi juicio a la modificación del pacto de mejora, pues es presupuesto de su aplicación que la modificación afecte a derechos concedidos por otros otorgantes de los capítulos y no se vé de que manera puede producir tal efecto la novación de la mejora, aparte de que a quien aquél protege es al disponente a título gratuito (32). Rige plenamente en cambio el artículo 1.331 cuando los cónyuges modifiquen un pacto capitular que afecte a la mejora, que no es, en definitiva, sino una donación.

Queda, por último, intentar dar respuesta a la cuestión, planteada al principio, de si en capitulaciones pueden los cónyuges comprometerse a mejorar o mejorar de presente a los hijos comunes. En cuanto a lo primero, aún cuando se haga en capitulaciones antenupciales, no presenta analogía alguna con la hipótesis del artículo 826 de promesa de mejorar en atención a un matrimonio determinado, pero sí que encaja cuando es recíproca en el esquema del contrato oneroso celebrado con tercero: cada uno de los contratantes (los cónyuges) se obliga a mejorar a un determinado descendiente a cambio de que el otro asuma idéntica obligación. Ambos renuncian a su libertad de testar en favor de un tercero y a cambio de ello le procuran un beneficio. La promesa de cada uno de los cónyuges habrá que entenderla válida, no porque se haga en consideración al matrimonio, sino porque tiene su origen en un contrato oneroso celebrado con un tercero (no con el propio mejorado, sino con el otro cónyuge).

En cuanto a la mejora hecha en capitulaciones por uno de los cónyuges o por ambos separadamente en favor de un descendiente, será irrevocable, pero no en base a la interdependencia (33), sino porque al nacer de un acuerdo entre los cónyuges, tiene encaje en el otro supuesto de irrevocabilidad de la mejora, recogido también en el artículo 827: el de contrato oneroso celebrado con un tercero.

(32) Piénsese en tal hipótesis: A y B contraen matrimonio. Un ascendiente de A lo mejora en capitulaciones matrimoniales. Si posteriormente mejorante y mejorado modifican tal pacto, ¿de qué manera «afectaría» ello a un derecho concedido en el mismo contrato por un tercero en favor de uno o de los dos esposos? Podría pensarse que ese tercero realizó su liberalidad en función del primitivo pacto de mejora, pero, aunque así sea, a tal circunstancia no se le atribuyen efectos jurídicos sino cuando, como muy claramente dispone el art. 1.331, la modificación del pacto capitular «afecte» a la atribución patrimonial de aquel tercero.

(33) La idea de interdependencia no debe de ser tenida en cuenta fuera de los casos en que lo hace el propio legislador. No es, pues, aplicable al caso que estamos comentando de mejora pactada en capitulaciones por los esposos en favor de un descendiente común, que no es la hipótesis tradicional del art. 827.

E) *Artículo 831: Delegación de la facultad de mejorar*

El artículo 831 permite que se delegue en el viudo o la viuda que no haya contraído nuevas nupcias la facultad de *«distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante»*.

La problemática que plantea la disposición es variada y está magníficamente reflejada en los numerosos estudios doctrinales a que ha dado pie, tanto su actual redacción, que proviene de la reforma del 81, como la primitiva, procedente del Proyecto del 51. Pero de toda esa problemática sólo interesa, desde la perspectiva de este trabajo, lo relativo al acto originador de la facultad, que es, justamente, uno de los más superficialmente tratados, en buena medida porque posee carácter accesorio. Al fin y al cabo, como pone de relieve SECO CARO, se trata de una institución sucesoria y éste es su aspecto fundamental, que nosotros, sin embargo, no vamos a abordar.

Con anterioridad a la Ley 11/1981, la delegación sólo podía tener su origen en capitulaciones matrimoniales; en la actualidad podrá también ordenarse en testamento. La razón de esta novedad es el deseo de facilitar y promover su utilización y el convencimiento del legislador de que no había en realidad motivo alguno para circunscribirla al ámbito de las capitulaciones. Si así se hizo inicialmente fue por inspiración foral: se trata de una posibilidad tomada de los ordenamientos forales y en estos se establecía en capitulaciones.

No hay duda de cual es el régimen jurídico de ese acto originario en el caso de tratarse de un testamento. Como voluntad testamentaria será revocable y deberá de manifestarse con los requisitos legalmente establecidos para los testamentos. Sin embargo, la determinación del régimen jurídico cuando el acto originario son las capitulaciones matrimoniales puede plantear algunas dudas. Es nuestro objetivo concretar qué consecuencias jurídicas se derivan del hecho de que la delegación de la facultad de mejorar entre cónyuges tenga su origen en un pacto capitular y no en testamento.

Hay que comenzar por despejar algunas dudas relativas a la naturaleza del acto del que nace la delegación. Hasta la reforma del 81 no se ponía en duda su carácter contractual (el propio precepto hablaba de la posibilidad de *pactar* en capitulaciones matrimoniales (34). Cuestión distinta era la de

(34) *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.»*

su consideración o no como pacto sucesorio, lo que depende de que se adopte un concepto amplio o restringido del mismo (35). A propósito del texto vigente han surgido, en cambio, opiniones dispares. Para Díez Gómez la naturaleza de la delegación hecha en capitulaciones es idéntica a la de la hecha en testamento: acto jurídico *mortis causa* unilateral. Se basa para ello en que aunque ambos cónyuges intervienen, difícilmente se aprecia en el acto verdadera bilateralidad, puesto que uno de ellos delega y el otro se limita a estar presente, sin que en rigor haya aceptación porque la delegación no la precisa. Consecuencia de la unilateralidad es que puede ser revocada por el delegante. Afirman igualmente la revocabilidad LACRUZ y Díez-Picazo y Gullón. Otros autores, entre los que cabe citar a Alvarez Caperochipi, Roca-Sastre Muncunill y Rey Portolés creen que la delegación en capitulaciones tanto puede ser unilateral (y revocable) como bilateral e irrevocable si se le ha dado expresamente carácter contractual. Y, finalmente, encontramos la opinión, que estimo mejor fundada, de Vallet de Goytisolet y Miquel, para quienes el carácter contractual de las capitulaciones conlleva que la delegación, que nació de la voluntad de ambos cónyuges, no pueda quedar sin efecto por decisión unilateral del delegante, siendo preciso para ello el acuerdo de ambos. Cosa distinta es que el delegante impida, mediante la disposición testamentaria de sus bienes, el ejercicio de la facultad de mejorar y distribuir que había conferido a su cónyuge. Como muy bien precisa Miquel, eso no es revocar la delegación, sino, lo que es bien distinto, evitar que se produzca el supuesto de hecho de la norma; no olvidemos que la facultad se concede «*sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante*».

Tampoco parece relevante la sustitución del término *pactarse por ordenarse* (36) porque, como también indica Miquel, aquél no servía ya porque no se adapta a la concesión de la facultad por testamento. De otro lado, el hecho de que el testamento sea revocable no es, desde luego, razón para entender que lo es la delegación conferida en capitulaciones. Lo que ocurre es que la delegación puede ahora hacerse en negocios diversos, con un régimen diferenciado.

Esto no quiere decir que la única novedad consista en el reconocimiento, junto a las capitulaciones, de otro posible acto para dar vida a la delegación: el testamento. La mención de las capitulaciones matrimoniales por el nuevo artículo 831 tiene un significado y alcance distinto del que tenía

(35) Quedará sin duda incluido en esa categoría si por pacto sucesorio entendemos todo pacto o contrato que se refiere a materia sucesoria, mas no si creemos que sólo lo son los pactos de institución o pactos de *succedendo*.

(36) REY PORTOLÉS encuentra aquí un argumento en favor del carácter unilateral del negocio.

en el antiguo, porque el concepto de capitulaciones matrimoniales ha variado. En el régimen anterior, la autorización tenía que ser por fuerza una cláusula integrada en el contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, que el artículo 1.315 definía como aquél en el que se estipulaban las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros. En la actualidad tal cláusula, por sí sola, puede dar contenido al contrato matrimonial (art. 1.325), con lo que en la práctica las cosas son muy parecidas a como lo hubieran sido de haberse convertido en definitivo el texto del Proyecto de Ley que decía «*escritura pública*» donde el texto vigente dice «*capitulaciones matrimoniales*» (37).

No quiero con ello decir que a la exigencia de las capitulaciones no haya que darle más valor ni atribuirle mayores consecuencias. En primer lugar, constituye una prueba decisiva de cara a la bilateralidad del acto, pues las capitulaciones matrimoniales son, si no un contrato, con seguridad un negocio bilateral. Es el argumento definitivo para rechazar la unilateralidad que algunos defienden, consecuencia de la cual es que para dejarla sin efecto es necesario un nuevo acuerdo de voluntades de los que la establecieron. La pregunta inmediata es la de si tal modificación está sometida a las exigencias del artículo 1.331. Entiendo que no porque aunque se trate de modificación de las capitulaciones y a pesar de que en ocasiones podría entenderse que la supresión de la delegación para mejorar «afecta», en un sentido amplio a derechos concedidos por otorgantes distintos de los cónyuges, éstos nunca tuvieron la absoluta seguridad de que no iba a ser necesario acudir a las normas de la sucesión intestada y de que uno u otro de los esposos iba a mejorar a los hijos comunes, dado que el delegado no queda vinculado, sino que lo que se le concede es una «facultad». Si el supérstite no hace uso de ella, la distribución de los bienes de la herencia ha de realizarse como si nunca hubiese existido aquél pacto en las capitulaciones matrimoniales.

En segundo lugar, el hecho de que la autorización tenga que concederse en capitulaciones nos sirve para determinar los presupuestos necesarios para la celebración del negocio. Adviértase que el artículo establece las circunstancias que tienen que concurrir para el *ejercicio* de la facultad, pero no las precisas para la concesión de la autorización. Hay para ello que acudir a la disciplina del contrato matrimonial, de la misma manera que habrá que estar a la normativa del testamento cuando sea éste el acto originario.

(37) El Grupo centrista-UCD presentó una enmienda al Proyecto (la núm. 503), proponiendo la sustitución del término «*escritura pública*», que figuraba en aquél por el de «*capitulaciones matrimoniales*», lo que justificaba en base a que «*introduce un poder testatorio peligrosísimo. origen del pleito, sin tradición, innecesario en esta reforma y regulado insuficientemente*».

La primera consecuencia que se extrae del Capítulo II del Título III del Libro IV del Código es que el pacto podrá ser previo o posterior a la celebración del matrimonio (art. 1.326) y que si es previo «*quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año*». Pudiera pensarse que el artículo 1.334, que esto establece, no añade nada al artículo 831, en cuanto que éste exige la condición de «cónyuge» en el delegado. Pero en realidad se trata de dos cosas distintas. La condición de «cónyuge» es necesaria para el ejercicio del poder de distribuir y mejorar. Es evidente que si no llega a celebrarse el matrimonio, faltaría aquella cualidad y no podría ejercitarse el derecho. Pero el artículo 1.334 va más allá al declarar la caducidad del pacto si el matrimonio no se ha contraído en el plazo de un año desde que se acordó. De no ser por él hubiese bastado con comprobar que al tiempo de llevarse a cabo la distribución y mejora de los bienes el delegado era «viudo» del causante, con independencia del momento en que tal pacto se hubiera otorgado. De los artículos 1.326 y 1.334 resulta, en cambio, que el pacto tiene que adoptarse constante matrimonio o antes de existir éste, pero que entonces su vigencia queda condicionada a que efectivamente se celebre en el plazo de un año.

De otro lado, es requisito para la validez del pacto, conforme al artículo 1.327, la escritura pública. No ofrece ello dificultad alguna, pero sí que puede plantear dificultades la aplicación al caso que nos ocupa de algunas de las restantes normas reguladoras del contrato matrimonial, concretamente la relativa a la capacidad. Debería en principio de entenderse, con arreglo al artículo 1.329, que si es un menor el que otorga capitulaciones, necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, pues de esta regla general sólo se excluyen las capitulaciones en que el menor se limite a pactar el régimen de separación o participación. No obstante, dado el carácter personalísimo de la delegación del artículo 831 parece preferible excluir la aplicación tanto del artículo 1.329 como del 1.330. Piénsese, además, que basta la capacidad de testar para autorizar al cónyuge viudo la distribución y mejora a los hijos comunes de los propios bienes, si bien es cierto que entonces la autorización será revocable.

La naturaleza «matrimonial» de la figura que estamos comentando es clara en la medida en que se trata de un pacto que necesariamente ha de establecerse entre cónyuges o personas que van a contraer matrimonio y en ello coincide plenamente con otros pactos capitulares. Por ello dice SECO CARO que dentro del sistema del Código, la utilización de las capitulaciones como forma de hacer constar esta institución sucesoria es normal. Ahora bien, su vinculación al matrimonio no es consecuencia de su inclusión en el *instrumentum* capitular, pues existe igualmente en los casos en que la forma adoptada es la testamentaria. El negocio no se presume dependiente del matrimonio por el hecho de formar parte del contrato matrimonial, sino

que es el propio precepto el que, con independencia de cuál sea el acto originador de la delegación, la conecta al matrimonio. Y es que, siendo éste presupuesto de su ejercicio, el acto bilateral que le da vida es una «capitulación matrimonial», pues no cabe duda de que es una disposición por razón de matrimonio (art. 1.325) (38).

En definitiva, no es exactamente que se haya exigido para la validez del pacto que se haga en capitulaciones matrimoniales, sino que un pacto sólo posible entre esposos o futuros esposos, cuya vigencia dependa de la efectiva existencia y permanencia del matrimonio, es, para el Código, una estipulación matrimonial, sometida a las reglas de los artículos 1.325 y siguientes. En este sentido, el legislador del 81 ha sido coherente al mantener la expresión «*capitulaciones matrimoniales*» en lugar de la de «*escritura pública*» en el artículo 831. Cuestión distinta, de la que más adelante me ocuparé, es que se estime o no criticable que la delegación de la facultad de mejorar y distribuir sólo esté admitida en el contexto de una relación matrimonial en su sentido formal.

F) *El significado del inciso final del artículo 1.325*

Desde la reforma del 81 contamos por primera vez en el Código con un precepto que pretende enunciar de un modo completo el contenido de las capitulaciones. Es el 1.325, que no se limita a sustituir la imperfecta fórmula del antiguo 1.315, diciendo que «*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio*», sino que añade una referencia a «*cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*».

El primer problema que se plantea es decidir si «*el mismo*» es el matrimonio o el régimen económico matrimonial. Las consecuencias serían radicalmente distintas en uno y otro caso. Si se entiende que se refiere a lo último, habría que concluir que el contenido del contrato matrimonial es única y exclusivamente lo relativo al régimen económico del matrimonio. Es evidente que no es así. Ya hemos visto que hay otros pactos que, no sólo es que puedan ser incluidos en él, sino que necesariamente son capitulares. En base a esto y a los precedentes legislativos (39), es generalizada la

(38) Como opinión en contra cabe citar la de Díez GÓMEZ quien, pese a reconocer que conforme a la nueva redacción del art. 1.325, cualquier disposición que se haga en razón del matrimonio constituye el contenido propio de las capitulaciones, cree que la delegación del art 831 no es una «capitulación matrimonial».

(39) En el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 estaba redactado el precepto de la siguiente forma: «*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y*

opinión de que el 1.325 considera como contenido de las capitulaciones cualquier disposición por razón de *matrimonio*.

No terminan aquí los problemas interpretativos, sino que más bien empiezan. Una interpretación literal permitiría entender que en el sistema del Código cualquier convención relativa al matrimonio o determinada por el mismo queda sometida, por su naturaleza capitular, a las reglas de los artículos 1.326 y siguientes. Así, por ejemplo, sería necesaria para su validez la escritura pública.

No parece que a la expresión legal haya que atribuirle tal amplitud, pero lo cierto es que no hay demasiados datos fuera del artículo que permitan establecer con un mínimo de seguridad qué convenciones de las ligadas al matrimonio se consideran capitulares y cuáles no. Las conclusiones que hemos ido estableciendo al ocuparnos de cada uno de los negocios respecto de los que se exige o permite el *instrumentum* capitular van a resultar decisivas en este sentido. Esta es la razón por la que he pospuesto hasta este momento el comentario de la segunda parte del artículo 1.325.

Si se tiene en cuenta el derecho anterior, las opiniones que nuestra doctrina venía emitiendo sobre el contenido de las capitulaciones y el desenvolvimiento de éstas en la práctica, cabe suponer que los autores del Proyecto de Ley del 79 podían estar pensando, al afirmar que las capitulaciones matrimoniales podrán contener cualquier pacto por razón de matrimonio, en cosas muy diversas. En pura hipótesis, es posible que con ello quisieran tan sólo reconocer —al hilo de lo que los autores reiteraban— que en la escritura de capitulaciones tenía cabida cualquier negocio que, aún sin naturaleza matrimonial, quisiera incluirse en ella para aprovechar la forma pública. Es también razonable pensar que, al margen de su función típica, quisieron admitir las capitulaciones como forma de reglamentar las separaciones de hecho. O quizá tan sólo se estaban englobando en una expresión general todos aquellos negocios que en distintos lugares del Código se consideraron desde siempre como contenido de los capítulos.

Pero no se trata, como es de suponer, de especular sobre el pensamiento del legislador, sino de atribuir al inciso final del artículo 1.325 el sentido que resulte del sistema normativo en su conjunto. Lo primero de todo es dejar claro que el objetivo no es enumerar, ni tampoco clasificar, los pactos que *pueden* incluirse en el contrato matrimonial, sino aproximarnos a un concepto de capitulaciones matrimoniales.

Aunque caben matizaciones, las opiniones de la doctrina acerca del alcance de la expresión con la que termina el artículo 1.325 pueden ser reconducidas a dos grupos. El primero es el de los que creen que compren-

futuros o modificar éstas o el régimen legal. Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón de matrimonio.»

de, no sólo disposiciones de carácter patrimonial, sino también extrapatrimoniales, siempre que se concierten con ocasión de matrimonio, aunque la tendencia respecto de estos últimos es bastante restrictiva, debiendo en todo caso de referirse a materias disponibles. El segundo grupo está integrado por aquéllos que opinan que ha de tratarse, necesariamente, de pactos de índole económica. Es el caso de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien no cree que la expresión «*disposiciones*» se refiera a materias ajenas a la economía del matrimonio como a la patria potestad o a las condiciones de divorcio, y AMORÓS GUARDIOLA, a quien debemos la más completa exposición de los argumentos en que basar esta opinión. Al ya mencionado de que en diversos artículos habla el Código de atribuciones y pactos celebrados en capítulos, hay que añadir uno concerniente a la génesis de la norma: en el proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial publicado en el BOC de 4 de octubre de 1978, el texto del artículo 1.319, primero de los dedicados a las capitulaciones, era el siguiente: «*En las capitulaciones matrimoniales podrán los contrayentes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros, hacerse donaciones y establecer disposiciones sucesorias en la medida permitida por este Código, así como aceptar las atribuciones que puedan hacerles terceras personas*».

Creo que así queda suficientemente fundada la opinión según la cual el contenido de las capitulaciones es estrictamente económico, quedando sin duda incluidos en la expresión del inciso final del artículo 1.325 todos aquéllos negocios que ya antes de la reforma debían para su eficacia constar en capítulos. Pero hay algo más. No debemos desconocer que se pone sumo cuidado en utilizar una fórmula abierta. Se dice «*cualesquiera otras disposiciones*», luego no son sólo negocios típicamente matrimoniales, regulados a lo largo del articulado del Código, sino cualquier otro que los otorgantes de los capítulos deseen conectar al matrimonio.

A mi modo de ver, el legislador no quiso limitarse a los pactos que podríamos llamar «típicamente capitulares», sino que fue su voluntad consagrar expresamente la posibilidad de que se vinculasen al matrimonio, por voluntad de los particulares, otros negocios.

Ello no implica su sometimiento al régimen de las capitulaciones (piénsese que se trate, por ejemplo, de un arrendamiento o de una compraventa que, según él, sólo serían válidos en escritura pública). Buena prueba de ello es que el propio Código reconoce en el artículo 1.338 la posibilidad de que las donaciones *propter nuptias* se celebren fuera de las capitulaciones. Lo que si ocurrirá es que, por el mero hecho de formar parte del contrato matrimonial, se presume que se conciertan en atención al matrimonio, más no que están causalmente conectadas al resto de las convenciones capitulares, lo que no puede entenderse fuera de las hipótesis específicas en que así lo entiende la ley, que son las del 1.331 y del 827.

2. CONCLUSIÓN SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES

En el Derecho vigente el precepto fundamental a la hora de determinar el contenido de las capitulaciones es el artículo 1.325, pero éste, por sí sólo, es insuficiente, debiendo de tenerse en cuenta otras normas concernientes a pactos que, por decisión legislativa, habrán necesariamente de celebrarse en capítulos, así como el régimen jurídico que se adopta para determinados negocios cuando, por iniciativa de los particulares, se conectan al matrimonio y pasan a formar parte del contrato matrimonial.

Del conjunto normativo que hemos analizado se deduce que hay unos pactos que necesariamente han de celebrarse en capítulos. Son los relativos al régimen económico del matrimonio, la promesa de mejorar (40) y el convenio del que surge la delegación de la facultad de mejorar. Son convenciones estrictamente matrimoniales que o no se conciben o no se admiten al margen del matrimonio. Están sometidas, en la forma que hemos ido exponiendo, al régimen jurídico de las capitulaciones.

Se observa, en segundo lugar, la existencia de contratos que, a pesar de ser matrimoniales, pueden celebrarse fuera de los capítulos. Son las donaciones y la mejora en favor de alguno de los contrayentes. Por el mero hecho de incluirse en el contrato matrimonial se suponen realizados en contemplación al matrimonio y, además, son interdependientes de las demás estipulaciones comprendidas en éste. Manifestación concreta de la idea de interdependencia es, respecto de la mejora, su irrevocabilidad. Además del artículo 827 para la mejora, existen normas especiales para las donaciones *propter nuptias*: los artículos 1.336 a 1.343.

Con las donaciones y la mejora por razón de matrimonio no se agotan los negocios que los particulares pueden hacer depender de un matrimonio determinado. Estos son los dos únicos objetos de atención expresa por la ley, quizá por ser los más frecuentes, pero no hay motivo para excluir otros. Su posibilidad queda plenamente confirmada por la amplia fórmula utilizada en el artículo 1.325. En cuanto a su régimen jurídico, rigen para ellos las mismas especialidades, ya reseñadas, que para las donaciones por razón de matrimonio, especialidades derivadas, no del hecho de tratarse de una liberalidad, sino de su carácter matrimonial. Les es aplicable el artículo 1.334 y pueden resolverse si desaparece su presupuesto: el matrimonio.

Resulta, pues, que el dato común a todos los pactos capitulares es su naturaleza «matrimonial», en el sentido de ser el matrimonio la base del negocio. Unos son matrimoniales por disposición legal, su número es limitado y están sometidos de manera imperativa a la disciplina del Código sobre capitulacio-

(40) Sin perjuicio de la posibilidad de que se acuerde en contrato oneroso celebrado con un tercero.

nes. Otros, sin embargo, son matrimoniales por decisión de los particulares, cuya voluntad en este sentido se deduce de su inclusión en la escritura de capitulaciones. Aunque sólo se regulan de modo expreso la mejora y las donaciones *propter nuptias*, su número, en principio, es ilimitado.

Cualquiera de los anteriores pactos es contenido —y contenido típico— de las capitulaciones, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior en el que no se entendía que hubiese capitulaciones matrimoniales en ausencia de disposiciones relativas al régimen económico conyugal.

III. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y CONTRATO MATRIMONIAL

Por influencia del estado de cosas del derecho anterior, es habitual pensar en las capitulaciones matrimoniales como en aquel negocio que antes del matrimonio celebran los que lo van a contraer, con intervención en ocasiones de otras personas, y cuyo objetivo es la adopción del régimen económico del matrimonio y la realización de liberalidades en favor de uno o de ambos contrayentes. Así era, efectivamente, hasta 1975. Con ocasión de un determinado matrimonio se otorgaban unas sólo capitulaciones. Las capitulaciones eran el contrato antenupcial, el «*contrat de mariage*» del Derecho francés, para cuya celebración o modificación anterior al matrimonio se requería la presencia simultánea de todos los otorgantes. Al permitirse las capitulaciones postnupciales, la situación cambia, siendo posible, en relación con cada matrimonio, el otorgamiento de sucesivas capitulaciones. Su contenido, sin perjuicio de otras disposiciones adicionales, había de consistir en previsiones sobre el régimen económico. Esto último cambia con el nuevo concepto de capitulaciones introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981. Hoy no es necesario para hablar de capitulaciones matrimoniales que los contrayentes o cónyuges celebren acuerdos concernientes al régimen económico del matrimonio, tal y como resulta de la disyuntiva empleada por el artículo 1.325, que se introdujo en el texto aprobado por el Pleno del Congreso en lugar de la copulativa «y» empleada por el Proyecto.

Como en el Derecho Italiano, capitulaciones o *convenzioni matrimoniali* son cualquier convención o estipulación hecha por los esposos entre sí en contemplación a su matrimonio y también las liberalidades que los terceros hacen a los esposos o a uno de ellos, igualmente en atención al matrimonio. Para GANGI hay que excluir, por el contrario, del concepto de convenciones matrimoniales, aquéllas que están insertas ocasionalmente en el contrato nupcial, pero que no están hechas en contemplación al matrimonio, como

un contrato de sociedad, arrendamiento o mandato. A mi juicio, así sería en efecto caso de demostrarse su independencia del matrimonio, pero, tal y como he venido sosteniendo, por el mero hecho de incluirse en el mismo *instrumentum*, se las presume vinculadas al matrimonio.

Como consecuencia de este nuevo concepto de capitulaciones matrimoniales, ya no es exacta la afirmación de que en todas las convenciones matrimoniales intervienen como otorgantes los esposos o futuros esposos. Algunas de ellas son concertadas por un tercero y uno sólo de los esposos, sin participación del otro. Lo que no parece posible es que no siendo parte uno al menos de los cónyuges, se trate de capitulaciones matrimoniales.

Atendiendo a los sujetos, las convenciones matrimoniales pueden clasificarse en dos grupos: por una parte están las establecidas entre los cónyuges, y por otra las pactadas entre un tercero y uno o ambos esposos. Tanto unas como otras pueden ser típicas o atípicas. Dentro de las propiamente conyugales son típicos los pactos sobre régimen económico, las donaciones *propter nuptias*, incluyendo las de bienes futuros, y la delegación de la facultad de mejorar y distribuir los bienes del premuerto. En cuanto a las convenciones matrimoniales típicas celebradas con tercero, son las donaciones con ocasión de matrimonio, la promesa de mejorar y la mejora. Serán atípicas cualesquiera otras que por voluntad de las partes se vinculen al matrimonio, tanto si tienen lugar entre los esposos, como entre uno de ellos o ambos y un tercero.

Las convenciones matrimoniales son siempre bilaterales, en cuanto que en ellas hay necesariamente dos *partes*. Este carácter lo reconoce expresamente la STS de 18 de enero de 1930. Por supuesto que es posible que alguna o ambas partes está integrada por más de un sujeto. Es lo que ocurre en el caso de las donaciones *propter nuptias* realizadas en favor de los dos contrayentes: ambos serán donatarios pero el negocio no deja de ser bilateral. Distinto fenómeno se produce cuando diferentes convenciones matrimoniales, cuyos sujetos son distintos, se celebran al mismo tiempo y se recogen en un único instrumento, el tradicionalmente llamado contrato matrimonial. ¿Se trata entonces de un negocio plurilateral? Entiendo que no, pese a que así se haya afirmado con frecuencia, pues aunque hay una pluralidad de voluntades y no todas son contrapuestas, no hay un único negocio, sino varios, si bien se celebran en un sólo acto. Todos los otorgantes manifiestan al mismo tiempo su voluntad, pero cada uno referida al negocio o negocios que celebra. Cada pacto capitular precisa para producir sus efectos el consentimiento de las partes que lo celebran, que siempre son dos, pero no el consentimiento de los otorgantes de otros pactos capitulares. Buena prueba de ello es que el artículo 1.331 exija con carácter excepcional para la modificación de las capitulaciones, la asistencia y concurso de las personas que realizaron liberalidades en favor de uno o ambos esposos.

Si esas personas hubiesen sido junto con los cónyuges sujetos de un mismo negocio, sería precisa para su modificación, por aplicación de los principios generales, el consentimiento de todas. No es esto lo que hace el artículo 1.331, sino que exige la asistencia y concurso de sujetos que no son parte del negocio que se nova para el concreto supuesto de que la modificación afecte a derechos por ellos concedidos. Siendo negocios diversos, la falta de capacidad o consentimiento de uno de los otorgantes invalidará sólo el negocio por él celebrado. Si, por el contrario, el «contrato» matrimonial fuese un negocio plurilateral, faltando el consentimiento de uno de los otorgantes, todo él quedaría invalidado. Un último dato en favor de que en la hipótesis planteada de pluralidad de pactos matrimoniales entre sujetos distintos no hay un sólo negocio es que consecuencia de la celebración del «contrato» no es el nacimiento de una relación jurídica entre todos ellos, sino la aparición de varias relaciones jurídicas de contenido diverso entre las partes de cada uno de los negocios que integran aquél.

La expresión «contrato matrimonial» no alude, según lo expuesto, a un único negocio, pudiendo no obstante, utilizarse en un sentido material, para referirse a la escritura pública en la que se formalizan los negocios capitulares. El problema es que con frecuencia se emplea el mismo término para referirse a las convenciones con ocasión de matrimonio y al instrumento en que éstas se recogen. En nuestro país se habla de capitulaciones matrimoniales y en la doctrina francesa de *contrat de mariage* en los dos sentidos indicados, lo que explicaba LAURENT de la siguiente manera: el *contrat de mariage* propiamente dicho consiste en las convenciones matrimoniales; como estas deben de celebrarse en escritura pública, se da también el nombre de *contrat de mariage* a la escritura que contiene las convenciones entre los esposos, lo que se explica porque siendo la escritura esencia del contrato, el contrato se confunde fácilmente con el documento.

Ante esta pluralidad de significados, sería sin duda preferible, para evitar equívocos, utilizar el término «capitulaciones» o «convenciones» matrimoniales para referirse a los negocios con ocasión de matrimonio y hablar de «contrato matrimonial» para aludir al instrumento en el que se formalizan varias de ellas, en sentido análogo al de la doctrina italiana, que establece una distinción entre las convenciones matrimoniales individualmente consideradas y el contrato de matrimonio, entendiendo por tal el conjunto de éstas. Pero mientras que cualquier acuerdo de contenido patrimonial que se haga en contemplación a un determinado matrimonio merece hoy la denominación de convención matrimonial si interviene al menos uno de los cónyuges o futuros cónyuges, parece preferible reservar la expresión «contrato matrimonial» para aludir al documento en el que se recogen los pactos matrimoniales entre esposos o futuros esposos, sin perjuicio de que puedan también incluirse convenciones matrimoniales con terceros.

2. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS CAPITULACIONES

Recuérdese que hasta la reforma del 81 las capitulaciones matrimoniales tenían forzosamente como contenido —sin perjuicio de la posibilidad de incluir otras disposiciones adicionales— estipulaciones concernientes al régimen de bienes. Por esta razón, el problema se centraba en determinar la naturaleza de aquél acuerdo de voluntades entre los esposos que producía como efecto el establecimiento del estatuto que iba a regir las relaciones patrimoniales entre ellos y respecto de terceros.

La opinión generalizada era que se trataba de un contrato. La propia denominación adoptada por la ley, «*contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio*», apuntaba en este sentido y lo mismo cabe decir de la ubicación de su normativa en el Código, dentro del Libro IV sobre las obligaciones y contratos, lo que parecía indicar que las capitulaciones matrimoniales eran una modalidad contractual más. Sin embargo, la doctrina no desconocía que la subsunción de las capitulaciones matrimoniales dentro de la categoría del contrato conllevaba ciertas dificultades. El contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio no era contrato en el sentido del Código ni coincidía tampoco con el concepto imperante en la doctrina. Según el artículo 1.254 «*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*». El contrato al que se refiere el precepto supone, pues, un acuerdo de voluntades jurídicamente vinculante dirigido a crear, transferir, modificar o extinguir derechos patrimoniales. Aunque las capitulaciones implican, ciertamente, un acuerdo de voluntades y producen consecuencias patrimoniales, no podía en rigor decirse que crearan obligaciones, sino que lo que hacían era establecer la reglamentación económica del matrimonio. Por otro lado, la noción estricta de contrato se viene reservando para aludir a aquellos acuerdos en que los intereses de las partes no coinciden, persiguiendo cada una de ellas un objetivo opuesto al de la otra. Esto no ocurre cuando los cónyuges estipulan, empleando los términos del antiguo artículo 1.315, «*las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros*». Tampoco el hecho de que la jurisprudencia acudiese a las normas de la interpretación de los contratos para interpretar las capitulaciones (Sentencias de 19 de junio de 1943 y 27 de junio de 1974) eran decisivas, dado que a esa disciplina se acude para interpretar cualquier tipo de negocio jurídico bilateral y no estrictamente los contratos.

Dos caminos distintos se siguieron para intentar superar los anteriores obstáculos: unos autores acudieron a la figura del contrato normativo y otros consideraron que las capitulaciones matrimoniales no eran exactamente un contrato, sino una convención. Entre los primeros cabe mencionar a LACRUZ, quien calificó las estipulaciones concernientes al régimen económi-

co matrimonial de estipulaciones normativas, en cuanto que representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges. En la misma línea había afirmado BONET que las capitulaciones constituyen una especie de «acto reglamentario», cuya finalidad es la de instituir un estatuto más que crear obligaciones entre las partes como hacen los contratos ordinarios. VÁZQUEZ IRUZUBIETA se muestra, sin embargo, contrario a ese punto de vista; para él «lo del acto reglamentario es un trasplante del Derecho administrativo al Derecho privado que carece de justificación, y máxime cuando en el propio Derecho común podemos encontrar soluciones adecuadas». Más numeroso es, quizá, el grupo de autores que se adscribe a la tesis de la «convención». La define Díez-PICAZO como aquél negocio jurídico plurilateral en el cual las partes declarantes no se enfrentan entre sí como portadores de unos intereses contrapuestos y por consiguiente no emiten unas declaraciones intrínsecamente diferentes, sino que sus declaraciones son coincidentes e iguales.

En la actualidad numerosos autores mantienen para las capitulaciones el calificativo de «convención». Esto, que podía estimarse correcto antes de la reforma del 81, porque entonces no se entendían existentes las capitulaciones sin disposiciones sobre los bienes del matrimonio, deja de serlo a partir de ese momento, pues cualquier pacto con ocasión de matrimonio es considerado como capitulación matrimonial y no todos ellos encajan dentro de la categoría de las convenciones.

Lo anterior no quiere decir que comparta la opinión de aquéllos otros que califican a las capitulaciones como contrato. Esta tesis se apoya hoy en el nuevo artículo 1.335, que contiene una remisión a las normas sobre invalidez de los contratos, y en el mantenimiento por el legislador de la ubicación de la normativa sobre capitulaciones dentro del Libro IV, pese a la extendida opinión de que debía de incluirse en la regulación del matrimonio. Aunque ha desaparecido el antiguo argumento que se extraía de la rúbrica empleada por la ley, «*contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio*», ello no constituye necesariamente un indicio revelador de un cambio en su naturaleza, pudiendo explicarse por el deseo de adoptar aquella denominación que gozaba de más arraigo y aceptación en nuestro país, la de capitulaciones matrimoniales.

Los argumentos en favor de la naturaleza contractual de las capitulaciones no son irrefutables: quizá el abandono de la antigua terminología responda al deseo de corregir la impropiedad que supone llamar «contrato» a las capitulaciones matrimoniales y el mantenimiento de su anterior ubicación se deba a la prudencia de que suele hacer gala nuestro legislador a la hora de introducir variaciones en la estructura del Código, manteniéndose, casi siempre, fiel a la tradición. Por lo que respecta al artículo 1.335, podría

muy bien servir en vez de apoyo para negar la naturaleza contractual de las capitulaciones, pues si ésta resultase indubitada, tal remisión resultaría innecesaria.

En cualquier caso, no estamos en el buen camino para resolver el problema de la naturaleza de las capitulaciones, al que sólo daremos una solución correcta si lo planteamos debidamente. Es preciso partir de la distinción anteriormente establecida entre negocios o convenciones matrimoniales y «contrato matrimonial». Recuérdese que esta última expresión se emplea en su sentido material. El contrato matrimonial no es otra cosa que el documento en el que se formalizan todas las estipulaciones que se acuerdan en el mismo acto con ocasión de un matrimonio determinado. El problema de la naturaleza no puede, pues, estar referido a él. Lo que en todo caso habrá que determinar es la naturaleza de los distintos negocios capitulares. Fácilmente se aprecia que no es posible dar una respuesta única: las donaciones *propter nuptias*, la promesa de mejorar y la mejora son contratos (41), aunque unos *inter vivos* y otros *mortis causa*; en cambio el negocio mediante el cual se adopta el régimen económico del matrimonio encaja sin esfuerzo en la definición de «convención» o «convenio» y es ésta la figura en la que me parece preferible incluirlo. Creo que si se han venido calificando de «contrato» las capitulaciones mediante las que se establece el régimen de bienes del matrimonio ha sido a falta de una categoría más precisa en que incluirlas, resultando evidente que un negocio no productor de obligaciones no es, ni para el Código ni para la doctrina, un contrato. Ahora bien, con las reformas del 81 ha introducido nuestro legislador la categoría, procedente del Derecho alemán, de «convenio» o «convención», concretamente en los artículos 81, 86 y 90, que tratan del convenio regulador de los efectos de la separación y divorcio. Salvando las distancias, mayores analogías existen a mi juicio entre tal convenio regulador y el pacto que da vida al régimen de bienes, que entre éste y el contrato definido por el artículo 1.254. En todos los casos hay un acuerdo de voluntades, pero mientras que el efecto del contrato es que una o ambas partes se obligan «a dar alguna cosa o prestar algún servicio», el efecto de las capitulaciones es fijar un estatuto, como también lo es el del convenio regulador, cuyo fin, en palabras de Díez-PICAZO, es «proveer de un estatuto a la situación de crisis matrimonial».

En conclusión, no todos los negocios capitulares poseen la misma naturaleza; los hay que originan entre las partes verdaderas obligaciones patrimoniales y los hay que establecen el estatuto patrimonial del matrimonio, sin faltar aquéllos otros mediante los cuales se instituye heredero o legatario

(41) Prescindo del debate sobre la naturaleza contractual de la donación, que es irrelevante a los fines de este trabajo.

o se realiza de modo indirecto una disposición *mortis causa*. El dato común a todos ellos, aparte de la vinculación al matrimonio, es el acuerdo de voluntades y la calificación más adecuada, por tanto, la de negocio jurídico bilateral de contenido económico (42). Dada la diversidad de negocios que para el Código son capitulares no es posible precisar más y encontrar una categoría, dentro del negocio jurídico, que pueda agruparlos a todos.

En cualquier caso, la cuestión de la naturaleza es en buena medida puramente teórica, pues de la solución que hemos establecido no se derivan consecuencias prácticas que no estuvieran ya previstas por el legislador. La invalidez de las capitulaciones se regirá, por disposición expresa del artículo 1.335, por las normas generales de los contratos. Hay que entender que esto es así cualquiera que sea la naturaleza del pacto capitular, pues la razón de ello no es que las capitulaciones produzcan entre los otorgantes los mismos efectos que un contrato, sino que el acto originario es un acuerdo de voluntades. Resulta, pues, perfectamente aplicable la disciplina de la nulidad, anulabilidad y rescisión de los contratos, sin perjuicio de los particulares supuestos de ineficacia contenidos en la regulación de las capitulaciones.

3. ¿CONEXIÓN ENTRE CONVENCIONES MATRIMONIALES?

La antigua doctrina francesa sostenía que las diversas disposiciones de un contrato de matrimonio son dependientes las unas de las otras. Esta es una afirmación fundada, más que en el Derecho positivo, en las antiguas costumbres y en la realidad sociológica. En Francia la celebración del contrato matrimonial estaba muy extendida, hasta el punto de que ningún matrimonio entre personas acomodadas tenía lugar sin él. Su importancia era tal que en las familias ricas la firma del contrato daba lugar a una fiesta familiar. Las cláusulas del *contrat de mariage* las establecían de hecho los familiares de los contrayentes, generalmente los padres, y eran el resultado de una especie de negociación entre las familias.

En este contexto sociológico hay que ubicar las opiniones de los autores de la época sobre la conexión existente entre los distintos pactos nupciales. Concretamente LAURENT explicaba que las convenciones matrimoniales «excepcionalmente se hacen sólo entre los esposos; casi siempre el padre y la madre, u otros ascendientes, intervienen para dotar a los futuros esposos; estos terceros devienen partes en el contrato en el cual se obligan; su promesa se liga estrechamente al régimen que los futuros estipulan: el

(42) Tradicionalmente, en cambio, se le viene considerando como un negocio jurídico del Derecho de Familia.

donante que constituye bienes en dote a la futura que se casa bajo el régimen dotal, no le habría quizá hecho la liberalidad si hubiese adoptado el régimen de comunidad. Puede también que haga una liberalidad a la futura en consideración a la liberalidad que los padres del futuro le hacen». Tal dependencia entre las diversas disposiciones del contrato se citaba como fundamento de que el artículo 1.396 del *Code* exigiese para la modificación del contrato la presencia y el consentimiento simultáneos de todas las personas que habían sido parte en el mismo.

Así era en efecto y la misma *ratio* inspiró el artículo 1.383 del antiguo Código Italiano y el originario artículo 1.319 del Código Español. Sin embargo, la única consecuencia jurídica que se hacía derivar de la dependencia entre las cláusulas del *contrat de mariage* era precisamente esa norma. Ningún otro indicio de que el legislador la tuviera en cuenta se descubre en el Título dedicado al contrato nupcial, lo que quiere decir que sólo en los aspectos legalmente previstos es la dependencia jurídicamente relevante.

Esto es lo que entendió la doctrina y la jurisprudencia, que para moderar los efectos de la nulidad, admitió muy pronto la divisibilidad de las cláusulas del contrato matrimonial. La evolución sociológica ha facilitado, además, que se consolide esta tendencia. El contrato matrimonial va perdiendo, poco a poco y por distintos motivos, su antiguo carácter de «pacto de familia» (43). El matrimonio deja de ser un asunto que corresponde resolver a los padres como medio de «establecer» a sus hijos (44), la influencia de los ascendientes es cada vez menor, razones de tipo fiscal han hecho que cada vez sean menos frecuentes en el contrato matrimonial las donaciones hechas a los futuros esposos, y esas mismas razones junto con la disminución general de las fortunas han determinado que se deje de incluir una lista de las aportaciones de los esposos, lo que en otras épocas se hacía con una asombrosa minuciosidad. En suma, la regulación de los aspectos económicos del matrimonio es, cada vez más, asunto exclusivo de los que lo contraen.

En la actualidad no se niega la existencia de una cierta vinculación entre las convenciones matrimoniales, pero sus efectos concretos son muy restringidos. Subsiste la regla del artículo 1.396 del *Code* (45), pero, si bien

(43) Los antiguos autores franceses utilizaban esta expresión en el sentido de que las capitulaciones eran un pacto entre las familias de los futuros esposos. Hoy se alude con ella al hecho de que las capitulaciones son el medio de determinar el estatuto patrimonial de la nueva familia que va a surgir del matrimonio.

(44) En el Mediodía francés era frecuente antes del Código, que rompe con esta práctica, que los padres de los futuros esposos fuesen los únicos que asistían al otorgamiento de las capitulaciones.

(45) La única novedad en ella, introducida por Ley de 13 de julio de 1965, es que contiene una mención expresa a la posibilidad de que intervengan, en vez de personalmente los otorgantes de las capitulaciones, los mandatarios.

se mira, su alcance es muy limitado. Lo único que hace es exigir la presencia y el consentimiento de todos los otorgantes del *contrat de mariage* para modificar éste, pero se refiere exclusivamente a cambios anteriores a la celebración del matrimonio. La idea de dependencia entre las cláusulas se hubiera llevado demasiado lejos, sin fundamento legal alguno, si se hubiese optado por propagar la ineficacia de una de las convenciones a las restantes. Como dice CORNU nada permite erigir en principio la indivisibilidad de todos los elementos que tienen su sede en el contrato matrimonial. Por eso, la nulidad que recae en particular sobre una de sus cláusulas no afecta, en principio, a las restantes. Idéntica es la opinión de la doctrina italiana. Reconoce TEDESCHI que los artículos 163 y 164 del *Codice Civile* instituyen una particular relación de conexión entre las diversas convenciones matrimoniales por lo que respecta a su mutabilidad prenupcial y a las contradecларaciones relativas a ellas, pero este es un principio excepcional que no se podría aplicar fuera del caso previsto, a menos que las partes hubiesen querido subordinar la validez de una convención a la validez de otra.

En el Derecho Español, la problemática de la dependencia o independencia de las distintas estipulaciones capitulares es algo más compleja debido a la evolución legislativa. Nuestro código reprodujo, en lo esencial, la configuración dada por el *Code* al contrato matrimonial, pese a que éste respondía a la tradición francesa y no a la del antiguo Derecho castellano. También exigió, para la válida modificación del contrato antes del matrimonio (después de éste no era posible ningún cambio) la concurrencia al acto de las personas que intervinieron como otorgantes en el primitivo, aunque a diferencia del precepto francés no se exigía la presencia simultánea de todas, llegándose no obstante al mismo resultado por aplicación de la legislación notarial. Con base en el artículo 1.319 se formulaba el principio de interdependencia entre los distintos negocios de la escritura de capitulaciones. La mutua dependencia era, efectivamente, la *ratio* de dicha norma y también, según he entendido, de la irrevocabilidad de la mejora, lo que no quiere decir que debiese de ser la pauta para resolver otros problemas como el de la propagación de la ineficacia de un negocio a los restantes. Si los autores no precisaron el alcance de la interdependencia y lo formularon en términos generales fue, probablemente, porque no se planteaban problemas en la práctica, debido a lo infrecuente del otorgamiento de capitulaciones en los territorios sometidos al Derecho Común. De haberse suscitado el problema se le habría dado casi con seguridad la misma solución por la que optaron los ordenamientos francés e italiano: la nulidad de una de las convenciones matrimoniales no conlleva necesariamente la del resto. Contábamos además con la ventaja de disponer de una norma que amparaba tal solución: el artículo 1.316.

La relevancia dada por el artículo 1.319 a la conexión entre los distintos pactos capitulares estaba bien justificada cuando su alteración sólo podía tener lugar antes de la celebración del matrimonio. Era entonces razonable que todo lo que en el mismo acto se había decidido por distintas personas en contemplación a un matrimonio determinado se reconsiderase por ellas si los que tomaron un determinado acuerdo decidían alterarlo, pues éste pudo ser el fundamento de otros. Cada uno de los sujetos prestaba su consentimiento sobre la base de la existencia de un determinado estado de cosas y con la garantía de que éste iba a permanecer inmutable tras la celebración del matrimonio, dado que legalmente no era posible alterarlo. Mas también es cierto que hubiera carecido de sentido impedir la modificación antenupcial porque hasta la celebración del matrimonio no producían efecto las estipulaciones sobre régimen económico y no existían los peligros que determinaron la adopción por la ley del principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. La forma de conciliar los distintos intereses fue permitir la alteración siempre que todavía no hubiese matrimonio, si bien exigiendo para su validez la «*asistencia y concurso*» de todos los otorgantes de los anteriores capítulos.

Con la admisión de las capitulaciones postnupciales la norma resultaba excesiva. Teniendo en cuenta que lo pactado en capitulaciones iba a poder ser alterado, incluso muchas veces, mientras que durase el matrimonio, era ilógico mantener la exigencia de la participación de los otorgantes de las convenciones matrimoniales con la amplitud con que estaba formulada (46). Si hasta la Ley del 75 cualquier modificación de las capitulaciones necesitaba imprescindiblemente el concurso de todos los otorgantes, a partir de ella se exige sólo cuando la modificación que se pretenda «*afectare a derechos constituidos por tales personas en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos*». Aún así, algunos autores, como es el caso de GULLÓN BALLESTEROS, estimaban desmedida la extensión de la norma, proponiendo una interpretación restrictiva de la misma, consistente en entender que «si la modificación de la capitulación matrimonial afecta a derechos constituidos por terceros en favor de un cónyuge o futuro contrayente, su intervención se impondrá en el instrumento de la modificación siempre y cuando el negocio jurídico que se realizó era una de las piezas del régimen económico matrimonial que ahora se pretende variar. O bien cuando el cónyuge o futuro contrayente beneficiario del negocio jurídico celebrado con el tercero, lo quiera variar de común acuerdo con él, teniendo la misma naturaleza anterior: pieza del régimen matrimonial que rige hasta ese momento».

En mi opinión, esta última hipótesis de modificación del negocio jurídico celebrado entre uno de los cónyuges y un tercero no estaba compren-

(46) Lo hace, no obstante, el Código italiano (art. 163).

dida dentro del supuesto de hecho de la norma, y en cuanto a que fuese requisito para su aplicación que la modificación incidiese sobre el régimen económico del matrimonio, creo que tal interpretación, que nunca contó con apoyo legal, debe de ser definitivamente rechazada a la vista de la actual redacción del artículo 1.331, que se limita a exigir la «afectación» de derechos concedidos por los otorgantes de los capítulos.

No voy a insistir en el sentido y alcance de este precepto, pues de ello me he ocupado ya anteriormente (47). Ahora se trata de poner de relieve que sigue siendo el único que, dentro de la normativa de las capitulaciones matrimoniales, atribuye efectos jurídicos a la interdependencia de las capitulaciones, sin olvidar la irrevocabilidad reconocida para la mejora hecha en capitulaciones, que aunque originariamente responde a esa idea, hoy más bien parece debida a una voluntad más decidida en cuanto a la admisión de los pactos sucesorios.

A partir de la idea de que la norma del artículo 1.331 es excepcional, habrá que llegar a la conclusión de que los distintos negocios que se formalizan en el contrato matrimonial son independientes unos de otros o, mejor, que sin perjuicio de que pueda existir en ocasiones alguna conexión entre ellos, la ley no la supone, sino más bien al contrario, según resulta de la sanción que establece el artículo 1.328 (nulidad parcial) para las estipulaciones contrarias «a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». La ineficacia de los distintos negocios se va, pues, a regir por las normas generales. Habrá, eso sí, casos en que la totalidad de los negocios incluidos en el contrato matrimonial sean ineficaces, pero no porque las vicisitudes de un negocio repercutan en otros, sino porque en cada uno de ellos concurre la causa de la ineficacia. Así, si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año, si se incumple el requisito de forma del artículo 1.327 (siempre que se trate de alguno de los negocios para los que la escritura pública sea *ad solemnitatem*) (48) o si falta la necesaria capacidad en uno de los sujetos que es parte en todos los pactos capitulares (49).

(47) Apartado II, B).

(48) Recuérdese que no todos los negocios que se insertan en el contrato matrimonial son negocios solemnes. Un contrato de compraventa celebrado con ocasión de matrimonio no será nulo por incumplirse el requisito de la escritura pública que se exige para la validez de las capitulaciones, ni tampoco lo será una donación *propter nuptias* si concurren en ella los requisitos necesarios para su validez, dado que el art. 1.338 las permite fuera de las capitulaciones matrimoniales.

(49) Los requisitos de capacidad no son los mismos en todos los negocios con ocasión de matrimonio, pero puede ocurrir que uno de los sujetos carezca de la capacidad necesaria para todos ellos, ejercitando, para dejarlos sin efecto, la acción de nulidad.

Nos hemos referido hasta ahora a las relaciones existentes entre las convenciones matrimoniales celebradas por los cónyuges y las igualmente matrimoniales celebradas con un tercero y hemos concluido que sólo hay una conexión relevante para el Derecho en la hipótesis del artículo 1.331 y a los concretos efectos en él previstos. Queda por abordar una cuestión distinta: la de si existe o no algún tipo de conexión jurídicamente relevante entre las distintas convenciones matrimoniales celebradas entre los esposos.

Recuérdese que el contenido de estas convenciones es muy variado: establecimiento del régimen económico del matrimonio, donaciones *inter vivos* o *mortis causa*, delegación de la facultad de mejorar y cualquier otro pacto con ocasión de matrimonio. También pueden, desde luego, incluirse en el contrato matrimonial, aunque para nosotros no sean propiamente convenciones matrimoniales, pactos de naturaleza extrapatrimonial entre los cónyuges. Pues bien, la pregunta es si las vicisitudes de cada uno de los pactos nupciales incide o no sobre la subsistencia y eficacia de los demás.

La respuesta es claramente negativa en base a lo preceptuado en el artículo 1.328, que consagra, según opinión unánime de la doctrina, un caso de nulidad parcial (50). La solución por él consagrada rige sin duda alguna siempre que las distintas convenciones matrimoniales tengan contenido económico, pero su aplicabilidad es más dudosa si, junto con las de naturaleza patrimonial, se incluyen acuerdos de otra índole, aunque estén igualmente celebrados en atención al matrimonio. La naturaleza compleja del acto nos lleva a preguntarnos si debe de mantenerse para él la solución del artículo 1.328 o si sería mejor entender que, siendo probable que las partes lo quisieran como un todo, la solución correcta sería la nulidad total.

Una escritura de capitulaciones en la que los cónyuges, además de establecer estipulaciones de naturaleza económica, adoptan convenciones de contenido extrapatrimonial, presenta una indudable analogía (aunque sus fines sean diversos) con el convenio regulador de las situaciones de separación y divorcio. Pero también respecto de este, autores como ROCA TRÍAS y LÓPEZ BURNIOL propugnan la nulidad parcial, aunque no hay ahora una norma expresa al respecto. Si esto es así, pese a reconocerse la incuestionable realidad de que en el convenio regulador de las crisis matrimoniales hay, en palabras del propio LÓPEZ BURNIOL, una cierta interdependencia, por cuanto que «el equilibrio de las recíprocas prestaciones se obtiene, las más de las veces, mediante mutuas concesiones», con mayor motivo habrá de ser la solución adecuada respecto de las convenciones matrimoniales en su sentido estricto, en las que ese aspecto de mutua concesión, aún siendo posible, es mucho más extraño.

(50) En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del TS de 31 de enero de 1985, comentada por ENRIQUE RUBIO en CCJC 1985.

Por otra parte, entender que la regla es que la ineficacia de uno de los pactos capitulares no conlleva la nulidad de todo lo pactado en las capitulaciones de las que forme parte, no significa que no haya excepciones. Es sabido que conforme a la doctrina de la nulidad parcial, cuando el negocio se quiso por las partes como un todo, no podrá entenderse subsistente la parte no afectada por la nulidad. Según señala AMORÓS GUARDIOLA, es un problema de interpretación del contenido capitular de acuerdo con el propósito práctico querido por las partes, debiéndose de admitir su eficacia parcial siempre que no se rompa la unidad de ese fin pretendido.

Cabe citar en esta línea el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1990. Dos cónyuges, en régimen de separación de bienes, recogen en un documento privado la serie de acuerdos a los que llegaron con carácter previo o preparatorio del convenio regulador de la situación de separación personal en que se encontraban. En el contrato se realizaban una serie de cesiones recíprocas de bienes y derechos y se asumían obligaciones como la de otorgamiento de escritura pública para efectuar las transmisiones acordadas. El Tribunal declaró que no cabía disociar la eficacia de ese conjunto de pactos, que «cada parte asume una serie de obligaciones o contenido propio prestacional en contrapartida a las que, a su vez, asume la otra parte, de tal suerte que aún cuando puede ocurrir —como en el caso del litigio— que cada una, en la asignación respectiva al obligado, sea de distinta naturaleza, de dar cosa inmueble, acciones o participación económica, en su conjunto, como se dice, están incardinadas en el total exigible a cada contraparte, sin que, por ello, sea posible... desvincular alguna parte de ese total prestacional o prestación singular aplicándoles un tratamiento jurídico independiente a las del resto a que va incorporada».

En la Sentencia se refleja sin embargo cierta confusión, destacada por ANA LÓPEZ FRÍAS, en cuanto a la calificación del contrato, que el Tribunal considera como «una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coaligadas». A pesar de la equívoca terminología empleada, el fallo se dicta sobre la base de que hay un único contrato de carácter complejo. Esta es la clave del asunto: cuando los cónyuges hayan celebrado un sólo contrato, como es el caso de la sentencia, habrá que considerar que es inescindible y que las obligaciones que cada uno asumió son la contrapartida de las asumidas por el otro (51); por el contrario cuando hayan celebrado negocios distintos, cada uno de ellos será absolutamente independiente de los otros. Es lo que generalmente ocurrirá en el contrato matrimonial.

(51) A mi modo de ver, aunque no he estudiado a fondo la cuestión, esto la mayor parte de las veces en el convenio regulador. Los cónyuges prestan su consentimiento al conjunto de pactos y no a cada uno de manera aislada.

El problema es, por tanto, averiguar cuando estamos ante un único negocio y cuando ante varios. El criterio propuesto por ANA LÓPEZ FRÍAS, para quien hay un único contrato cuando hay una sólo causa y varios conexos cuando hay dos o más causas distintas, no es trasladable al caso de las capitulaciones al no ser todas ellas genuinos contratos, aunque nazcan de un acuerdo de voluntades. Se piensa entonces en la posibilidad de proponer como criterio diferenciador el de la causa del negocio, pero esta es una categoría discutida que, aún admitiendo, no parece servir para resolver la cuestión (52). De modo que no hay más solución que indagar en cada caso la voluntad de las partes: sólo cuando pueda determinarse que los cónyuges consintieron en bloque lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales, estaremos fuera del campo de aplicación del artículo 1.328, sin perjuicio, claro está, de otras posibles excepciones que resulten de la doctrina de la nulidad parcial, como la de que la ineficacia de una estipulación determinada se propaga a aquéllas otras que pese a no ser ineficaces *per se*, queden privadas de sentido.

4. LA RELACIÓN ENTRE CAPITULACIONES Y MATRIMONIO

La nota más destacada y característica de las capitulaciones es, sin duda alguna, su naturaleza «matrimonial». En algunos momentos históricos ni siquiera era posible distinguir los pactos nupciales del matrimonio. Señala ALVAREZ CAPEROCHIPÍ que tanto en la tradición primitiva romana como en el derecho altomedieval, la esposa se distinguía de la concubina por recibir una dote y que por ello los capítulos, que se limitan a ser unos *instrumenta dotalia*, son inseparables del matrimonio mismo. Hasta que se establecieron medios de prueba específicos, tales pactos eran, incluso, el instrumento de prueba ordinario del matrimonio. Es la doctrina escolástica la que establece la separación de lo personal y de lo patrimonial en el matrimonio y, por tanto, la diferenciación entre capítulos y matrimonio.

La distinción es clara en los ordenamientos actuales. La sistemática adoptada por el Código de Napoleón, que siguieron otros muchos Códigos, es rotunda en este sentido: la normativa dedicada al contrato matrimonial se separa radicalmente de la del matrimonio y se ubica dentro del libro dedicado a los contratos, con lo que se destaca su carácter patrimonial y su sometimiento a la disciplina de éstos. El Código italiano, sin haber oscurecido con ello la distinción entre el matrimonio y las *convenzioni matri-*

(52) Habría que sostener que la causa de todas las convenciones matrimoniales es el matrimonio y en consecuencia que los cónyuges están celebrando un único contrato, de donde resultaría la indivisibilidad de sus cláusulas.

moniali, ha incluido la regulación de éstas últimas y de todo lo relativo al régimen patrimonial de la familia dentro del título que dedica al matrimonio, con un criterio del que se mostraba partidario una buena parte de la doctrina española, pero que no fue acogido en las recientes reformas de nuestro Derecho de Familia.

En cualquier caso, tanto en los códigos que regulan el contrato matrimonial en sede de matrimonio como los que lo hacen en el libro dedicado a los contratos, es nítida y rotunda la distinción entre el matrimonio, negocio jurídico de derecho de familia, y el negocio regulador de los aspectos económicos del mismo, en el que rige el principio de autonomía de la voluntad con una amplitud y alcance similares a los de los restantes negocios patrimoniales. Pero no es menos cierto que éste último no se concibe sin el matrimonio y que éste se entiende en su sentido formal. En base a ello se ha dicho que el matrimonio actúa respecto de las capitulaciones como una condición, idea que prácticamente se ha abandonado desde que se puso de relieve que no se trataba de una condición en sentido técnico porque ni el matrimonio implica retroacción de efectos ni es algo que los particulares pueden o no añadir al negocio. Hoy se prefieren otras opiniones, como la de *que el matrimonio es una conditio iuris*, causa de los capítulos, presupuesto o base de éstos o, sencillamente, un contrato accesorio del matrimonio. El inconveniente de las distintas explicaciones que se han dado a la relación entre capítulos y matrimonio es, como advierte LACRUZ, que no distinguen el diferente contenido de los capítulos, siendo lo cierto que el papel que desempeña el matrimonio es distinto según el negocio de que se trate.

Que existe una vinculación entre capitulaciones y matrimonio es algo obvio. Lo que no está tan claro es el alcance de esa conexión. Para determinarla no basta con ver si es cierto, como suele afirmarse, que las capitulaciones no son eficaces hasta que se contrae matrimonio, sino que es preciso estudiar también en que medida les afectan las vicisitudes ulteriores a su celebración. Vamos por tanto a ir viendo la repercusión en las capitulaciones de la no celebración del matrimonio proyectado, su nulidad, el divorcio y la separación de los cónyuges.

A) *La no celebración del matrimonio*

Es sabido *que* nuestro Derecho admite tanto las capitulaciones antenupciales como las postnupciales. El otorgamiento de estas últimas está sometido a las particulares reglas de los artículos 1.331 y 1.332, y en cuanto a las antenupciales, aparte de tener que otorgarse en consideración a un matrimonio determinado, están sometidas al artículo 1.334, que ordena que *«Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro*

matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año».

Esta regla de caducidad tiene su precedente en el anterior artículo 1.326, que si bien declaraba nulas y sin efecto alguno las capitulaciones en el caso de no contraerse el matrimonio, no señalaba plazo, lo que suscitaba algunos problemas interpretativos, hoy resueltos. La gran utilidad de la norma es, precisamente, el señalamiento de un término, pues en rigor no resulta necesario declarar la ineficacia de lo pactado en atención a un matrimonio futuro para el caso de que éste no llegue a existir. Es generalizada la opinión de que la caducidad que se establece es automática, de manera que transcurrido un año, que se cuenta desde el día siguiente al de la fecha de conclusión del acto, las capitulaciones quedan ineficaces. El plazo no es, según CASTÁN, susceptible de interrupción, y se piensa que la norma no podrá impedir que la ineficacia sobrevenga antes: por ejemplo, si hay absoluta certeza de que el matrimonio no tendrá lugar. Caso de acaecer la hipótesis prevista por la norma se produce la caducidad definitiva del estatuto conyugal, con independencia de las razones que determinaron la no celebración del matrimonio proyectado. No hay inconveniente, sin embargo, si la boda se celebra posteriormente, en admitir que los cónyuges otorguen unas capitulaciones *per relationem*, a las que, según LACRUZ, pueden incluso atribuir efectos retroactivos, salvando los derechos de terceros.

Lo previsto en el artículo 1.334 es aplicable a todas las convenciones matrimoniales y no sólo a las previsiones sobre régimen económico del matrimonio. Basta con que se hagan en consideración al matrimonio para que queden ineficaces si éste no llega a contraerse. Es suficientemente expresiva al respecto la letra del artículo (*«Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio...»*), aparte de que el Código reitera la regla para las donaciones *propter nuptias* en el artículo 1.342. Quedan sin embargo excluidos aquellos negocios que, aún formando parte del contrato matrimonial, no se celebraron *contemplatio matrimonii*, pero debe de resultar indubitada la voluntad de las partes en ese sentido pues, según se dijo, por el mero hecho de acordarse en el mismo acto y constar en el mismo *instrumentum* que las convenciones matrimoniales, se les supone este mismo carácter.

Sostienen algunos autores, en base al artículo que comentamos y al 1.342, que las capitulaciones no despliegan sus efectos hasta la celebración del matrimonio (53), pero ello no es del todo exacto. La norma dice que

(53) Concretamente DE LOS MOZOS cree que en las donaciones *propter nuptias*, más aún que en las estipulaciones capitulares, la celebración del matrimonio aparece como requisito de eficacia y que, por ello, aunque tenga lugar la entrega, la transmisión de la propiedad no se produce hasta que se celebra el matrimonio.

«*quedarán sin efecto*», pero no que su eficacia se *suspenda* hasta la celebración del matrimonio. Lo que sí ocurre es que algunos pactos capitulares, y en concreto los concernientes al régimen de bienes, no tienen sentido desde la perspectiva del Código más que una vez que ha nacido la relación conyugal, cuyo origen es el matrimonio. Sin éste no hay régimen económico matrimonial. Pero no hay inconveniente alguno para que otros negocios capitulares, como las liberalidades en favor de los contrayentes, produzcan sus efectos desde antes de la boda. Todo depende de la voluntad de las partes, que en definitiva son las que deciden, como en general ocurre, si suspenden o no, y hasta cuándo, el momento en el que el negocio ha de desplegar su eficacia.

No creo, pues, que haya que entender en suspenso la eficacia de todos los pactos capitulares hasta la celebración del matrimonio. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés (54) o en el italiano (55), no hay una norma expresa en que así se establezca. Tampoco cabe deducir tal cosa de una interpretación literal del artículo 1.334, que al decir que «*quedará sin efecto*» todo lo pactado en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio en el caso de no contraerse en el plazo de un año, parece más bien estar pensando en un tipo de ineficacia sobrevenida de carácter resolutorio, que es lo que opinan un buen número de autores (56). De otro lado, ya no se habla, como hacía el antiguo artículo 1.326, de «*nulidad*» de lo pactado en capitulaciones, con lo que parece que no se está pensando en una ineficacia *ex tunc*. Confirma esta idea el artículo 1.342 que cuando dice que las donaciones antenupciales quedarán sin efecto en el caso de no contraerse el matrimonio en el plazo de un año (lo mismo, por tanto, que para los pactos capitulares en general ordena el precepto que comentamos), se interpreta que recoge una causa de revocación de las mismas, pues es esto lo que hacía el anterior artículo 1.333.

(54) Art. 1.395: «*Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration.*»

(55) Art. 785: «*La donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nati da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio*»

(56) COBACHO GÓMEZ, CLEMENTE MEORO, LACRUZ... En concreto, Díez-PICAZO cree que el Código no aclara cuál es la naturaleza de la ineficacia que la aplicación del art. 1.342 determina, pudiendo esbozarse varias hipótesis. La primera es la del negocio jurídico inacabado, puesto que la celebración del matrimonio proyectado opera como elemento del tipo negocial o como condición en el sentido técnico o *conditio iuris*. La segunda tesis posible es la de la nulidad por falta de causa, si se considera que las nupcias en razón de las cuales la donación se iba a hacer, operan como causas de negocio. Y, por último, cabe pensar en una hipótesis de frustración del fin del negocio, que se aproxima a la desaparición de la base del negocio.

En suma, en lo que se refiere al momento en que las capitulaciones matrimoniales empiezan a desplegar su eficacia, el Derecho español se separa del francés y del italiano, en los que por imperativo legal se suspenden los efectos de las estipulaciones que integran el contrato matrimonial hasta que se celebre el matrimonio. A falta de una norma semejante en nuestro Código, hay que entender que los negocios capitulares no están sometidos en este punto a especialidad alguna y que, por tanto, si no consta claramente la voluntad de las partes de diferir sus efectos, éstos se producirán conforme a las normas generales: el nacimiento de obligaciones desde el acuerdo de voluntades y la transmisión de bienes y derechos desde que tenga lugar la *traditio*. Ahora bien, el estatuto patrimonial del matrimonio, tanto si es producto de un acuerdo privado como si es el legal supletorio, no se aplica sino a partir de la celebración del matrimonio.

Si el sentido del artículo 1.334 no es, según he dicho, suspender la eficacia de los pactos capitulares hasta la celebración del matrimonio, ¿cuál es el significado que hay que atribuirle a la consecuencia jurídica en él prevista? Entiendo que se está estableciendo una ineficacia sobrevenida que operará o no de manera automática según la naturaleza del negocio y en función de cuál haya sido la voluntad de las partes: ya se ha dicho que las estipulaciones sobre régimen económico carecen de sentido a falta de una relación conyugal a la que aplicarse, debiendo entenderse caducadas automáticamente. En cuanto a las liberalidades ya realizadas en favor de los futuros contrayentes, la solución del derecho anterior (57) y el artículo 1.343, que declara revocables las *propter nuptias* en los casos de nulidad del matrimonio, nos proporcionan los argumentos en favor de que la no celebración del matrimonio es sólo una causa de revocación, pero que no implica una ineficacia automática, lo que traería como consecuencia, como advierte COBACHO GÓMEZ, que los beneficiarios habrían de restituir los bienes donados aunque no lo exigiese el donante y que éste, para evitar la disolución, tendría que ratificar la donación antenuptial que pasaría así a ser una donación ordinaria. Más dudosa es la solución cuando se trate de una donación promisoria, pero en cualquier caso el promitente siempre podrá oponer la caducidad del artículo 1.331 frente a la acción de cumplimiento ejercitada por el donatario si no ha llegado a celebrarse el matrimonio. Lo mismo cabe decir respecto de otros contratos celebrados en consideración al matrimonio. En cuanto a la promesa de mejorar, no es discutible que queda ineficaz automáticamente, pues sin matrimonio no existe la razón que justifica su excepcional admisión. La mejora hecha en capitulaciones deviene revocable lo mismo que las donaciones *propter nuptias*, pero no

(57) El antiguo art. 1.333 declaraba *revocable* la donación hecha por razón de matrimonio «si el matrimonio no llegara a celebrarse».

se extingue automáticamente, a diferencia del pacto permitido por el artículo 831, el cual transcurrido un año sin haberse contraído el matrimonio, es como si nunca hubiese existido.

B) *Nulidad del matrimonio*

Estudiada la incidencia de la no celebración del matrimonio sobre las capitulaciones, nos corresponde ahora ver de qué manera repercute en ellos la declaración de nulidad del matrimonio. Nuevamente se hace preciso distinguir entre los distintos pactos capitulares.

Estipulaciones sobre régimen económico

La nulidad del matrimonio se suele equiparar, en cuanto a la repercusión que tiene sobre el régimen de bienes, a su no celebración. La razón de ello es que tanto en uno como en otro caso nunca hubo matrimonio, al contrario de lo que ocurre en la hipótesis del divorcio. Hay, no obstante, una diferencia importante: si el matrimonio no llega a celebrarse, las estipulaciones sobre régimen económico que se hubieran previsto no tuvieron oportunidad de aplicarse, pero sí que la tienen cuando hay una apariencia objetiva de la celebración del matrimonio, aunque éste sea nulo. En principio son tales disposiciones las que hasta la declaración de nulidad rigieron las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceros. Estos últimos, si son de buena fe, no pueden quedar perjudicados por las consecuencias de la anulación, tal y como expresamente preceptúa el inciso final del artículo 1.335. Tampoco quedará perjudicado el cónyuge de buena fe por aplicación de la doctrina del matrimonio putativo, de la que se encuentra una aplicación concreta en el párrafo segundo del artículo 95. Lo que no resuelve ni éste ni ningún otro precepto, al menos de modo expreso, es si la declaración de nulidad del matrimonio destruye retroactivamente el régimen económico o si tan sólo lo declara extinguido para el futuro. No es decisiva en este sentido la letra del artículo 95, pese a disponer que «*La sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial*», con lo que parece aludirse a la extinción de un régimen existente; y no es decisivo porque el precepto es común para las sentencias de nulidad, separación y divorcio y en estos dos últimos casos es obvio que se parte de un régimen previo y válido. Tampoco el párrafo 2.º del artículo 95 arroja ninguna luz sobre la cuestión planteada, pues si bien es cierto, como dice ROCA TRIAS, que la opción por el régimen de participación es una consecuencia del matrimonio putativo y

de la no retroactividad de la liquidación del régimen matrimonial, no lo es menos que la irretroactividad se aplica en este caso precisamente para favorecer al cónyuge de buena fe y que lo que aquí nos estamos preguntando es si, fuera del campo de aplicación de la doctrina del matrimonio putativo, se aplican o no a las relaciones patrimoniales existentes hasta la sentencia las normas previstas, bien por los particulares, bien por la ley, para el matrimonio. Es claro, por lo que respecta al párrafo 2.º del artículo 95, que su fin es que se pueda excluir al cónyuge de mala fe de participar en los beneficios obtenidos por el otro, pero esos beneficios no tienen que ser precisamente los de la sociedad de gananciales, pudiendo igualmente existir pese a entenderse, de conformidad con el efecto retroactivo de la nulidad, que no hubo durante la apariencia de matrimonio ni régimen de gananciales ni ningún otro régimen «matrimonial». No cabe duda que también en este caso habría que liquidar de alguna manera la situación patrimonial existente entre los contrayentes, y si se parte de la idea de que no habiendo matrimonio no puede haber régimen *matrimonial*, ni convencional ni legal, habrá que acudir a las normas sobre la comunidad de bienes o de la sociedad irregular, siempre que resulte evidente la voluntad de hacer comunes los bienes durante la situación de convivencia conyugal, aún sin matrimonio. Es lo que para las llamadas «uniones libres» está entendiendo la jurisprudencia (58). Es decir, el artículo 95 concede al cónyuge de buena

(58) En el caso resuelto por el TS en Sentencia de 18 de mayo de 1992, la Audiencia había entendido que entre los convivientes *more uxorio* había existido una comunidad de bienes *sui generis*, que quedó disuelta al romperse la convivencia conyugal y que debía de ser liquidada con arreglo a un criterio de cuotas iguales. El Tribunal declaró: «Si bien en estas situaciones cabe partir, en términos generales, de la existencia de una comunidad ordinaria, cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación para su regulación de otra institución legal similar en efectos, lo que sucede en el que se enjuicia, donde cabe encuadrarlo en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil, ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal. De esta manera, a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinante de la referida sociedad de hecho, pues se da la concurrencia de actos constitutivos, creadores y permanentes, que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados», añadiendo más adelante que así como «no resulta de fácil encaje analógico para aplicar a las uniones no matrimoniales, el régimen de gananciales, lo mismo sucede respecto al de separación de bienes, cuando no media convenio o pacto alguno al respecto, al operarse en estos estados sobre las situaciones de hecho creadas en cada caso particular, que incluso puede ser coexistente, pues la proyección patrimonial cabe se presente en dos aspectos, como de cotitularidad respecto a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos, y como de separación respecto a aquellos en los que no consta acreditada la concurrencia de voluntad común adquisitiva, que operarían como propios o exclusivamente privativos.»

En la Sentencia de 21 de octubre de 1992 afirmaba el Tribunal Supremo que «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial *more uxorio* por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático

fe una opción que bien puede ser entre el régimen que se pactó para el matrimonio como el legal supletorio, por un lado, y la aplicación en la liquidación de las disposiciones relativas al régimen de participación (excluyendo al otro de las ganancias por él obtenidas), por otro, bien entre esto último y las normas de la comunidad de bienes o de una sociedad irregular, si se dan sus requisitos.

No resulta fácil ante el silencio legislativo pronunciarse sobre la cuestión de si en los casos de nulidad del matrimonio el estatuto patrimonial se extingue o no con efecto retroactivo. Por una parte, la estricta aplicación de la doctrina de la nulidad del negocio jurídico supone actuar y resolver todas las cuestiones como si el negocio nunca hubiera existido, pero, aparte de que no siempre es así (59), no estamos aquí hablando de la nulidad de las capitulaciones sino de la del matrimonio, que es el negocio base. No hay inconveniente en consagrar una ineficacia sobrevenida para el negocio accesorio en el caso de destruirse, aún retroactivamente, el principal, y, de hecho, esto era lo que hacía el antiguo artículo 72, conforme al cual la sentencia firme de nulidad producía, respecto de los bienes del matrimonio,

de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la separación de hecho». El recurso se desestimó porque no aparecía probado que, ni por pacto expreso, ni por acuerdo tácito (que pueda inferirse de sus actos concluyentes), la voluntad de los convivientes fuera la de hacer comunes los bienes o ganancias adquiridos durante la pervivencia de su unión de hecho.

En la Sentencia de 11 de diciembre de 1992 se entendió, en un caso de unión extramatrimonial, que no había sociedad universal de ganancias porque faltaba el consentimiento claro e inequívoco de los contratantes. Nuevamente advirtió el Tribunal que la existencia de ese consentimiento no es inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio*, prefieran, quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial.

En el caso resuelto por la Sentencia de 22 de julio de 1993 la demandante, alegando una unión de hecho con el causante del demandado, pretendía que se le reconociese su derecho a la mitad de los bienes adquiridos durante el período de convivencia con quien fue su compañero. Se fundaba en la aplicación analógica de las normas referentes a la sociedad de gananciales o, en su defecto, a las que disciplinan la sociedad irregular, que llevarían al mismo resultado de dividir por mitad dichos bienes, aportando, como último argumento, el principio que veda el enriquecimiento injusto. VALPUESTA FERNÁNDEZ se lamenta, en su comentario a esta sentencia de que aunque se reproducen los argumentos de las anteriores, no se profundiza excesivamente en los mismos.

(59) Como dice DE CASTRO, la condición de nulo y el alcance de su respectiva ineficacia resulta y depende, en primer lugar, de la naturaleza de cada negocio y de las normas específicas que le sean aplicables.

los mismos efectos de la disolución por muerte, aunque excluía al cónyuge de mala fe de los gananciales.

Pese a no existir hoy una norma paralela (60), soy de la opinión de que hasta la declaración de nulidad del matrimonio las relaciones patrimoniales entre los «cónyuges» deben de considerarse reguladas por los pactos que al respecto establecieron, incluso aunque no proceda la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. Esta es la opinión que hace ya bastantes años sostuvo LACRUZ, argumentando que, si bien es cierto que en rigor la liquidación de las relaciones económicas entre los que sólo estuvieron unidos por una apariencia de matrimonio, debía de hacerse prescindiendo de toda norma matrimonial, tal solución se podía explicar, en el caso de ser ambos contrayentes de mala fe, interpretando que los capítulos eran un contrato obligatorio para los dos, pero sin la naturaleza de la capitulación matrimonial por faltarle precisamente el casamiento.

Tal solución encuentra hoy su apoyo, aparte de en una consideración de carácter práctico destacada por ROCA TRÍAS (quien advierte de los problemas que existirían para reconstruir la realidad patrimonial anterior), en algunos preceptos del Código: el artículo 1.395, en cuanto que entiende que hasta la disolución del matrimonio hubo sociedad de gananciales y el 1.415, que se remite a aquél (61) y, en última instancia, en las mismas razones que han determinado en alguna ocasión a los Tribunales a considerar válidos los contratos por los que las parejas de hecho autoregulan sus relaciones patrimoniales, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986. Si no hay ningún inconveniente para considerar lícitos y eficaces los pactos mediante los que las parejas no casadas reglamentan los aspectos patrimoniales de su relación, tampoco la debe de haber para el reconocimiento y aplicación de estipulaciones de la misma índole acordadas por los que celebraron, *con conocimiento de ello*, un matrimonio nulo, que, además, habiendo sido objeto de la publicidad propia de las capitulaciones, también producirá efectos frente a terceros.

El matrimonio nulo conlleva, pues, la ineficacia para el futuro de los pactos sobre régimen económico del matrimonio, aún cuando ellos no sean *per se* nulos. En cuanto a los demás negocios capitulares, la nulidad del matrimonio no incide sobre todos ellos de manera idéntica, según análisis que sigue.

(60) Mejor dicho, la norma paralela es el art. 95 que tiene su antecedente precisamente en el antiguo art. 72, pero ya he dicho que al referirse también al divorcio y a la separación no me parece decisivo para resolver la cuestión planteada.

(61) También se menciona al respecto el art. 1.392, pero a mi juicio carece de valor en ese sentido, lo mismo que el 95, porque no sólo se refiere a la nulidad, sino también a la separación y al divorcio.

Donaciones propter nuptias

Por expresa disposición del artículo 1.343, las donaciones *propter nuptias* realizadas por terceros pueden ser revocadas, con independencia de la causa de la nulidad, con arreglo a las normas de la revocación por incumplimiento de cargas y si han tenido lugar entre cónyuges sólo pueden revocarse si el donatario obró de mala fe. Los autores se preguntan por la razón en base a la cual cuando las donaciones proceden de terceros es motivo de revocación la anulación del matrimonio «*por cualquier causa*», y en cambio en las otorgadas por los contrayentes es necesario para dejar sin efecto la liberalidad que el donatario hubiere obrado de mala fe. También suscita bastante extrañeza que la nulidad se considere como «*incumplimiento de cargas*». En cuanto a esto último, como dice LACRUZ, la subsistencia del matrimonio no es, en términos jurídicos, una *carga* impuesta por el donante, aún cuando se hace valer como tal: la ley le da ese valor. Es perfectamente coherente que anulado el matrimonio puedan los terceros revocar las donaciones, pues, a diferencia de la separación y divorcio, en que hubo —e incluso todavía hay— matrimonio, en el caso de la nulidad sólo existió, en realidad, una apariencia de matrimonio. Lo que se está teniendo en cuenta en definitiva es la voluntad del donante, quien realizó la atribución patrimonial en consideración al matrimonio; no existiendo éste (sea cual sea la causa y aunque los contrayentes lo fueran de buena fe) se le debe de permitir dejarla sin efecto. El donante consintió la liberalidad en base a un matrimonio que no llegó a existir jurídicamente y ello basta para deshacer el negocio. Consideraciones tales como la buena fe de los donatarios son irrelevantes, lo mismo que lo son las razones por las cuales no se llegó a celebrar el matrimonio a los efectos de la caducidad establecida por el artículo 1.342. Es la desaparición de la base del negocio la que fundamenta la facultad de revocar. Por el contrario, la mala fe sí que es relevante tratándose de donaciones entre cónyuges. Conforme al párrafo 3.º del artículo 1.343, sólo si el donatario es de mala fe puede revocarse la donación por incumplimiento de cargas. Esta norma no es sino una aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. En rigor, siendo el matrimonio nulo, la suerte de las donaciones debería de ser la misma que prevé el párrafo 2.º: posibilidad de revocarlas cualquiera que fuese la causa de la nulidad; pero al tratarse de donaciones entre contrayentes, el que lo sea de buena fe no puede verse privado de los bienes gratuitamente entregados por el otro en consideración al matrimonio, pues como dispone el artículo 79 «*La declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe*».

Promesa de mejorar

No hay previsión expresa respecto de la promesa de mejorar ni de la mejora hecha en capitulaciones. Por lo que respecta a la primera, la duda está entre aplicarle la misma solución que en los casos de no celebración del matrimonio, esto es la ineficacia automática, o el mismo régimen que el Código establece para las provenientes de extraños, es decir, el reconocimiento en favor del promitente de la facultad de revocarla por incumplimiento de cargas. En favor de esto último se puede alegar la analogía de la promesa de mejorar con las donaciones nupciales y el hecho de que el artículo 1.343, al no distinguir, es aplicable tanto a las donaciones promisorias como a las transmisivas. Me parece no obstante preferible la solución de la ineficacia automática, pues no debe olvidarse que la ley reconoce validez a la promesa de mejorar precisamente por hacerse en contemplación al matrimonio y que la declaración de nulidad implica proclamar que éste nunca tuvo existencia jurídica. No estamos aquí discutiendo si un negocio perfecto puede extinguirse por decisión unilateral de una de sus partes, sino si un negocio (la promesa de mejorar) que el ordenamiento sólo admite en base a determinado presupuesto (el matrimonio) puede subsistir y desplegar su eficacia jurídica pese a faltar éste. La respuesta negativa se impone, máxime si tenemos en cuenta el carácter absolutamente excepcional de la admisión de la promesa de mejorar, que nuestro Derecho sólo consiente, aparte de en el caso de las capitulaciones, en el del contrato oneroso celebrado con tercero (62). De manera que, a diferencia de lo aconsejable en otras ocasiones, no se puede en ésta dejar a la voluntad del autor de la liberalidad la decisión de mantener o no la promesa de mejorar celebrada en base a un matrimonio nulo, porque tal promesa sólo era válida por esa razón. Sin el matrimonio queda incluida dentro del campo de aplicación de la prohibición de los pactos sucesorios.

Mejora

Distinto es el caso de la mejora hecha en capitulaciones, pues de lo que ahora se trata es de si debe de mantenerse el régimen jurídico de la mejora hecha en el contrato matrimonial o el de la mejora ordinaria. Se llega en este tema a la misma conclusión establecida para los casos en que el matrimonio no llegó a celebrarse: hay que entender que la mejora pierde su condición de irrevocable al devenir ineficaces los otros negocios capitula-

(62) Véase, *supra*, mi interpretación sobre el art. 826.

res. La solución coincide, además, con la establecida por el artículo 1.343 para las donaciones *propter nuptias* realizadas por terceros.

La mejora era irrevocable por entenderse base y presupuesto de otros negocios capitulares, los cuales o devienen ineficaces a partir de la sentencia (como es el caso de las disposiciones sobre régimen económico) o pierden su naturaleza *propter nuptias* (si los particulares deciden mantenerlos ya no es, obviamente, en contemplación al matrimonio). Cuando esto ocurre, desaparece la *ratio* por la que la mejora era irrevocable. Esta no forma ya parte de un contrato matrimonial eficaz y, en consecuencia, queda sometida al principio general de revocabilidad.

Delegación de la facultad de mejorar a los hijos comunes

En cuanto a la delegación del artículo 831, la doctrina se ha ocupado algo más detenidamente que respecto de los demás negocios capitulares de la incidencia que sobre tal pacto tiene la anulación del matrimonio. Siguiendo a VALLET y a ROCA SASTRE puede resumirse el estado de la cuestión de la siguiente manera: no es dudoso, según resulta del propio artículo, que uno de los requisitos para que proceda la delegación de la facultad de mejorar es la existencia de un matrimonio válido entre delegante y delegado. Algunos autores habían estimado que el pacto quedaba invalidado tanto en el caso de nulidad como en el de divorcio o separación, pero siguiendo la opinión de MANRESA predominó el criterio de que en los casos de nulidad el cónyuge de buena fe no perdía la facultad. Frente a ella se alzó la voz de DÍAZ FUENTES, quien advirtió que la ficción del matrimonio putativo sólo tiene por fin proteger los resultados producidos durante la etapa de apariencia del vínculo nupcial y que por eso lo razonable era entender que los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, si bien no invalidan los efectos de la facultad ya ejercitada por el cónyuge supérstite de buena fe, excluyen la posibilidad de su posterior ejercicio.

No creo, por mi parte, que la subsistencia de la facultad de mejorar conferida en capitulaciones, una vez declarado nulo el matrimonio, dependa de la buena o mala fe del cónyuge delegado, pues tal facultad no se concede en su exclusivo interés, sino también en el del propio delegante e incluso en el de los hijos, por lo que, en todo caso, la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo conduciría a entenderla subsistente, si ya se ha ejercitado, por ser un efecto del matrimonio «*ya producido respecto de los hijos*» (art. 79), pero tanto si el supérstite había contraído el matrimonio de buena fe como si no.

Tampoco la solución hay que basarla en una interpretación literal del artículo. Si nos atenemos estrictamente a sus términos, resultaría que la

suerte de la delegación sería una para los casos de nulidad y divorcio (habría que entenderla inexistente por faltar la condición de «cónyuge») y otra para los de separación (situación ésta en la que hay matrimonio), lo que carece de sentido porque en todas esas situaciones se presume igualmente desaparecida la relación de confianza entre delegante y delegado.

Esa es, justamente, la *ratio* de la disposición del número 2.º del artículo 102, que señala, como uno de los efectos que por ministerio de la ley se derivan de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. En base a este artículo hay que entender revocada la delegación de la facultad de mejorar entre cónyuges de manera automática desde la admisión de la demanda, revocación que adquirirá el carácter de definitiva, según el artículo 106, con la sentencia.

C) *Separación y divorcio*

El hecho de tratar conjuntamente de estas dos situaciones jurídicas para ver el efecto que producen sobre los distintos pactos capitulares no significa desconocer ni prescindir de sus diferencias, sino que lo que se pretende es, puesto que las conclusiones muchas veces van a ser idénticas para una y otra, evitar reiteraciones innecesarias.

Disolución del régimen económico matrimonial e imposibilidad de capitular

El efecto principal y característico de las sentencias de separación y divorcio en el ámbito patrimonial es el enunciado por el párrafo 1.º del artículo 95: la disolución del régimen económico matrimonial. Pero si en el caso del divorcio es claro que se extingue *todo* régimen matrimonial, no lo es tanto en el caso de la separación, en la que el vínculo matrimonial subsiste. Nuestra doctrina se ha ocupado ampliamente de esta cuestión, pudiendo reconducirse a dos posiciones, tal y como hace CLEMENTE MEORO, las opiniones emitidas respecto de la relación entre sentencia de separación y régimen económico-matrimonial: la de los que creen que la sentencia de separación personal determina la disolución del régimen matrimonial, sin que nazca otro nuevo en su lugar, y la de los que piensan por el contrario que tal sentencia lo único que produce es la disolución de los regímenes de comunidad, pero que nace un régimen de separación de bienes. Sin poner en duda la relevancia de la cuestión, en la que en definitiva va implícita la de si se siguen o no aplicando las normas del régimen matrimonial primario,

lo que desde nuestra perspectiva interesa destacar es que tanto la sentencia de separación como la de divorcio suponen el fin de la eficacia de todos los pactos capitulares sobre régimen de bienes del matrimonio, cualquiera que sea su contenido e incluso si se habían adoptado para regular una situación de crisis matrimonial. Se exceptúan las normas pactadas para la liquidación del régimen, que es precisamente ahora cuando manifiestan su utilidad. Las relaciones patrimoniales que a partir de la sentencia existan entre los cónyuges o ex-cónyuges, incluso en su condición de tales, no se regulan ya en capitulaciones matrimoniales, sino por los propios cónyuges en el convenio regulador judicialmente homologado y en su defecto, por las medidas que adopte el juez. En los casos de separación judicial no se disuelve el matrimonio, con lo que podría pensarse que subsiste la facultad de capitular, pero no es así. Las medidas que los cónyuges quieran modificar a partir de la sentencia para regular los aspectos patrimoniales de su situación de no convivencia habrán de adoptarse *«judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»* (art. 90), lo cual no impide que puedan llegar a acuerdos privados para ejecutar los judicialmente homologados o las medidas adoptadas por el juez. Tales contratos, no por el hecho de celebrarse entre los que todavía son jurídicamente «esposos» y referirse a aspectos patrimoniales nacidos del matrimonio, pueden ser calificados de capitulaciones. En realidad no lo son porque ni se hacen *contemplatio matrimonii*, ni habiendo recaído sentencia de separación pueden sustraerse los particulares a los mecanismos judiciales previstos para alterar el régimen económico (se considere o no «matrimonial») que entre ellos estableció la resolución judicial.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de diciembre de 1985, calificó de contrato de transacción y no de capitulaciones al convenio en el que dos cónyuges judicialmente separados acordaban extremos concernientes a la liquidación de la sociedad de gananciales, previamente extinguida. A propósito del caso resuelto por esa Sentencia, se ha planteado ROCA TRÍAS la cuestión de si es posible, en general, capitular después de obtenida la separación. Creo que pueden aceptarse sin reserva las siguientes conclusiones a las que al respecto llega la autora: Aunque el ordenamiento español no prohíbe que se celebren capítulos después de la separación e incluso podría entenderse que les abre una puerta el inciso final del artículo 1.325, hay razones técnicas que abogan por la imposibilidad de que existan capitulaciones otorgadas en situación de separación cuando los cónyuges ya han pactado las soluciones a través del correspondiente convenio. Este no puede ser modificado por unas capitulaciones posteriores, pues es un convenio judicialmente homologado que por esta razón tiene una característica de fijeza, pudiendo sólo modificarse acudiendo nuevamente al juez.

De manera que la separación y el divorcio no sólo determinan el momento en que cesa la eficacia de las estipulaciones capitulares sobre el régimen económico del matrimonio, sino que además marcan el comienzo de una nueva etapa entre los esposos o ex-esposos en la que no pueden ya otorgar capitulaciones matrimoniales. Ello no quiere decir que el principio de autonomía de la voluntad deje de ser operante para regular sus intereses patrimoniales, sino que su libertad de contratar queda sometida, con una finalidad tuitiva, al control judicial. Innecesario es decir que subsiste entre ellos la posibilidad de concertar otro tipo de contratos, con pleno sometimiento a las normas generales.

Según acabo de decir, decretada la separación de los esposos, desaparece para ellos, pese a la subsistencia del vínculo, la posibilidad de capitular en el futuro (salvo reconciliación), pero conviene detenerse algo más en este punto. Es claro, por las razones ya expuestas, que previsiones sobre régimen económico en capitulaciones no son ya posibles, pero no tanto porque no se hagan *contemplatio matrimonii*, lo que sería discutible, sino porque el cauce para ello es otro: el convenio regulador. Tampoco lo son, sin ningún género de duda, las liberalidades *propter nuptias*, habida cuenta de su imperativa antenuptialidad, ni la mejora realizada por un ascendiente tendrá la consideración de irrevocable (aunque por supuesto es válida) al no hacerse en un contrato matrimonial. Pero, ¿y la facultad del artículo 831 y los pactos capitulares atípicos? Lo primero que se piensa es que no pueden admitirse porque no se hacen en consideración al matrimonio, pero tampoco los pactos que regulan las separaciones de hecho en su aspecto patrimonial son en rigor *contemplatio matrimonii* y, sin embargo, tienen la consideración de capitulaciones y están sometidos a su normativa siempre que mediante ellos se modifique el régimen económico, de donde resulta que lo decisivo no es siempre o no es sólo que se hagan en contemplación al matrimonio (63). Por lo que se refiere a la regulación de las separaciones amistosas, lo que ocurre es que las únicas vías que la ley autoriza para modificar convencionalmente el régimen económico son o las capitulaciones matrimoniales, otorgadas con la forma y requisitos de los artículos 1.325 a 1.335, o el convenio regulador previsto para los casos de separación y divorcio, de manera que si se quiere eludir la vía judicial (como pasa en las separaciones de hecho) la única opción posible para adaptar el régimen patrimonial a la situación de no convivencia es el otorgamiento de unas capitulaciones.

En cuanto a la facultad reconocida por el artículo 831, no se encuentra en él, tal y como está formulado, ningún motivo para negar a los cónyuges

(63) Ni en el sentido tradicional de concertarse en consideración a un futuro matrimonio, ni tampoco en el sentido, más acorde con la normativa actual, de pactarse en base a una convivencia matrimonial o para regular ésta.

separados la posibilidad de otorgarla. Pero la situación sería distinta entre divorciados, pues, careciendo ya del estado de casados, no se ve cómo (salvo nuevo matrimonio, claro está) pueden tener la condición de «viudo» o «viuda» que se exige para el ejercicio del poder de distribuir y mejorar a los hijos comunes. Lo mismo cabe decir de los que celebraron un matrimonio nulo.

Esta solución no es convincente, no sólo porque discrimina a separados y divorciados, sino porque el fundamento de la fiducia bien pudiera ser —como ha dicho DÍEZ GÓMEZ—, no la «*afectio maritalis*», sino la confianza que deriva de que el comisario sea padre o madre de los llamados a heredar. Si así fuera habría que extender la posibilidad de delegar en el otro progenitor de los propios hijos, al margen de una relación matrimonial presente o pasada. Sin embargo, no parece ser eso lo que está en la mente de nuestro legislador que, aparte de seguir empleando los términos «viudo» y «viuda», ha mantenido, como requisito para el ejercicio de la fiducia que el viudo o viuda no haya contraído nuevas nupcias.

Desde luego que no cabe ya pensar que el fundamento de esta causa de extinción de la delegación sea el que apuntaba GARCÍA GOYENA de repulsa general de las segundas nupcias y tampoco cabe pensar que por este motivo vaya el cónyuge delegado a prescindir del interés de sus hijos. Es obvio, además, como apunta ROCA-SASTRE, que no se aprecia peligro alguno para éstos, pues el bínubo sólo puede distribuir la herencia del cónyuge premuerto y exclusivamente entre los hijos que lo sean de éste.

Probablemente este requisito sólo encuentre explicación en los fines que habitualmente se persiguen con la autorización del artículo 831, tenidos en cuenta por el legislador al introducir un instituto propio de los derechos forales y del concepto de familia que en ellos se considera y protege. Según DÍAZ FUENTES las figuras forales correlativas a la de nuestro artículo 831 tienen una inspiración común en propósitos de permanencia familiar, de conservación y atribución unitaria del patrimonio y de asignación de la jefatura doméstica, fruto del concepto de familia como entidad permanente y continuada. En la misma línea afirma REY PORTOLÉS que, de acuerdo con sus antecedentes, la finalidad principal que el artículo en cuestión persigue para los patrimonios dinámicos o de producción es mantenerlos indivisos y poner a su frente al descendiente más capacitado o idóneo.

Desde esta perspectiva se comprende algo mejor que se mantenga en la reforma del 81 el requisito negativo de no contraer ulteriores nupcias para el ejercicio de la delegación, lo que no creo que se deba ni a un descuido ni a la inercia del legislador. Si el delegado ha contraído nuevas nupcias es mucho más difícil evitar los efectos disgregantes del patrimonio, no ya del causante, sino del supérstite, que también parece ser tenido en cuenta por el legislador, quien en el fondo piensa que el delegado no se va a limitar

a hacer una disposición aislada de los bienes de aquél, sino que tomará en consideración y organizará conjuntamente el destino de sus propios bienes. Según DOMÍNGUEZ RODRIGO, quien ha estudiado exhaustivamente la *ratio decidendi* del artículo 831, éste atiende a un interés estrictamente «familiar». Particularmente prefiero hablar de un interés del causante, al que se suma el interés no divergente de su viudo. Cualquier interferencia en ese interés común supone la desaparición de la base del negocio. Tal interferencia se produce en el caso de ulteriores nupcias, pues el interés del delegado en lo que respecta al destino futuro de sus bienes ya no es común con el del fallecido y presumiblemente tampoco lo será en los casos de nulidad, separación conyugal o divorcio. Junto con la pérdida de confianza característica de estas situaciones, ello justifica que se extinga por ministerio de la ley la delegación otorgada en el contexto de una relación conyugal que no esté en crisis, cuando ésta surge, pero no justifica—creo—que la autorización no pueda hacerse, si se desea, en favor del progenitor del que el delegante está divorciado, separado o, sencillamente con el que nunca estuvo casado.

Tras este paréntesis, abierto para referimos a los negocios capitulares que no pueden celebrarse declarada la separación, vamos a continuar con el asunto que nos ocupaba, que era el de la incidencia de la sentencia de separación y divorcio sobre los distintos negocios capitulares.

Ya hemos visto que las estipulaciones sobre régimen patrimonial devienen ineficaces, salvo las previstas precisamente para tal evento, siempre que sean válidas. Veamos ahora lo que ocurre con las demás:

Donaciones *propter nuptias*

De la suerte de las donaciones *propter nuptias* se ocupa el artículo 1.343, que tras declarar que serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos, distingue las otorgadas por terceros y las otorgadas por los contrayentes. En las primeras se reputará incumplimiento de cargas «*la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron*». Y en las segundas se estimará ingratitud el que al donatario «*le sea imputable, según la sentencia, la causa de la separación o divorcio*».

La doctrina destaca la defectuosa técnica empleada por el legislador en este artículo, lo que resulta muy evidente si se consideran además las previsiones que para el caso de nulidad del matrimonio se establecen también en él. Concretamente Díez-Picazo se muestra bastante perplejo ante el precepto. Cree que el legislador se sirve de una ficción y equipara las situaciones de nulidad, separación y divorcio con el incumplimiento de

cargas, pero advierte que la construcción es incoherente si se tiene en cuenta que la separación y el divorcio se consideran incumplimiento de cargas en las donaciones realizadas por terceros, mientras que en las donaciones entre los esposos se consideran formas de ingratitud. Y añade que es prueba de esa falta de coherencia jurídica «el que en algunos casos se exija la imputabilidad o mala fe en el hecho, lo que podría justificarse por la aplicación de la idea de incumplimiento, mientras que en otros casos se hace abstracción de la actitud del cónyuge hacia él...».

No es fácil, en efecto, explicar la sistemática empleada para introducir las particulares causas de revocación de las donaciones antenupciales en base a la disolución del matrimonio por divorcio o a la separación judicial, y mucho menos a la vista de lo que se establece para los casos de nulidad, en que igualmente se distingue según que las donaciones tuvieran lugar entre cónyuges o procediesen de terceros. Pero quizá indagando la *ratio* de cada una de las causas de revocación, pueda aclararse algo este confuso panorama.

De lo dispuesto para las hipótesis de divorcio y separación se deduce que para el Código las donaciones *propter nuptias* se realizan en contemplación a la *celebración* del matrimonio y no en atención a la permanencia de la relación conyugal que con ella se inicia, lo que resulta perfectamente coherente con un sistema de matrimonio disoluble. De lo contrario, se habría autorizado la revocación de este tipo de donaciones en todos los casos de separación y divorcio, y no se ha hecho. La disolución del matrimonio o la cesación de la situación de convivencia que le es propia no se han estimado causas que justifiquen la revocación de las donaciones nupciales (con lo que se habrían llevado a sus últimas consecuencias las relaciones entre matrimonio y capitulaciones) *salvo en un caso*: que le sean imputables al cónyuge donatario los hechos que los causaron.

Inmediatamente se piensa entonces que estamos en presencia de una disposición de carácter punitivo, cuya *ratio* sería privar al donatario de los bienes recibidos antes de su boda por haber incurrido en una causa de separación o divorcio. Sin embargo, no tiene por que ser así. Es sabido que en opinión de un sector doctrinal el fundamento de la revocación de las donaciones por ingratitud no es imponer una sanción al donatario, sino, en palabras de LACRUZ «conferir relevancia jurídica al arrepentimiento que la ingratitud provoca en el ánimo del donante, y que la conciencia colectiva considera del todo justificado». Esto es lo que, a mi modo de ver, pretende el artículo 1.343 cuando permite al cónyuge donante dejar sin efecto la donación si su destinatario incurrió en causa de separación o divorcio: surgida una nueva circunstancia que previsiblemente hubiera determinado al donante a no realizar la liberalidad, se le da la oportunidad de reconsiderar su donación. No es, en definitiva, sino una consecuencia del carácter gratuito del

acto. No hay necesariamente que pensar —creo— que se está castigando al donatario, del mismo modo que no hay que entrever esa finalidad sancionatoria cuando incurre en alguna de las causas del artículo 648.

La lectura de éste nos permite comprender que se estime ingratitud, en las donaciones entre cónyuges, el hecho de serle imputable al donatario la causa de separación o divorcio, pues existe una destacada similitud entre la realización por el cónyuge donatario de una de las conductas tipificadas por el Código como causa de separación (art. 82) o divorcio (art. 86) y las enumeradas por el artículo 648.

Si las donaciones proceden de extraños, el fundamento de la causa de revocación es otro. lo que explica que una misma circunstancia (la imputabilidad al donatario de los hechos causantes de la separación o divorcio), que entre cónyuges es considerada como una causa de ingratitud, se conceptúe ahora como incumplimiento de cargas. Todas las causas de ingratitud consagradas por el Código tienen en común el hecho de tratarse de comportamientos del donatario respecto del donante y esto no ocurre en el caso contemplado: no es razonable pensar que el cónyuge en el que se da una de las causas de separación o divorcio incurra en una causa de ingratitud respecto de un tercero que realizó una liberalidad en su favor con ocasión del matrimonio. La ingratitud como tal sólo parece posible entre donante y donatario (cfr. art. 648). Por eso, en vez de considerar la imputabilidad de la causa de separación o divorcio causa de ingratitud, se la conceptúa respecto de extraños al matrimonio como incumplimiento de cargas.

Eso no quiere decir, como advierte Díez-PICAZO, que constituya carga de la donación el no ejercicio de las acciones de nulidad, de separación o de divorcio, lo cual es impensable, más aún si no se olvida que tales acciones pueden ser ejercitadas por el consorte no donatario que no incumple nada. El donatario *propter nuptias* no tiene la carga de continuar casado. Si así fuera también se autorizaría al donante a revocar en los casos de divorcio o separación de mutuo acuerdo. El donante sólo puede revocar «*si al cónyuge donatario le son imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron*». Como muy bien indica VÁZQUEZ IRUZUBIETA, estas especiales causas de revocación del artículo que comentamos sólo son posibles en los casos de separación o divorcio contenciosos, pues únicamente en ellos tiene relevancia jurídica la causa que los motivó y aunque tal causa puede igualmente existir en los obtenidos de mutuo acuerdo, se prescinde de ella. No se debe, sin embargo, descartar que el legislador esté razonando de este otro modo: el donatario *propter nuptias* tiene la carga de no incurrir en alguna de las causas de los artículos 82 y 86.

Así entendida, la norma es menos criticable, pero sigue sin parecer oportuna. No quiere por supuesto decir que el cónyuge donatario tenga la

carga de no iniciar las acciones de separación o divorcio, lo que además sería claramente limitativo de su libertad personal. De lo que se trata es de poner en manos del donante, cuando éste es un tercero, un instrumento jurídico que le permita replantearse la donación, no simplemente porque el matrimonio se haya extinguido ni porque haya recaído una sentencia de separación, sino cuando esto ha ocurrido, con independencia de quien ejerce la acción precisamente por incurrir el donatario en causa de separación o divorcio.

En definitiva, sólo cuando el donatario origina el evento sobrevenido (la separación o el divorcio) puede verse privado de los bienes. Cuando a la misma situación se llega por otra vía (como por mutuo acuerdo) no se ve expuesto a verse privado de lo donado. La revocación no se permite por la separación o el divorcio en sí, sino por incurrir el donatario en las causas de los artículos 82 y 86. Insisto en que ello no quiere decir que la norma tenga naturaleza sancionadora. En la medida de lo posible se debe evitar interpretarla en el sentido de que se está poniendo en manos del donante un medio para castigar una conducta que el donatario ni siquiera realiza contra él, sino, en todo caso, contra su cónyuge. Es preferible la idea de que el donante, a la vista de ella, puede replantearse la liberalidad que realizó en su día, cosa que no puede hacer cuando la separación o el divorcio no son imputables al donatario.

Promesa de mejorar y mejora

En cuanto a la promesa de mejorar, cabe pensar que, recaída la sentencia de separación o divorcio, procede aplicar el régimen del artículo 1.343, entendiéndola revocable si éstos son imputables al cónyuge mejorado. Pero se pregunta uno si esta solución no es acaso incoherente con la defendida para ese mismo pacto capitular en los casos de anulación del matrimonio, la de la ineficacia automática de la promesa. No es así porque el problema es distinto: la razón de aquélla solución era, en última instancia, que sin matrimonio faltaba la *ratio* de la validez de la promesa; la situación de la que parte la sentencia de separación o divorcio es la radicalmente contraria: un matrimonio previo y válido.

Otro posible inconveniente para aplicar a la promesa de mejorar el régimen que el artículo 1.343 establece para las donaciones con ocasión de matrimonio cuando se declara la separación o el divorcio es la naturaleza de la norma. Se trata, en opinión de algunos autores (64), de una norma

(64) Por citar alguno, ALBÁCAR y TORRES LANA.

sancionadora, no susceptible, por tanto, de aplicación analógica. Pero, aparte de que ello es discutible (65), según eso tampoco podrían aplicarse a la mejora irrevocable las causas legales de revocación de las donaciones, lo que, aparte de haber hecho en ocasiones la jurisprudencia (66), cuenta con el apoyo de la doctrina (67). No se olvide que, al fin y al cabo, la promesa de mejorar no es otra cosa que una donación promisorias y que ésta queda comprendida dentro del campo de aplicación del artículo 1.343, según resulta de su puesta en relación con el 1.340.

No terminan aquí los inconvenientes para decidirse por la aplicación del régimen consagrado para el mismo caso por el artículo 1.343, pues se llegaría por esta vía a una solución no coherente con la de la mejora hecha en capitulaciones. Si ésta pierde, tras la separación y el divorcio, la condición de irrevocable por las razones ya expuestas al tratar de la nulidad del matrimonio, no puede sostenerse que la promesa de mejorar quede expuesta a su revocación en un número mucho más reducido de casos (cuando le fueren imputables al donatario la separación o el divorcio). Es claro, según resulta de los artículos 826 y 827, que el régimen jurídico de la promesa de mejorar y de la mejora hecha en capitulaciones es idéntico, como también lo es el de la donación transmisiva y la promisorias. Pienso, en consecuencia, que la respuesta a la cuestión planteada no hay que buscarla en el artículo 1.343, aún cuando no se compartan los obstáculos anteriormente indicados para su aplicación analógica. A mi entender las causas de revocación de las donaciones, que tienen carácter excepcional, pues la donación es por principio irrevocable, no se aplican ya ni a la promesa de mejorar ni a la mejora, las cuales, fuera del contexto de un contrato matrimonial, son, por regla, todo lo contrario: revocables.

Lo anterior no rige, por supuesto, respecto de la promesa recíproca de mejorar a un hijo común pactada en capitulaciones matrimoniales, la cual no se puede ver afectada por las vicisitudes del matrimonio porque la razón de su validez e irrevocabilidad no es ni el matrimonio ni el contrato matrimonial, sino el hecho de pactarse en un contrato oneroso celebrado con un tercero.

(65) Ya he indicado antes que también se puede entender que, simplemente, se permite al donante deshacer el negocio gratuito en base a una circunstancia sobrevenida que de haber conocido habría, presumiblemente, modificado su ánimo de liberalidad.

(66) Sentencias de 11 de enero de 1915 y 6 de febrero de 1954.

(67) Sobre este tema, ampliamente BLASCO GASCO en su libro *La mejora irrevocable*

Delegación de la facultad de mejorar

En cuanto a los efectos de las sentencias de separación o divorcio sobre la delegación del artículo 831, me remito a lo que ya dije sobre este punto al tratar de la nulidad del matrimonio, y respecto de la posibilidad de concederla en esas situaciones a lo expuesto en el apartado dedicado a tratar de la imposibilidad de capitular tras la sentencia de separación y divorcio.

D) *Pactos capitulares atípicos y matrimonio*

Para terminar, queda por hacer una alusión a la incidencia de las distintas vicisitudes del matrimonio en los negocios capitulares que, bien celebrados entre cónyuges, bien con terceros, tienen también la consideración de matrimoniales por haberse celebrado, igual que los pactos típicos, *contemplatio matrimonii*. Estos no devienen ineficaces automáticamente porque el matrimonio o la convivencia conyugal no actúan como condición. Son, por el contrario, la base del negocio. Desaparecida ésta, las partes pueden instar la resolución, siempre con eficacia *ex nunc*.

No hay tampoco que olvidar la posible existencia en la escritura de capitulaciones de negocios que no sean en rigor «matrimoniales», los cuales no pueden nunca verse afectados por las vicisitudes del matrimonio como tampoco por su no celebración.

M.^a LUISA MORENO-TORRES HERRERA
Profesora Titular de Derecho Civil

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., «La reforma del Derecho de Familia», en *Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982.
- (coordinados por LACRUZ BERDEJO), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982.
 - *El nuevo régimen de la familia*, tomos I y II. Ed. Civitas, Madrid, 1981 y 1982.
 - *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
 - *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, 2.^a ed., Pamplona 1989.
 - *Derecho de Familia*, dirigido por V. L. MONTES. Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1991.
- ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ L., y TORRES LANA, JOSÉ A.: en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR, Madrid, 1991, t. IV, pág. 845.

- ALBADALEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil*: t. IV, 5.ª ed., Zaragoza, 1991; t. V, 4.ª ed., Barcelona, 1991.
- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ A., *Curso de Derecho de Familia*, t. I, Madrid, 1987.
- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, pág. 1515.
- AVILA ALVAREZ, PEDRO, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en *RCDI*, 1981, pág. 1373.
- BAUDRY-LACANTINIERIE, G., *Précis de Droit Civil*, tome troisieme, Douzieme édition, París, 1922.
- BELTRÁN FUSTERO, LUIS, «Los convenios contra el matrimonio o sus bienes fundamentales», en *RDN*, 1959, pág. 61.
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO, *Derecho de Familia*, dirigido por V. L. MONTES, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1991.
- *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990.
- BONET RAMÓN, FRANCISCO, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1960.
- BORRELL Y SOLER, ANTONIO, *Derecho Civil Español*, t. IV, Barcelona, 1954.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, pág. 603.
- «La contratación entre cónyuges», en *ADC*, 1985, pág. 505.
- CABRERA HERNÁNDEZ, JOSÉ M., «Algunas notas sobre los nuevos artículos 1315 a 1324 del Código Civil», en *RGLJ*, t. 252, año 1982, pág. 133.
- CANO TELLO, CELESTINO, «Algunas reflexiones sobre la revocación de la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales», en *RCDI*, 1976, pág. 1107.
- CARCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, *Las capitulaciones matrimoniales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1992.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*: t. V, vol. 1.º, 9.ª ed. (revisada por G. GARCÍA, CANTERO y J. CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1976, y 11.ª ed., Madrid, 1987; t. VI, vol. 3.º, 8.ª e., Madrid, 1979; t. VI, vol. 3.º, 8.ª ed. (revisada por J. L. DE LOS MOZOS), Madrid, 1978.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M., «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», en *ADC*, 1964, pág. 367.
- «Las capitulaciones matrimoniales en las novelas de Balzac», en *RDN*, abril-junio 1972, pág. 324.
- CERDA GIMENO, JOSÉ, «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», en *Documentación Jurídica*, núms. 33 a 36, enero-diciembre 1982, pág. 231.
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE, *Instituciones de Derecho Civil Español*, t. II, Madrid, 1959.
- COBACHO GÓMEZ, JOSÉ A., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, pág. 615.
- COLÍN, AMBROSIO, y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho Civil*, edición española con notas de DE BUEN; t. VI, 2.ª ed. (puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1949, y t. VII, Madrid, 1927.
- COLOMER, ANDRÉ, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, París, 1982.
- CORNU, GÉRARD, *Les régimes matrimoniaux*, 2ème édition, París, 1977.
- CORSI, FRANCESCO, «Il regime patrimoniale della famiglia», en *Trattato di Diritto Civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO, vol. VI, t. I, Milano 1979.

- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid 1967.
- DE CASTRO GARCÍA, JAIME, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR, Madrid, 1991 t. III.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», en *ADC*, 1969, pág. 3.
- «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho Español sobre la familia», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, separata, mayo 1986.
- DE LACOSTE, JORGE, *La mejora*, traducida por L. GARCÍA GUIJARRO, Madrid, 1913.
- DELNOY, PAUL, *Les libéralités et les successions*, Liège, 1991.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBADALEJO, t. XVIII, vol. 1, Madrid, 1982.
- DÍAZ FUENTES, ANTONIO, «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», en *ADC*, 1957, pág. 788.
- DÍEZ GÓMEZ, AURELIO, «El nuevo artículo 831 del Código Civil», en *RDN*, 1982, pág. 405.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid 1984, vol. II, pág. 1492.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, 2.ª edición, Madrid, 1986.
- «El negocio jurídico del Derecho de Familia», en *RGLJ*, 1962, pág. 771.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1978, y también 4.ª edición, Madrid, 1988.
- DOMÍNGUEZ RODRIGO, LUIS M.ª, «El artículo 831 Código Civil ante la doctrina de la *ratio decidendi*», en *RGD*, 1982, págs. 1813 y 1983, pág. 3.
- DORAL JOSÉ, A., «Pactos en materia de alimentos», en *ADC*, 1971, pág. 313.
- DORAL, JOSÉ A., y DEL ARCO, MIGUEL A., *El negocio jurídico*, Madrid, 1982.
- DUPONT DELESTRAINT, PIERRE, *Contrat de mariage et régimes matrimoniaux. Successions, libéralités*, huitième édition, París, 1985.
- ELFGEN, ANNO, «La mejora en el vigente Derecho Español», en *RDN*, 1969, pág. 7.
- ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho de Sucesiones*, vol. 1.º y 2.º, traducción de la 8.ª ed. alemana con notas de Ramón M.ª Roca-Sastre, Barcelona, 1951.
- FAUS ESTEVE, RAMÓN, «La separación de hecho en el matrimonio», en *AAMN*, 1946, t. II, pág. 289.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, CLEMENTE, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho Civil Español*, t. I, Madrid, 1880.
- FALCÓN, MODESTO, *Código Civil Español*, t. IV, Madrid, 1889.
- FONT BOIX, VICENTE, «La mejora del tercio por acto inter vivos», en *RDN*, 1961, pág. 351.
- GANGI, CALOGERO, *Derecho matrimonial*, traducción de MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, Madrid, 1960.
- GARDANI CONTURSI-LISI, LYCIA: «Delle donazioni», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma, 1976.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Nulidad de matrimonio», en *AC*, 93-3, XXI.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR, «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», en *RDN*, 1976, julio-diciembre, pág. 7.

- GÓMEZ, YOLANDA, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, RAFAEL, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», en *RCDI*, 1978 (núm. 526), pág. 493.
- GIMÉNEZ-ARNÁU, ENRIQUE, «Escrituras de divorcio», en *RDN*, 1961, pág. 429.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», en *RGLJ* 1977, pág. 81.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, tomo 3.º, 4.ª ed., Madrid, 1875.
- HERRERO GARCÍA, M.ª JOSÉ, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976.
- *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, pág. 571.
- KIPP, THEODOR, y WOLFF, MARTIN, *Derecho de Familia*, vol. 1.º, traducción de la 20.ª ed. alemana, con notas de PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, Barcelona, 1941.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.
- «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962, vol. II, pág. 119.
- «El régimen económico del matrimonio», en *Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pág. 97.
- *Elementos de Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1977.
- LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, IV, 3.ª ed., Barcelona, 1989.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS, «La publicidad del régimen económico del matrimonio», en *Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pág. 137.
- LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, tome XIII, 2eme édition, y tome XXI, Bruxelles, 1876.
- LEHMANN, HEINRICH, *Derecho de Familia*, vol. IV, traducción de la 2.ª ed. alemana por J. M. NAVAS, Madrid, 1953.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ M., «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», en *ADC*, 1983, I, pág. 397.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ M., y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ A.: «Notas sobre mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho Común», en *RDP*, 1977, pág. 165.
- LÓPEZ FRÍAS, ANA M.ª, «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho Español», en *ADC*, 1990, pág. 851.
- *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994.
- LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «La evolución del Derecho de Familia respecto de las relaciones personales entre cónyuges», en *RDN*, 1975, pág. 185.
- LLOPIS GINER, JUAN M., «La capacidad del menor para otorgar capitulaciones», en *RCDI*, 1988, I, pág. 49.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *Jorna-*

- das hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pág. 155, y también en *RCDI*, 1982, pág. 47.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS, *El nuevo Derecho de Familia*, Madrid, 1981.
- MARTY, GABRIEL, y RAYNAUD, PIERRE, *Les régimes matrimoniaux*, 2^ame édition, Paris 1986.
- MAZEAUD, JEAN, *Lecciones de Derecho Civil*, t. IV, vol. 1, traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1965.
- MIQUEL, JOSÉ M.^a, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, pág. 1311.
- MOUTON Y OCAMPO, LUIS, «Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio», en *RGLJ*, t. 114, año 1909, pág. 421.
- *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, Barcelona, 1978, voz «capitulaciones matrimoniales».
- MUCIUS SCAEVOLA, QUINTUS, *Código Civil*, t. XIV, revisado por FRANCISCO ORTEGA LORCA, Madrid, 1944; t. XXI, revisado por JOSÉ M. REYES MONTERREAL, 2.^a ed., Madrid, 1967.
- MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ M.^a, *Comentarios al Código Civil Español*· t. VI, vol. I, 8.^a ed., revisada por FRANCISCO DE CÁRDENAS, Madrid, 1973; t. IX, 6.^a ed., revisada por MIGUEL MORENO MOCHOLÍ, Madrid, 1969.
- NAGORE YARNOZ, JAVIER, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en Derecho Común y Foral», en *Estudios Castán*, vol. IV, Pamplona, 1969, pág. 506.
- OLIVARES JAMES, JOSÉ M.^a, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código Civil», en *AAMN*, XXV, pág. 281.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, 2.^a época, núm. 4, pág. 119.
- PELAYO HORE, SANTIAGO, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», en *ADC*, 1967, pág. 819.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989.
- «El concurso de las personas designadas en el art. 1318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955)», en *ADC*, 1956, pág. 299.
- PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, JOSE M.^a: «La evolución del Derecho de familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges», en *RDN*, 1975, pág. 227.
- PUENTE MUÑOZ, TERESA, *Matrimonio y Divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Código Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 726.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*: Tomo II, vol. 1.^o, 2.^a ed., Barcelona, 1978; t. IV, vol. 1.^o, Barcelona, 1967, y 2.^a ed., Barcelona, 1985; t. V, vol. 3.^o, 3.^a ed., Barcelona, 1984.
- *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVI, voz «mejora».
- Puig Ferriol-Roca Trías, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, t. II y t. III, 1.^o, Barcelona, 1979.
- PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio de Derecho Civil Español*, t. V, 2.^a ed., Pamplona, 1972.
- «La donación matrimonial de bienes futuros», en *Estudios Castán*, t. IV, Pamplona, 1969, pág. 573.

- REY PORTOLÉS, JUAN M.^a, «Comentario a vuelapluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *RCDI*, 1982, pág. 569.
- RICCI, FRANCESCO, *Derecho Civil teórico y práctico*, tomo X, traducción española, Barcelona 1985, y t. XV, Barcelona, 1974.
- RIPERT, GEORGES, y BOULANGER, JEAN, *Traité de Droit Civil*, t. IV, París, 1959.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona 1991.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, pág. 396.
- Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1985 en *CCJC* 1985, pág. 3253.
- «Derecho de obligaciones», coordinado por M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 591.
- ROJAS MONTES, LUIS, «Efectos frente a terceros de la modificación de las capitulaciones», en *AAMN*, núm. XXVI, pág. 299.
- RUBIO, ENRIQUE, «Comentario a la Sentencia del T.S. de 31 de enero de 1985», en *CCJC*, 1985, pág. 2357.
- SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de Derecho Civil*, t. V, vol. 1.º, Madrid, 1912; t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1910.
- SANS URANGA, FRANCISCO, «La nueva importancia del art. 831 del Código Civil», en *RDN*, 1976, pág. 379.
- SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1958, t. II.
- SANTOS BRIZ, JAIME, *Derecho Civil*, t. V, Madrid, 1982.
- SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da WALTER BIGIARI, Torino, 1965.
- SBISA, GIUSEPPE, *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice, 1980, voz «riforma del diritto di famiglia».
- SECO CARO, ENRIQUE, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960.
- TEDESCHI, GUIDO, *El régimen patrimonial de la familia*, traducción de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1954.
- *Novissimo Digesto Italiano*, terza edizione, tomo X, voz «matrimonio (contratto di)».
- TORRES ESCÁMEZ, SALVADOR, «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales», en *RCDI*, 1978, pág. 963.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, «Las capitulaciones matrimoniales como estatuto patrimonial de la familia», en *Estudios varios*, Madrid, 1980, pág. 253.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XI, 2.ª ed., Madrid, 1982.
- *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I.

La formación histórica del régimen hipotecario francés o mixto (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTADO DE LA CUESTION: 1. LA BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD DEL PERÍODO FRANCO Y DE LOS SIGLOS MEDIEVALES. 2. LOS INTENTOS DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD EN EL ANTIGUO RÉGIMEN EN LA BIBLIOGRAFÍA. 3. LAS OBRAS Y LOS AUTORES SOBRE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DEL PERÍODO INTERMEDIO (1789-1804). 4. TRABAJOS SOBRE EL TÍTULO XVIII DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y LA LEY DE TRANSCRIPCIÓN DE 1855.—III. EL REGIMEN DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DURANTE EL PERIODO FRANCO Y EN LOS SIGLOS MEDIEVALES.—IV. LAS TÉCNICAS DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DEL NORTE Y DEL ESTE DE FRANCIA: EL *NANTISSEMENT* Y LA *APPROPRIANCE PAR BANNIES*.—V. LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA EN LOS SIGLOS XVI, XVII y XVIII: 1. LA PUBLICIDAD DE LAS TRANSMISIONES DE DOMINIO Y DE DERECHO DE HIPOTECA: LOS EDICTOS DE 1553 Y 1581. 2. EL RETROCESO DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA Y LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD HIPOTECARIA EN 1673. 3. LA EXTENSIÓN DEL REQUISITO DE LA INSINUACIÓN A TODAS LAS TRANSMISIONES DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. 4. LAS «LETTRES DE RATIFICATION» PREVISTAS EN EL EDICTO DE 1771 COMO TÉCNICA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA.—VI. EL SISTEMA HIPOTECARIO DEL PERIODO INTERMEDIO (1789-1804): 1. LA SUPRESIÓN DEL «NANTISSEMENT» Y LA ADAPTACIÓN DEL EDICTO DE 1771 A LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. LA HOMOGENEIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA A TRAVÉS DE LA LEY 9 MESIDOR AÑO III Y LA LEY 11 BRUMARIO AÑO VII: A) *El caótico y contradictorio régimen de la Ley 9 Mesidor año III: su inaplicación.* B) *La Ley 11 Brumario año VII: la relevante importancia otorgada a la publicidad y a la especialidad inmobiliaria.*—VII. EL SISTEMA HIPOTECARIO MIXTO FRANCÉS ESTABLECIDO EN EL CODIGO DE 1804 Y EN LA LEY DE TRANSCRIPCIÓN DE 1855: 1. EL CÓDIGO DE 1804: UN NUEVO RETROCESO EN EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA. 2. LA AMPLIACIÓN DE LA PUBLICIDAD A TODAS LAS TRANSMISIONES DE DOMINIO: LEY DE 25 DE MARZO DE 1855.

(*) La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de una beca del Programa Erasmus, circunstancia que me permitió realizar una estancia en París en el año 1994. En este tiempo estudié el régimen hipotecario francés a través de la consulta de los fondos depositados en los *Archives Nationales* y en la Biblioteca *Cujás*. Agradezco a los profesores JEAN PIERRE POLY y GUILLAUME MÉTAIRIE su dedicación, ayuda y consejos, sin los cuales no hubiera sido posible la finalización de este artículo.

I. INTRODUCCION

A lo largo de los siglos XVIII y XIX son múltiples las disposiciones inmobiliarias que se promulgan en toda Europa. Aquellos países que proceden a la elaboración de Códigos Civiles suelen incluir la materia hipotecaria en los mismos, mientras que otros, normalmente los que carecen aún de Códigos, elaboran leyes dedicadas especialmente a esta materia. Todas estas legislaciones se pueden agrupar en sistemas, es decir, en conjuntos normativos que responden a unos mismos principios y caracteres básicos en cuanto a la organización de los Registros y de la publicidad de las transmisiones de dominio y demás derechos reales sobre los inmuebles. La diferencia entre unos sistemas y otros se justifica por la desigual importancia otorgada a la publicidad de los actos que afectan a la propiedad inmueble.

En relación a estos diferentes modelos hipotecarios se observa un doble proceso en el siglo pasado. Por una parte, se aprecia el retroceso de la clandestinidad inmobiliaria, propia del Derecho romano, y por otra, una creciente expansión de la publicidad y de la especialidad inmobiliaria aunque con diferente intensidad, dependiendo de si la extensión de estos principios acontece a través del sistema germánico en sentido estricto, del modelo germánico incompleto o del régimen francés mixto. La razón de este doble fenómeno se encuentra en relación con la situación económica y social del momento. El auge de la publicidad y de la especialidad hay que conectarlo con las circunstancias económicas del momento. La nueva situación exige la publicidad y la especialidad de los actos jurídicos que afectan a los bienes inmuebles con el fin de fomentar el crédito territorial, ampliando los mercados de capitales y las fuentes de financiación a través de inversiones con garantías hipotecarias y del mercado inmobiliario, protegiendo los intereses de los adquirentes. Las clases burguesas, enriquecidas con el comercio y la industria, tienen la necesidad de colocar sus capitales a réditos provechosos a través de la seguridad que proporcionan las hipotecas especiales y públicas. Con el anterior sistema de clandestinidad se veían en peligro el crédito y la seguridad jurídica, dos de los valores que la nueva sociedad, dirigida hacia el liberalismo y el capitalismo, más apreciaba. Pero ¿en qué momento se desencadena el cambio? El momento decisivo lo determina el proceso de liberación de la tierra que la deja libre de los anteriores vínculos que la sujetaban, aunque sus efectos no se aprecien hasta unos años más tarde. A partir de entonces la tierra puede y es conveniente que circule; además, constituye la mejor garantía para la obtención de préstamos.

Desde el siglo pasado los juristas europeos se interesan por organizar en sistemas las distintas legislaciones hipotecarias, siendo los dos modelos principales que se reconocen y en los que, como digo, se distribuyen los

diferentes textos normativos: el germánico o alemán y el mixto o francés. Además, algunos autores como PIERRE ODIER se refieren también a un régimen hipotecario romano basado en la clandestinidad (1), pero si se parte de considerar que hipotecario hace referencia al régimen, más o menos perfecto, de publicidad inmobiliaria, no podría hablarse de régimen hipotecario romano porque en el Derecho romano clásico y postclásico se desconoce por completo la idea de publicidad inmobiliaria de las transmisiones de dominio, con la excepción de las donaciones que se sujetan a la formalidad de la insinuación, de las hipotecas y de los demás derechos reales, como consecuencia de lo cual permanecen en la clandestinidad. ¿Cómo se entienden entonces que estos autores se refieran a un modelo hipotecario romano?

En el momento en que se inicia el movimiento de reforma de las distintas legislaciones hipotecarias en Europa, en amplias zonas los actos sobre la propiedad inmueble permanecen en la clandestinidad. Esto mueve a los autores a agrupar los ordenamientos jurídicos en los que no se prevé mecanismo alguno de publicidad inmobiliaria en una misma categoría, lo que les obliga a la búsqueda de un término para referirse a la misma. Dado que el estado de los inmuebles en el Derecho romano también había permanecido oculto (2) y que este ordenamiento había ejercido un influjo muy

(1) P. ODIER, *Des systèmes hypothécaires suivi du projet de loi sur les droits réels présenté au Conseil représentatif de Genève le 21 décembre 1827*, Ginebra-París, 1840, págs. 1-20.

(2) En relación a las transmisiones la única forma de publicidad que se constata en el Derecho romano es la que representa la *insinuatio* de las donaciones. No obstante, existen dudas en torno a la aplicación práctica de este requisito, porque distintos documentos, que contienen importantes datos sobre las donaciones, omiten cualquier referencia acerca de la insinuación. J. L. MURGA, «Los negocios "pietatis causa" en las Constituciones imperiales postclásicas», *AHDE*, 37, 1967, págs. 245-338, por la cita, pág. 278.

Constantino sujeta las donaciones al requisito de la insinuación, consistente esta formalidad en la declaración solemne de donar hecha ante el funcionario competente, su documentación y su constancia en las correspondientes actas. Posteriormente deja de ser necesaria en determinados casos: se dispensan del requisito las donaciones de importe inferior a trescientos sueldos, cantidad que dos años más tarde, en el año 531, es ampliada a quinientos sueldos; por motivos de política criminal son eximidas de la *insinuatio* ciertas donaciones como las hechas por los *virī gloriossīmī magistrī militum* a sus soldados, y las destinadas a la reconstrucción de edificios ruinosos, y las hechas por el emperador o a los emperadores, y las donaciones destinadas a constituir dote; y por motivos religiosos deja de ser necesario este requisito, por ejemplo, en las liberalidades hechas en favor de establecimientos de beneficencia, en las donaciones hechas con un fin piadoso general... La cuestión que inmediatamente se plantea y para la que, sin embargo, no es posible proporcionar una respuesta firme es la naturaleza y la finalidad que se perseguía con la insinuación. ¿El fin último era establecer un medio de comprobación del ánimo de liberalidad, o desempeñaba la función de proteger a los terceros frente a un posible fraude derivado de las donaciones clandestinas, o se trataba únicamente de una prueba documental?

importante en estas partes de Europa que incluso motivó que desaparecieran sus originales mecanismos de publicidad, los juristas utilizan la expresión «sistema hipotecario romano» para referirse a estas legislaciones, como la existente entonces en la mayor parte de Francia, en las que no se preveían formas para dotar de publicidad los actos sobre los bienes inmuebles.

Dentro del modelo francés mixto se recogen todos los cuerpos normativos en los que, si bien se reconocen los ya señalados principios de publicidad y especialidad, no se adopta de manera absoluta el régimen hipotecario germánico y, además, hay ciertos derechos sobre la propiedad territorial que permanecen en la clandestinidad. El texto modelo de estas legislaciones, por ser precisamente el primer cuerpo jurídico donde quedan delimitados los caracteres de este régimen de publicidad inmobiliaria, es el Código Civil francés. En 1804 se establece que la mayor parte de las transmisiones de la propiedad inmueble, salvo las donaciones, sean ocultas porque no queda constancia de ellas en los Registros, la transcripción se exige tan sólo para las donaciones y hasta la Ley de 1855 no se extiende a los demás actos transmisivos de la propiedad. Y, por otra parte, hasta 1995 perduran en el ordenamiento francés hipotecas legales tácitas al margen de los libros registrales.

Por tanto, con la expresión «régimen hipotecario mixto francés» del mismo modo que sucede con aquellos textos redactados a semejanza de él, sólo me refiero a estas legislaciones durante el tiempo en el que en las mismas se establecen importantes excepciones a los principios de publicidad y especialidad. Pero ocurre que estos textos se reforman paulatinamente y llega un momento en que dejan de tener este carácter mixto. En el caso de Francia, como sistema hipotecario mixto en sentido estricto tan sólo debería ser considerado el contenido en el Código de 1804, pero no ya el régimen como queda tras el cambio de 1955, momento en que se amplían de manera considerable los casos sujetos a registro, de manera que no se reconocen ya excepciones a los mismos. En esta fecha se podría decir ya que el primitivo sistema hipotecario mixto francés ha evolucionado hasta

Por lo que respecta a las hipotecas, como consecuencia de la ausencia de los principios de especialidad y publicidad, son generales y ocultas. Los perjuicios derivados de la generalidad y del secreto de las hipotecas se agravan con la introducción de las hipotecas judiciales y de las legales. Además, el legislador romano reconoce una serie de derechos especialmente privilegiados y les confiere título de preferencia sobre todas las demás hipotecas. En las hipotecas privilegiadas se distinguen las generales de las especiales, según que tal carácter afecte a todos los bienes del deudor o tan sólo a algunos de ellos en particular.

Finalmente, tampoco para los derechos reales de goce se exige en el Derecho romano publicidad alguna. J. IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 10 edición, revisada, con la colaboración de J. IGLESIAS-REDONDO, Barcelona, 1990, págs. 316-339.

convertirse en una legislación más de las incorporadas al régimen germánico incompleto (3).

El modelo francés es el resultado de una larga evolución y en su proceso de elaboración concurren normas y principios jurídicos de muy distinta naturaleza: elementos del Derecho romano, del Derecho franco, del Derecho medieval francés y del ordenamiento del Antiguo Régimen. La comprensión de esta realidad, que permite la constitución de un régimen hipotecario mixto que si bien establece los principios de publicidad y especialidad propios del modelo germánico admite algunas excepciones a los mismos, hace necesario el conocimiento del régimen de publicidad inmobiliaria en vigor en los siglos anteriores, principalmente desde la recepción del Derecho común.

Antes de iniciar el análisis del proceso de formación del régimen hipotecario francés es necesario tener en cuenta la diversidad de Derechos que en materia civil existen en Francia a lo largo de buena parte de su historia jurídica. En el momento en que triunfa la Revolución las provincias o regiones francesas no se encuentran sujetas a una misma legislación civil. La mayor parte de ellas, situadas en el centro y en el sur, se rigen por disposiciones muy influidas por el Derecho romano; son las conocidas como provincias de Derecho escrito (*Pays du droit écrit*). Y el resto, las situadas en el norte y nordeste de Francia, que continuaban gobernándose por algunas de las leyes del período franco, son denominadas provincias de Derecho consuetudinario (*Pays du droit coutumier*). El origen de esta dualidad se sitúa en la Edad Media. El Derecho medieval francés es un Derecho consuetudinario, constituyendo la costumbre la fuente principal del ordenamiento jurídico. A lo largo del siglo *x* la costumbre de algunas zonas como Normandía, Anjou..., se extiende por las zonas cercanas, dando ya lugar en el siglo *xii* a una cierta uniformidad. De esta manera, una misma costumbre constituye el Derecho de amplias regiones: Normandía, Bretaña, isla de Francia... Sin embargo, en el siglo *xiii* acontece una cierta «ruptura» en estas costumbres según las distintas circunscripciones, originando algunas diferencias, en todo caso secundarias, entre los diferentes derechos consuetudinarios, quedando no obstante unidas en grandes grupos. Como consecuencia de esto será posible diferenciar el grupo de las costumbres del Norte, el de las costumbres del Oeste... Paulatinamente, estas costumbres se

(3) Utilizo la expresión sistema germánico incompleto para referirme a aquellos textos hipotecarios elaborados en el siglo *xix* en Europa en los que sin adoptar todo el andamiaje del sistema germánico, sin embargo, se encuentran más próximos a éste que al régimen francés porque no se prevén excepciones a la publicidad y especialidad de los actos jurídicos con repercusión sobre los bienes inmuebles. Esta cuestión la abordo con mayor detenimiento en mi tesis doctoral. M. SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Santander, 1995.

recogen por escrito y en el siglo XIII comienza la redacción de los *coutumiers*, obras debidas a juristas privados que reúnen por escrito la costumbre de una zona. Estas obras carecen de la nota de obligatoriedad; sin embargo, no era infrecuente que alguna de ellas alcanzara a tener una gran autoridad (4). Finalmente, la mayor parte de las costumbres se recogen por escrito entre 1498 y 1530, aunque la redacción de algunas de ellas exigió un segundo texto, reformando los errores cometidos en la versión original (5).

El descubrimiento del Derecho romano, más técnico, racional y completo que el Derecho popular, oral y espontáneo, modifica este régimen consuetudinario en ciertas zonas de Francia. Este Derecho romano apenas si se intenta aplicar en las regiones del norte, porque las costumbres de estas zonas son muy distintas a los principios del Derecho romano. Sin embargo, no sucede de igual manera en el resto del país. En la parte sur de Francia las costumbres con frecuencia derivan del Derecho romano aplicado allí en los siglos VI, VII y VIII. Esto facilita la aceptación y práctica del Derecho romano. No obstante, no se debe creer que el Derecho romano provocara la desaparición completa del régimen consuetudinario, pues numerosas costumbres se conservaron, desempeñando entonces el Derecho romano el papel de fuente supletoria. De cualquier manera, en las regiones de Derecho escrito perdura una base consuetudinaria importante y por ello existen algunas diferencias en la aplicación del Derecho romano.

Así pues, desde mediados del siglo XIII se admite la existencia de dos grandes categorías de Derecho: el *Droit coutumier*, en las regiones del norte, y el *Droit écrit* dominante en las regiones del sur. Estas dos zonas estaban separadas por una línea que se podía trazar desde la desembocadura del Charente a la región de Gex, con las excepciones de una buena parte de la Auvergne, al sur de esta línea, que era región de Derecho consuetudinario y la Alsacia, al norte, que era región de Derecho escrito (6).

Esta realidad del Derecho francés tiene importantes repercusiones en el desarrollo de su Derecho hipotecario, porque a diferencia de lo que sucede en el centro y en el sur, en el norte se conservan a lo largo de los siglos ciertos mecanismos que sirven para dotar de publicidad a la propiedad inmueble. Además, estas técnicas ejercerán un importante flujo no sólo en los diferentes intentos de modificar el régimen hipotecario que tiene lugar no sólo durante el Antiguo Régimen, sino también tras el triunfo revolucionario.

(4) J. ELLUL, *Histoire des institutions*, III. *Le Moyen Age*, 1.^a edición, París, 1962; 12 edición, París, 1993 (las citas se realizan por la edición de 1993), págs. 139-141.

(5) *Ibidem*, IV. *xvi^e-xvii^e siècle*, 1.^a edición, París, 1956; 11 edición, París, 1991 (las citas de este tomo se corresponden con la edición de 1991), págs. 40-41.

(6) *Ibidem*, III, págs. 141-143.

II. ESTADO DE LA CUESTION

La formación del sistema hipotecario mixto o francés atraviesa por distintas etapas en las que de manera no lineal se delimitan, paulatinamente, los caracteres propios de este sistema que, a grandes rasgos y sin perjuicio del posterior análisis que del mismo se realice, puede decirse que se trata de un régimen de publicidad inmobiliaria mixto, situado en un punto intermedio entre la clandestinidad propia del Derecho romano y la publicidad absoluta que caracteriza las legislaciones que constituyen el sistema hipotecario germánico y en el que, si bien se prevé para muchos actos jurídicos sobre bienes inmuebles su publicidad, se incluyen, no obstante, importantes excepciones, de forma que actos tan relevantes como las transmisiones onerosas de bienes inmuebles y las hipotecas legales permanecen ocultas.

Hasta la fecha no se ha realizado un estudio general y completo del proceso de formación del régimen hipotecario francés, aunque sí algunos trabajos parciales. Algunos de ellos se refieren al régimen hipotecario que existe en Francia en el Antiguo Régimen, otros se centran en el período intermedio, es decir, en los cambios que se introducen en la legislación hipotecaria entre 1789 y el momento de la elaboración del Código napoleónico, y finalmente en otro grupo de obras se estudian los contenidos hipotecarios del Código de 1804 y de la Ley de Transcripción de 23 de marzo de 1855, que amplía sensiblemente los supuestos sujetos a publicidad. La última etapa es la que mejor se ha estudiado porque la elaboración de la Ley de Transcripción y su posterior publicación justificaron la realización de numerosas tesis doctorales, además de interesantes aportaciones de los juristas franceses más relevantes de mediados del siglo pasado.

I. LA BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD DEL PERÍODO FRANCO Y DE LOS SIGLOS MEDIEVALES

Para comprender el régimen hipotecario mixto o francés es preciso conocer la evolución de la publicidad inmobiliaria en este espacio geográfico en períodos anteriores, básicamente durante las épocas franca y feudal, porque de estas etapas provienen algunos de los mecanismos de publicidad que en el norte y en el este de Francia se mantienen a lo largo de los siglos hasta la Revolución y, en ciertos aspectos, incluso con posterioridad a ella, y que en distintas ocasiones inspiran las reformas que intentan llevarse a efecto durante los siglos xvi, xvii y xviii.

A través de distintas obras que analizan de manera paralela el Derecho romano y el antiguo Derecho francés se pueden conocer, entre otras materias, el régimen de transmisión de la propiedad inmueble y de los derechos

reales en el seno del Derecho franco y en el Derecho medieval francés, y con ello comprender los mecanismos de publicidad que en estos Derechos se exigían para la transmisión de los bienes inmuebles y para la constitución de derechos sobre los mismos. De igual modo, en estos trabajos se expone el subsiguiente proceso que en la mayor parte de las regiones de Francia conduce a la desaparición de las antiguas formas de publicidad y la generalización de un régimen de clandestinidad inmobiliaria.

De entre la producción científica que responde a estas características, destacan por encima de otras las obras de P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE (7). Aunque en su origen esas obras están pensadas para los estudiantes de Derecho privado, como consecuencia de la claridad de su exposición resultan convenientes para el investigador que desea conocer este aspecto de la historia del Derecho francés. Los profesores OURLIAC y MALAFOSSE exponen el régimen de publicidad de las transmisiones inmobiliarias en torno a la institución de la *traditio* porque en el Derecho franco no cabía la posibilidad de que la propiedad se transmitiera por el mero consentimiento, circunstancia que motivó la exigencia de una serie de mecanismos de publicidad para dichas transmisiones.

Tras plantear la cuestión en el seno del Derecho franco, explican la concepción feudal que, en líneas generales, en lo que se refiere a esta cuestión, supone una prolongación con respecto al Derecho anterior porque se continúa exigiendo el cumplimiento de formalidades muy semejantes a las previstas en el período precedente para las transmisiones inmobiliarias, tanto en relación a los bienes feudales como a los no feudales o *alleux*. Sin embargo, paulatinamente, en la mayor parte del territorio francés estos requisitos de publicidad dejan de cumplimentarse, entre otras razones como consecuencia de la recepción del Derecho común.

Alcanzado este punto, entonces los profesores de la Facultad de Derecho de Toulouse centran su atención en aquellas regiones de Francia donde las antiguas formalidades se mantienen en vigor durante todo el Antiguo Régimen exigiéndose para las transmisiones de bienes inmuebles y para la constitución de derechos reales. A este conjunto de formalidades se les denomina *nantissement*, circunstancia que da pie a que estas regiones se conozcan con el nombre de *pays de nantissement*. Por otra parte, OURLIAC y MALAFOSSE, además de exponer el contenido de estas prácticas del norte de Francia, explican también el mecanismo de publicidad que existe en

(7) P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, I. *Les obligations*, París, 1957; II. *Les biens*, París, 1961; III. *Le droit familial*, París, 1968 (2.ª edición, I y II, París, 1969, 1972). Las citas corresponden a la 1.ª edición y en relación al objeto de este trabajo interesan, I, págs. 315-356, y II, págs. 317-327.

De los mismos autores véase también OURLIAC y MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, II. *Les biens*, 1.ª edición, París, 1961; 2.ª edición, puesta al día, París, 1971.

Bretaña y que se conoce como *appropriance par bannies*. Finalmente, concluyen su exposición con una brevísima referencia a alguno de los intentos de reforma del régimen hipotecario que se desarrollan durante el Antiguo Régimen y, posteriormente, una vez que triunfa la Revolución.

La exposición del régimen sustantivo del derecho real de hipoteca y, en consecuencia, de su régimen de publicidad se ubica en el primero de los tres tomos de la obra, donde abordan el estudio de las garantías. Las páginas más interesantes son aquellas que se destinan a exponer la evolución que se opera en el Derecho francés desde sus primitivas garantías reales hasta desembocar en la generalización de la hipoteca. Y, de igual modo que en el caso de las transmisiones inmobiliarias, el capítulo finaliza con una breve referencia a los intentos de reforma que la Corona en un primer momento, posteriormente los revolucionarios y finalmente los redactores del Código planean con el fin de hacer públicos los derechos hipotecarios.

Sin embargo, la unidad de estos trabajos no se limita a la que se obtiene de modo inmediato con la lectura de los capítulos dedicados especialmente al régimen de las transmisiones y del derecho de hipoteca; su interés va más allá porque constituyen una valiosa ayuda para solventar algunas de las dudas que en torno a cuestiones estrechamente relacionadas con la materia hipotecaria se plantean en el momento en que se inicia el estudio del régimen de publicidad inmobiliaria en Francia, por ejemplo, aquellas referidas a la organización de la tierra en los distintos momentos de la historia jurídica francesa porque, en mi opinión, como he explicado con mayor detalle en mi tesis doctoral (8), a cada régimen de la propiedad de la tierra, a cada modo de organizarse la propiedad, le corresponde, sin duda como consecuencia de la concurrencia de otras circunstancias económicas, sociales, políticas..., un concreto régimen de publicidad, de manera que como manifestó en España FRANCISCO DE CÁRDENAS, el primer hipotecarista español: «A cada estado de la propiedad corresponde distinto sistema hipotecario y, por eso, si bien se examina la historia, hallaremos que todas las variaciones de éste corresponden a los cambios ocurridos en la primera» (9).

De características similares a la primera obra señalada de los profesores OURLIAC y MALAFOSSE y anterior a la misma en el tiempo, es el estudio que del Derecho romano y del antiguo Derecho francés realizó G. LEPONTE, obra en la que interesa en relación a este trabajo, de manera especial, el volumen destinado a los bienes, dividido en dos partes. En la primera

(8) M. SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Tesis, Santander, 1995.

(9) F. DE CÁRDENAS, «De los principales vicios de nuestro sistema hipotecario», *El Derecho Moderno*, 6, 1849, págs. 242-265; pág. 242.

estudia el derecho de los bienes en el seno del Derecho romano, y en la segunda, en el antiguo Derecho francés (10).

El régimen de publicidad inmobiliaria que subsiste hasta el siglo XVIII en las regiones del norte de Francia, en Bretaña y en Metz, que en buena medida influirá en los movimientos de reforma que se desarrollan en el Antiguo Régimen y que tiene su origen en los siglos medievales, es objeto de distintos trabajos, entre los que se encuentran los de BESNIER, PLANIOL y AUG. PROST y, con un menor interés, los de DOSDAT (11), GILLIARD (12) y M. PROST (13).

BESNIER, en aquella época profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, en un breve artículo expone de manera clara y sencilla la forma de transmitirse la propiedad en los *pays de nantissement* (14). Tras llamar la atención del lector sobre el hecho de que, precisamente, en la parte de Francia donde de manera menos intensa se desarrolló el feudalismo y donde más tempranamente se le combatió políticamente es el lugar en el que se conservaron estas reglas de publicidad para la transmisión de la propiedad, presenta los pormenores de este régimen. La organización del *nantissement* supone que la transmisión de la propiedad se opera por efecto de un acto judicial, razón por la que se inicia su exposición determinando la competencia de los Tribunales en esta materia para pasar a continuación a explicar los detalles del procedimiento. Los efectos del *nantissement* son muy fuertes desde el momento en que afectan a las partes contratantes y a los terceros; en su origen, el cumplimiento de estas formalidades era necesario para que tuviera efecto la transmisión de la propiedad; sin embargo, fuera de los límites de los Países Bajos, como consecuencia de la decadencia del feudalismo y de la propia influencia de las costumbres vecinas, se

(10) G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français. Droit des biens*, París, 1958.

Para ampliar la información que se obtiene con los trabajos de OURLIAC, MALAFOSSE y LEPOINTE sobre la organización de la tierra en Francia en la Edad Media, véase J. BALON, *Les fondements du régime foncier au Moyen Age depuis la chute de l'Empire romain en Occident. Etude de dogmatique et d'histoire du droit*, Lovaina, 1954; E. CHENON, *Les désmembrements de la propriété foncière au Moyen Age* (Curso de Doctorado, 1993), y PETOT, *Histoire de la propriété foncière* (Curso de Doctorado, 1945).

(11) G. DOSDAT, «Prises de ban et rôles de bans à Metz du XIII^e au XV^e siècle», *Mém. Bourg.*, 18, 1956, págs. 71-81.

(12) F. GILLIARD, «Les clauses de dessaisine-saisine dans le pays de Vaud du XIII^e au XV^e siècle», en *Mém. Bourg.*, 18, 1956, págs. 71-81.

(13) M. PROST, «Aspects formalistes du transfert de propriété immobilière dans les coutumes du duché et du comté de Bourgogne», *Mém. Bourg.* 14, 1952, págs. 255 y sigs.

(14) R. BESNIER, «Le transfer de propriété dans les pays de nantissement à la fin de l'Ancien Régime», *Mémoires de la Société d'Histoire du Droit des pays Flamands, Picards et Wallons*, IV. *Mélanges Raymond Monier*, págs. 195-200.

fue reduciendo la lista de derechos cuya transmisión exigía el cumplimiento de estas formalidades. Concluye poniendo de manifiesto cómo la institución de la transcripción nace directamente de este sistema de las regiones de *nantissement*.

En la costumbre de Bretaña bajo la denominación de *appropriance* o *appropriement* se comprendían unos procedimientos, variables en sus formas, que tenían como finalidad hacer inatacables las adquisiciones de bienes inmuebles, protegiéndolas contra las numerosas causas de evicción, resolución o retracto. Al estudio de esta institución dedica PLANIOL, entonces agregado en la Facultad de Derecho de París, un artículo publicado en 1890 (15). *L'appropriance par bannies* es una institución propia de la Bretaña que permite la adquisición de la propiedad, pero que, sin embargo, no encuentra su fundamento en el paso del tiempo, razón por la que no se trata de una prescripción a diferencia de la *appropriance par longue tenue*, sino en la fuerza de las formalidades que se realizan. Su origen se pierde en la noche de los tiempos y su existencia se prolonga hasta el 22 de diciembre de 1795, fecha en la que, en teoría, entra en vigor el Decreto 9 Mesidor año III (16).

A fines del siglo XIX, momento en que PLANIOL publica este artículo, no existe un trabajo en el que se profundice en esta institución desde el punto de vista histórico. Se contaba con un tratado sobre la *appropriance*, obra de D'ARGENTRÉ de complicada lectura por las numerosas citas del Derecho romano y de los glosadores (17); en el *Répertoire...* de GUYOT-MERLIN se había incluido un artículo (18), al que PLANIOL reprocha que se trata de un trabajo pensado para los prácticos del Derecho porque en ese momento este procedimiento aún se encontraba en vigor; y finalmente, dos años antes del trabajo de PLANIOL un discípulo suyo había leído su

(15) M. PLANIOL, «Les appropriances par bannies en Bretagne», *RHD*, 1890, págs. 433-463.

(16) *Décret contenant le Code hypothécaire*, 9 Mesidor año III (=27 de junio de 1795) AN. AD/II/36, doc. 10. Publicado en J. B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat...*, 8, París, 1825, págs. 189-214.

Digo en teoría porque, como más adelante explicaré, la entrada en vigor del texto de 1795, que suponía la reforma del régimen hipotecario francés, se aplazó en sucesivas ocasiones, razón por la que se puede decir que en 1798, fecha en la que entra en aplicación el nuevo texto hipotecario (*Loi sur le régime hypothécaire*, 11 Brumario año VII (=1 de noviembre de 1798). DUVERGIER, *Collection...*, cit., 11, París, 1825, págs. 16-29), el Decreto de 1795 no había llegado a tener vigencia.

(17) PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., pág. 437.

(18) GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, París, 1784-1785; MERLIN, edición aumentada, del repertorio de GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, en matière civile, criminelle, canonique et bénéficiaire*, 18 vols., 5.^a edición, París, 1827-1828.

tesis en la Facultad de Rennes sobre el *appropriement*; sin embargo, en opinión de PLANIOL, aunque se trataba de una buena tesis que contenía todo lo dicho y escrito por los antiguos juristas bretones, le faltaba la perspectiva histórica (19).

A continuación el autor se refiere al momento de la aparición de la *appropriance* en Bretaña en el siglo XIII, a los bienes susceptibles de este procedimiento de transmisión, a los títulos de adquisición que dan lugar a los anuncios públicos o *bannies*, a las condiciones necesarias para que cause sus efectos este medio de transmisión de la propiedad inmueble, explica el procedimiento en sí de *l'appropriement*, expone la competencia judicial en esta materia, sus efectos y finaliza con las distintas hipótesis existentes sobre el origen y desarrollo de esta institución.

Los requisitos de publicidad de las transmisiones de dominio propios de Metz se analizan en 1880 por AUG. PROST (20). Desde una fecha cercana a 1203 y durante un período aproximado de sesenta años se encuentran menciones sobre la *vesture* en distintos documentos. Esta formalidad tenía lugar cuando se celebraba la transmisión y representaba el momento a partir del que se iniciaba la posesión o disfrute del bien que permitía, después del transcurso de un año y un día, la definitiva adquisición de la propiedad.

Después de analizar los detalles de esta figura, aborda la institución que, en Metz en el último tercio del siglo XIII, sustituye a los requisitos de la *vesture* como forma de publicidad de las transmisiones y que recibe la denominación de *prise de ban*. De igual manera a como lo ha hecho en relación con la primera institución, describe en detalle el procedimiento de las *prises de ban*. Como colofón del extenso trabajo publica en Apéndices numerosos títulos originales relativos a la *vesture* y a la *prise de ban*.

2. LOS INTENTOS DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD EN EL ANTIGUO RÉGIMEN EN LA BIBLIOGRAFÍA

Durante los siglos XVI, XVII y XVIII se aprecia el interés en reformar la legislación hipotecaria en vigor con la finalidad de hacer público, si no todo el estado de la propiedad inmueble, sí algunos de los actos sobre la misma, actitud que se percibe no sólo en los textos legales, sino también en

(19) PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., pág. 437.

(20) A. PROST, «Etude sur le régime ancien de la propriété. La *vesture* et la *prise de ban* à Metz», *RHD*, 1880, págs. 1-68; 301-376; 573-628; 701-750.

los doctrinales. De esta manera, en el siglo xvii, J. LESCHASSIER (21) y C. LOYSEAU (22) se declaran partidarios de introducir importantes variaciones en la legislación hipotecaria; piénsese que en el momento en que ambos redactan sus obras se encuentra en vigor el Edicto de 1551 (23), lo que significa que el único mecanismo de publicidad que existe es el de los decretos voluntarios, y precisamente contra esta técnica de publicidad se dirigen las críticas de ambos.

También en el siglo xvii BASNAGE, comentarista de la Costumbre de Normandía y Abogado en el Parlamento de Rouen, escribe su *Traité des hypothèques* (24), obra que se ha considerado como una de las más importantes sobre la materia hipotecaria del Antiguo Régimen, prueba de lo cual son sus distintas ediciones, y en la que critica el Edicto de 1673 (25), que representa el último intento hasta aquella fecha de arbitrar un mecanismo que permita dotar de publicidad a las hipotecas y las formalidades del *nantissement* por considerar que a través de las mismas no se garantiza suficientemente la publicidad inmobiliaria. El jurista normando propone como vías para evitar los inconvenientes de la clandestinidad la sujeción especial de cada inmueble a la deuda que garantiza (principio de especialidad) y el incremento de las penas por la comisión del delito de estelionato.

En el siglo xviii continúan publicándose diferentes obras en las que sus autores se muestran partidarios de la reforma del régimen de publicidad

(21) J. LESCHASSIER, *Observations sur les hypothèques et adjudications des héritages par décret*, París, 1602.

(22) C. LOYSEAU, *Du déguerpissement par hypothèque de l'action hypothécaire*, 16...

(23) *Ordonnance qui porte règlement général pour les criées, ventes et adjudications de biens par décret*, Fontainebleau, 3 de septiembre de 1551. JOURDAN, DECRUSY y ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 28 vols., París, 1822-1833, 13 (1546-1559); París, 1828. págs. 216-222.

(24) BASNAGE, *Oeuvres de maître..., ecuyer, seigneur de franquesnei, avocat au Parlement, contenant ses commentaires sur la coutume de Normandie et son Traité des hypothèques*, 2 vols., 4.ª edición, aumentada, con notas relativas a la jurisprudencia, Rouen-París, 1778. En realidad se trata de la 5.ª edición del Tratado publicada por BASNAGE DE BAUVAL, hijo de BASNAGE el autor de la obra.

(25) *Edit portant établissement de greffes par l'enregistrement des oppositions de créancier hypothécaires*, Versailles, marzo de 1673. AN.AD/II/18, doc. 4. Publicado en ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 19 (enero 1672-mayo 1686), París, 1829, págs. 73-83.

Este Edicto se revoca a través de otro Edicto fechado en 1674: *Edit du roi, portant suppression des greffes d'enregistrement des oppositions pour conserver la préférence aux hypothèques*, Versailles, abril de 1674. Lo publica GRENIER, *Commentaire su l'édit portant création de Conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs et abrogation des décrets volontaires*, 2.ª edición, corregida y considerablemente aumentada, Riom, 1787, págs. 541-542.

inmobiliaria, formulando críticas a la técnica de los Decretos voluntarios de 1551 y a la prevista en 1673, entre los que se encuentran D'HERICOURT (26) y FERRIÈRE (27), entre otros.

El Edicto de Luis XV de junio de 1771 constituye la última oportunidad en el Antiguo Régimen de reformar la legislación hipotecaria, siendo, de todos los intentos, el más importante, no sólo por las reacciones que se originaron con ocasión de su publicación, sino también por su perdurabilidad (28), de manera que aun después de la Revolución se mantiene su vigencia y, en el momento de elaborarse el contenido hipotecario del Código Civil francés, la mitad de los miembros del Consejo de Estado defienden su conservación con las modificaciones oportunas. Numerosos fueron los contemporáneos que dejaron por escrito su opinión, observaciones y dudas sobre este Edicto, circunstancia que permite en la actualidad la lectura de varios trabajos sobre el mismo, a diferencia de lo que sucede con los textos jurídicos anteriores que de manera principal han sido analizados por juristas e historiadores posteriores al momento de su publicación.

De entre los autores que abordan el estudio del régimen de publicidad previsto en el Edicto de 1771, en 1780 BROHARD, Abogado en el Parlamento, decano y primer profesor de la Universidad de Valence en Dauphiné, publica unas observaciones al mismo (29). La importancia de este tipo de obras, y en concreto de este trabajo, es grande porque en el mismo se plasma la doble visión que un jurista de la época tiene acerca del Edicto de 1771. Por una parte, el autor plantea cuestiones que percibe desde su posición de profesor de Derecho, es decir, como teórico, y simultáneamente, de otra parte, presenta los problemas que como práctico está obligado a resolver en el Parlamento con ocasión de la aplicación del texto legal. Además, tienen interés los trabajos de esta naturaleza realizados por miembros de los distintos Parlamentos porque de esta manera se conoce la actitud que los Parlamentos adoptan en el texto de 1771 dado que mientras que en

(26) D'HERICOURT, *Traité de la vente des immeubles par décret*, París, 1727.

(27) J. FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, nueva edición, revisada por..., París, 1797, voz *nantissement*.

(28) *Edit portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, et abrogation des décrets volontaires*, Versailles, junio de 1771. AN.AD/II/18, doc. 48 (también en AN.K/871.1, doc. 2). Publicado en ISAMBERT, *Recueil...*, 22 (1 enero 1737-10 mayo 1774), París, 1830, págs. 530-537.

(29) BROHARD, *Observations sur l'Edit des hypothèques du mois de juin 1771*, Lyon, 1780.

Una edición de esta misma obra había visto la luz en 1779, sin embargo, no aparecía por ninguna parte el nombre de su autor aunque el contenido es exactamente el mismo que el de la fechada en 1780: *Observations sur l'Edit des hypothèques du mois de juin 1771*, par M.*** (sic), Abogado en el Parlamento de Dauphiné, 1779

algunos se procedió a registrar el Edicto con ciertas modificaciones, en otros nunca llegó a cumplimentarse este requisito (30).

BROHARD inicia el trabajo recordando la situación de clandestinidad en que se encuentran las hipotecas, refiriéndose al contenido del Edicto de 3 de septiembre de 1551 con el que se había intentado generalizar la práctica de los decretos voluntarios como medio de publicidad hipotecaria y cuyas previsiones se derogan por el de 1771. A continuación reproduce artículo por artículo el texto del Edicto de 1771, formulando al pie de cada uno de ellos el correspondiente comentario u observación. Además, como consecuencia de que el autor es natural de la provincia de Dauphiné, al final de cada observación refiere los problemas o dificultades que la aplicación de cada precepto origina en esta provincia.

Junto al Edicto incorpora otras disposiciones normativas cuya inclusión resulta muy útil porque en los repertorios legislativos no se publican. Así sucede con la tarifa de los derechos por la obtención de las *lettres de ratification*, las *lettres patentes* del Rey para el gobierno de los derechos de hipotecas y la declaración del Rey de 24 de noviembre interpretando el Edicto de junio (31).

Sobre este mismo Edicto de 1771 se cuenta con otro comentario de un autor desconocido que justifica la realización de su obra en el hecho de la imposibilidad de que la Ley descienda a todos los detalles y a todos los problemas que su aplicación origina, apreciación que le conduce a valorar positivamente la oportunidad de realizar unos comentarios al texto legal (32). El contenido y el método es muy similar a los de la obra de

(30) El papel que desempeñan los Parlamentos en el Antiguo Régimen es muy importante. Con independencia de las funciones judiciales que ejercen cumplen otras tres de gran trascendencia: promulgación de *arrêts de règlement*, en el ejercicio de su labor legislativa; ostentan el derecho de registrar las disposiciones normativas del Monarca, requisito imprescindible para la entrada en vigor de las mismas (*droit d'enregistrement*) y ejercen también el derecho de formular las quejas y observaciones que consideren oportunas a las disposiciones emanadas de la Chancillería real (*droit de remontrances*). P. VOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, III. *Période française moyen âge (Communes, Corporations, Prévôts et baillis, Parlements, Chambres de comptes, Conseil, Finance)*, reimp. de la edición de París, 1903; Alemania, 1966, págs. 295-363; de manera menos extensa, F. R. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, edición fotomecánica de la edición de 1948, París, 1990, págs. 528-552.

(31) *Tarif des droits qui se percevront pour la conservation des hypothèques sur les rentes constituées par les particuliers et sur leurs immeubles et de ceux qui seront levés sur les lettres de ratification qui purgeront ces hypothèques*, Versailles, 2 de junio de 1771 (BROHARD, *Observations ... cit.*, págs. 235-242); *Lettres patentes du roi pour la régie des droits d'hypothèques*, Versailles, 7 de julio de 1771 (*ibidem*, págs. 243-256); *Déclaration du roi et interpretation de l'Edit du mois de juin 1771 concernant les hypothèques*, Versailles, 24 de noviembre de 1771 (*ibidem*, págs. 271-281).

(32) *Commentaire sur l'édit, portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, e abrogation des décrets volontaires, et observations*

BROHARD; de hecho, si se comparan ambos textos la principal diferencia se encuentra en los formularios que este autor anónimo incluye y que ayudan a comprender el sentido y el funcionamiento de las previsiones del Edicto de 1771 (33).

Por otro lado, GRENIER, Abogado en el Parlamento de Auvergne, es probablemente uno de los mejores conocedores del régimen hipotecario francés, tanto del Antiguo Régimen como del elaborado con posterioridad a la Revolución, prueba de lo cual son sus diferentes publicaciones sobre la materia. De momento hago referencia al comentario que realiza al Edicto de 1771, proponiendo para más adelante otra obra suya redactada cuando ya se encontraba en vigor el Código Civil de 1804 (34). Este hombre de leyes se erige en un firme partidario del Edicto de 1771 desde el momento en que lo considera la solución a los problemas que se derivan de la clandestinidad de las hipotecas. En su opinión, ni la técnica de los decretos voluntarios del Edicto de 1551, ni la vía de las *appropriances par bannies* del Derecho bretón constituyen medios adecuados para proporcionar publicidad a los derechos hipotecarios. Los primeros por el proceso tan largo, costoso y difícil que exigen y por las numerosas excepciones que se prevén, y las segundas porque si bien solventan algunos de los inconvenientes de los decretos voluntarios, no facilitan la entrega del precio de la adquisición a los vendedores. Sin embargo, GRENIER, aunque defiende con firmeza el Edicto de 1771, reconoce que su aplicación plantea ciertas dudas que intenta resolver a través de los comentarios y, del mismo modo que en los anteriores trabajos citados, incorpora a su obra algunas disposiciones normativas y determinados formularios.

Otro Abogado de un Parlamento, en este caso del de Toulouse, CORAIL DE SAINTE-FOY, es el autor de una nueva obra sobre el Edicto de 1771 (35). La principal diferencia en relación con las anteriores, y a la vez su principal virtud, es que se trata de una explicación del Edicto sobre la base de la jurisprudencia, utilizando más de sesenta decisiones judiciales, además de tener en cuenta todas las disposiciones legales que en materia hipotecaria se habían dictado con posterioridad a 1771 y hasta la fecha de la publicación de su libro.

Una vez que triunfan las ideas revolucionarias, algunos autores promueven la reforma hipotecaria señalando, una vez más, los defectos del Edicto

sur la déclaration du roi, qui accorde des encouragements à ceux qui défrichent des terres incultes, par M. R. **** (sic), Aviñón, 1782.

(33) *Ibidem*, págs. 285-292.

(34) GRENIER, *Commentaire sur l'édit...*, cit.

(35) F. DE CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit du mois de juin 1771 et autres lois postérieures concernant les hypothèques*, Toulouse, 1785.

de 1771; tal es el caso de DESCHENES (36). En su trabajo se distinguen dos partes; en la primera trata de exponer la necesidad de reformar las leyes entonces en vigor sobre hipotecas, señala los vicios más importantes que éstas revisten: incertidumbre de la hipoteca, inexistencia de hipotecas mobiliarias, el mecanismo de purga de las hipotecas...; y en la segunda propone un proyecto de ley sobre hipotecas compuesto por tres títulos referidos al *nantissement*, a la *appropriance* y al modo de purgar las hipotecas.

Finalmente, se debe hacer referencia a la obra de un hombre que puede ser considerado como uno de los últimos grandes juristas del Antiguo Régimen y a la vez uno de los más importantes del nuevo Estado, hombre muy cercano a Napoleón, en cuya obra se aprecia con nitidez y claridad el tránsito del Derecho del Antiguo Régimen al de la nueva etapa que se inicia tras la Revolución. Me refiero a MERLIN DE DOUAI, quien participa activamente en la formación del nuevo ordenamiento jurídico: en materia judicial, durante la discusión de la reforma en la Constituyente se eleva en el defensor de la existencia de un solo Tribunal de Casación con sede en París frente a un número importante de constituyentes, que deseando evitar una extralimitación de poderes por parte de las Cortes supremas como había sucedido con los Parlamentos bajo el Antiguo Régimen, deseaban establecer un Tribunal fijo en París y seis Cortes ambulantes (37); en el campo económico colabora en el proceso de abolición del feudalismo formando parte del *Comité des droits féodaux*, que recibe el encargo de fijar los derechos que habrían de abolirse gratuitamente y de determinar cuáles y en qué condiciones los indemnizables (38); junto a COUTHON y a CAMBACÉRÈS recibe el 22 de abril de 1794 el encargo de redactar un Código Civil (39); y en los aspectos religiosos, bajo el Directorio, MERLIN DE DOUAI es el autor de la Resolución de 3 de abril de 1798 (14 Germinal año VI) que hace obligatorio el calendario revolucionario (40); no hay que olvidar que durante el Gobierno del Directorio ocupa el Ministerio de Justicia.

La obra escrita por la que se le conoce no sólo en Francia, sino también en el extranjero y que resulta indispensable para conocer el Derecho francés anterior a 1789 y para penetrar en los entresijos del nuevo ordenamiento es el *Répertoire...* (41). En efecto, actuando como Abogado en el Parlamento de

(36) DESCHENES, *Observations sur les hypothèques*, París, 1791.

(37) J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 1.^a edición, París, 1951; 4.^a edición, París, 1989, pág. 153.

(38) *Ibidem*, pág. 193.

(39) E. LEDUC, *Une grande figure de l'histoire napoléonienne. Portalis (1746-1807)*, París, 1990, pág. 167.

(40) GODECHOT, *Les institutions...*, cit., pág. 533.

(41) MERLIN, *Répertoire...*, cit.

Flandes redacta numerosos artículos para el *Répertoire...*, dirigido entonces por GUYOT, y al poco tiempo adquiere los derechos de éste sobre la obra, reeditándola en varias ocasiones. A los efectos de esta investigación son útiles los términos: *hypothèque, nantissement, appropriation, saisine, oeuvres de loi, vêtue, devoirs de loi, adhéritance, main assise, mise de fait...*

Por otra parte, este mismo jurista aporta interesante información en relación a los problemas que se derivaron de la aplicación del Edicto de 1771 después de la Revolución en el informe que presenta a la Asamblea Nacional el 24 de diciembre de 1790. En el mismo queda de manifiesto cómo los conflictos se planteaban en el momento de aplicar el Edicto de 1771, que no se había derogado, una vez que se establece la nueva organización judicial (42).

Además de estas obras, en la que sus autores, más o menos contemporáneos de las distintas normas a través de la que durante el Antiguo Régimen se pretende proporcionar publicidad a los derechos hipotecarios, analizan los diferentes mecanismos publicitarios, desde principios de este siglo se elaboran varias tesis doctorales que analizan las diversas tentativas de reforma del régimen de publicidad en el Antiguo Régimen. La más antigua se presenta en 1908 por POUSSART, quien estudia los orígenes y transformaciones de la institución hipotecaria en el antiguo Derecho francés, exponiendo la evolución que acontece y que permite que desde las primitivas garantías reales existentes bajo el feudalismo e incluso en el período franco se llegue a la generalización de la hipoteca como principal forma de garantía de las obligaciones (43).

Por su parte, F. E. DESSOUDEIX inicia su investigación con el análisis de las garantías reales, y especialmente de la hipoteca, desde los tiempos anteriores al feudalismo hasta la Recepción del Derecho romano, para a continuación ocuparse de las distintas medidas a través de las que desde el siglo XVI se intenta que las hipotecas sean públicas (44). Estudia la mayor parte de los intentos habidos en este sentido desde los Edictos de 1553 (45) y 1581 (46), pasando por la técnica de la insinuación y las formas propias

(42) MERLIN, *Rapport fait à l'Assemblée Nationale, le 24 décembre 1790, au nom du Comité de constitution, sur les chancelleries des hypothèques et les insinuations*, 24 de diciembre de 1790. AN.AD/II/36, doc. 2.

(43) M. POUSSART, *Origines et transformations de l'hypothèques dans l'ancien droit français*, tesis, Lille, 1908.

(44) F. E. DESSOUDEIX, *Les origines de l'hypothèque dans notre ancien droit et les premières tentatives de publicité*, tesis, Burdeos, 1909.

(45) *Edit de création d'un greffier des insinuations en chaque bailliage, prévôté, etc.*, Saint-Germain-en-Laye, 3 de mayo de 1553. ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 13 (1546-1559), París, mayo 1828, págs. 314-319.

(46) *Edit de création d'un bureau de contrôle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal*. Blois, junio de 1581. *Ibidem*, 14 (II parte, mayo de 1574-agosto de 1589), París, junio 1829, págs. 493-499.

de las regiones de *nantissement*; sin embargo, dedica una mayor atención al Edicto del Ministro COLBERT de 1673 (47). Hasta la fecha creo que se trata del mejor trabajo de los que se han realizado sobre este texto legal, que en la mayor parte de las ocasiones se ha sobrevalorado porque en realidad, como expondré más adelante, supuso un retroceso en el régimen de la publicidad inmobiliaria si se tienen en cuenta las anteriores normas, aunque ciertamente éstas se encontraban ya derogadas.

La tesis de E. BLUM se dedica por completo a los diversos intentos de reforma del régimen hipotecario bajo el Antiguo Régimen (48). Tras una Introducción que desmerece en relación al resto del trabajo, la obra se divide en tres partes en las que estudia sucesivamente los movimientos de reforma anteriores al Edicto de 1771, a continuación profundiza en este texto legal y finalmente en la tercera parte se refiere a los cambios previstos bajo el reinado de Luis XVI y a la situación en que queda el texto de 1771 tras la Revolución.

BLUM, a diferencia de los demás autores a los que me he referido, trabaja sobre fondos documentales depositados en los Archivos Nacionales, en la Biblioteca Nacional y en los Archivos del Sena. Sin duda este interés se debe a su propia formación porque, aunque doctor en Derecho, era licenciado en Letras, siendo además archivero y paleógrafo, formación que debió facilitarle la labor de búsqueda y de la lectura de documentación depositada en los Archivos. Este trabajo le permite dar a conocer varios proyectos que para modificar el régimen de publicidad inmobiliaria se preparan en el período de tiempo que transcurre entre el Edicto de COLBERT de 1673 y el de 1771 y que hasta la fecha de su trabajo habían permanecido prácticamente desconocidos. Otro aspecto novedoso es el análisis que realiza de la acogida que los sucesivos intentos de reforma tienen en el marco de la doctrina de los siglos xvi, xvii y xviii. En efecto, el trabajo que desarrolla en los archivos le permite también aportar importantes datos acerca de las reacciones que los diferentes textos legales ocasionan en los Parlamentos y, en consecuencia, sobre la efectiva o nula aplicación de los mismos. Por todas estas novedades entiendo que resulta más interesante y novedosa esta tesis que las anteriores de POUSSARD y DESSOUDEIX.

Finalmente, en 1945 J. BAFFAULIE, estudiante de segundo curso de Doctorado, presenta una Memoria en la que reconstruye la historia de la publicidad de las transmisiones contractuales de inmuebles desde el siglo v hasta

(47) *Edit portant établissement de greffes par l'enregistrement des oppositions de créanciers hypothécaires...*, cit.

(48) E. BLUM, *Les essais de réforme hypothécaire sous l'Ancien Régime*. París, 1913.

el final del Antiguo Régimen (49). Es un trabajo útil porque con un lenguaje claro describe perfectamente el régimen de publicidad de las transmisiones inmobiliarias voluntarias en el seno del Derecho franco, en el Derecho feudal y en el antiguo Derecho francés en las regiones del *nantissement* y en el resto del territorio francés. A diferencia de otras obras, presta especial atención al régimen de la insinuación, forma de publicidad inmobiliaria que en Francia tiene más importancia que en otros territorios europeos, como es el caso de los Reinos de la Península Ibérica, porque de acuerdo con las previsiones de distintas normas que se promulgan entre los siglos XVI y XVIII llega a ser obligatoria no sólo para las donaciones, sino también para otras transmisiones inmobiliarias. No obstante, acerca de esta última aportación debe realizarse una importante crítica: la escasa bibliografía que señala, por no decir nula, y la ausencia total de referencias acerca de las fuentes que maneja, circunstancia que impide contrastar la información que proporciona.

3. LAS OBRAS Y LOS AUTORES SOBRE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DEL PERÍODO INTERMEDIO (1789-1804)

La idea de la reforma del régimen de clandestinidad en el que se encontraba sumido la propiedad inmueble se retoma tras la Revolución por medio de distintas medidas. La Ley de 19-27 de septiembre de 1790 y la de 9 Mesidor del año III (27 de junio de 1795) (50) suprimen las formalidades del *nantissement* y de las *appropriances par bannies* por el carácter feudal del origen de ambas instituciones; además, en este segundo texto, la Convención elimina las hipotecas tácitas o legales del Antiguo Régimen e introduce las cédulas hipotecarias; finalmente, la Ley de 1 de noviembre de 1798 prevé la exigencia de transcripción para todos los actos traslativos de la propiedad, establece un mecanismo para purgar las nuevas propiedades de toda hipoteca anterior y fija los límites al principio de especialidad desde el momento en que exige que todas las hipotecas convencionales se estipulen expresamente y que graven bienes especialmente determinados; sin embargo, admite de nuevo las hipotecas legales sin inscripción (51).

(49) J. BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité des transferts conventionnels d'immeubles du V siècle à la fin de l'Ancien Régime*, examen para la obtención del D.E.S. de Derecho Romano e Historia del Derecho, abril de 1945.

(50) *Décret contenant le Code hypothécaire*. 9 Mesidor año III (=27 de junio de 1795), cit.

(51) *Loi sur le régime hypothécaire*. 11 Brumario año VII (=1 de noviembre de 1798), cit.

Este interés de los revolucionarios en orden a reformar el régimen de publicidad en Francia se encuentra estrechamente unido a la labor legislativa que llevan a efecto en relación a la configuración de una nueva concepción de la propiedad. El nuevo sistema de publicidad inmobiliaria no puede considerarse como un hecho aislado, independiente del resto de medidas que en el orden económico y social se adoptan. La necesidad de hacer público el estado de la propiedad inmobiliaria se encuentra en estrecha conexión con el proceso de división y reparto del suelo, con la liberalización del tráfico comercial inmobiliario, con el régimen sucesorio..., circunstancias todas ellas que obligan, como medida previa al estudio de la bibliografía existente sobre la reforma hipotecaria en el período intermedio, a conocer la relación que existe entre la Revolución y la propiedad inmueble, fin para el que se dispone de distintos trabajos que abordan la cuestión, entre los que se encuentran el publicado por GARAUD (52) y el publicado por DE SAGNAC (53).

Apenas si existe literatura jurídica de la época en torno a los dos textos legales citados de 1795 y 1798, laguna que se comprende si se tiene en cuenta que el texto de 1795 no llega a entrar en aplicación y que el Código hipotecario de 1798 se deroga al poco tiempo de su promulgación (54).

La fuente principal para conocer el proceso de elaboración de estas normas y los criterios de sus redactores la constituyen los informes y opiniones emitidas por los diferentes juristas a lo largo de su discusión. Todo este material en relación al régimen hipotecario y que comprende el tiempo transcurrido entre 1792 y el 1 de noviembre de 1798 se entregó a la imprenta, circunstancia que facilita su consulta aduciendo a los Archivos Nacionales donde se encuentra depositado (55). Además, todos estos documentos se incluyen en una Colección publicada en el año VII (56). De esta manera, se puede acceder fácilmente a las opiniones emitidas en el Comité de

(52) GARAUD, *Histoire générale du Droit privé français de 1789 a 1804. La Révolution et la propriété foncière*, París, 1958.

(53) P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, tesis, París, 1898; reedición facsímil de la edición, París, 1898; Alemania, 1971, págs. 57-243.

(54) La entrada en vigor del Código hipotecario del año III se aplazó en distintas ocasiones hasta la publicación de la Ley de Brumario del año VII (1798), que por su parte se deroga con la publicación del Código de 1804.

En concreto, las leyes de 22 de octubre de 1795 (30 Vendimario año IV), 17 de diciembre de 1795 (26 Frimario año IV), 9 de marzo de 1796 (19 Ventoso año IV), 29 de mayo de 1796 (10 Pradial año IV), 11 de agosto de 1796 (24 Termidor año IV) y 19 de octubre de 1796 (28 Vendimario año V) suspenden sucesivamente la ejecución de la Ley 9 Mesidor año III. razón por la cual se puede afirmar que esta Ley jamás tuvo carácter obligatorio

(55) AN.AD/II/36 y 37.

(56) *Collection générale des rapports et opinions relatifs au régime hypothécaire (1792-an VII)*, 4 vols., París, año VII.

legislación, en el Consejo de los Quinientos y en el Consejo de Ancianos al tiempo de la preparación de los nuevos textos legales.

Otra fuente para profundizar en el sentido del régimen previsto en la Ley del año VII la constituyen las discusiones que se desarrollan en el seno del Consejo de Estado durante el debate del Código Civil. En la sesión de 28 de enero de 1804 (7 Pluvioso años VII) el Cónsul encarga a la Sección de legislación del Consejo de Estado presentar en la reunión del 2 de febrero siguiente los informes que se habían preparado sobre los dos regímenes hipotecarios entre los que se había planteado la discusión: si el sistema entonces en vigor que era el de la Ley del año VII y el nuevo régimen propuesto por los redactores del Código Civil. El Consejero Real, que había ocupado importantes puestos en el orden judicial y en la administración, es el encargado de exponer el informe defendiendo la conservación del contenido de la Ley del año VII, aunque introduciendo las reformas que fueran precisas (57). De esta manera, a través de las opiniones de Real y de los demás consejeros en relación al texto del año VII se puede conocer mejor el régimen de publicidad previsto en el mismo.

Sin embargo, pese a la utilidad de estos discursos en orden al estudio del sistema que se establece en 1798, considero oportuno manifestar que el informe de la Sección en favor del régimen del año VII y las intervenciones de los miembros del Consejo en defensa de este texto legal, aunque interesantes, carecen de la calidad técnica de que disfrutaban los estudios doctrinales realizados sobre el Edicto de 1771, como consecuencia de la distinta naturaleza de unas obras y otras. Mientras que las obras anteriormente citadas en relación al Edicto de 1771 constituyen auténticos tratados o comentarios al mismo, planteando sus autores no sólo las ventajas que se derivan de su entrada en vigor, sino también los problemas que originan y las posibles soluciones a los mismos, las intervenciones de los miembros del Consejo de Estado no dejan de ser, en el mejor de los casos, un breve informe, y en las demás ocasiones limitadas intervenciones sin la calidad ni la extensión de los trabajos relativos al texto de 1771.

(57) Sesión de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804). J. G. LOCRE, *Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du projet de Code Civil*, 5 vols., París, año XII (1804), por la cita IV, pp. 395-396. También en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Discussions, motifs, rapports et discours*, 15 vols., París, 1827, por la cita 15, págs. 280-286; de esta edición existe una reimpresión en Osnabrück, 1968.

Integran la Sección de legislación del Consejo de Estado, entre otros, PORTALIS, BOULAY DE LA MEURTHE, BERLIER, RÉAL y THIBAUDEAU, a los que se unen más tarde BIGOT DE PRÉAMENEU, TRONCHET y TREILHARD. LEDUC, *Une grande figure...*, cit., págs. 170 y 208.

En el mismo año de la promulgación de la Ley de 11 Brumario, HUA redacta una de las pocas obras referidas a esta norma legal (58). El trabajo, con independencia de los textos legales que publica, se divide en dos partes: el primer título lo consagra al estudio del régimen hipotecario, y el segundo, a la manera de consolidar y purgar las expropiaciones (59).

Por otra parte, la tesis de BUISSON (60) se refiere básicamente a la legislación revolucionaria, es decir, al Decreto de 27 de junio de 1795 que contiene el Código Hipotecario y a la Ley sobre Régimen Hipotecario de 1 de noviembre de 1798, aunque no prescinde de las oportunas referencias al régimen hipotecario del Antiguo Régimen y a los cambios que se introducen en la Ley del año VII por el Código Civil (61) y, a su vez, en éste por el Decreto de 1955 (62). Como señalo, se refiere a la reforma operada en el Código Civil en materia hipotecaria en 1955 y, sin embargo, apenas si incluye referencias a la Ley de Transcripción de 1855 (63) que supuso también un cambio fundamental en el régimen de publicidad de las transmisiones previsto en el Código Civil. Esta omisión la justifica el autor por la existencia de numerosas obras, consideradas ya clásicas, en torno a la Reforma de 1855.

Se trata en conjunto de un estudio bastante completo porque comprende el régimen de publicidad de las hipotecas y de los actos traslativos de la propiedad y la especialidad de las primeras. En cuanto a las fuentes y bibliografía que utiliza en relación a los textos revolucionarios, puede parecer en principio un tanto escasa porque se limita a consultar los trabajos preparatorios de la Ley de 11 de Brumario y la obra de SAGNAC (64). Sin embargo, este hecho tiene una explicación que ya he señalado anteriormente y por esto mismo la tesis de BUISSON no desmerece por esta causa: el escaso número de publicaciones en relación a estos textos, entre otras ra-

(58) HUA, *Notions élémentaire sur le régime hypothécaire suivies des deux lois rendues le 11 Brumaire an VII; avec des notes explicatives pour en faciliter l'application, et les formules des bordereaux nécessaires pour l'inscription des diverses natures de privilèges et hypothèques*, París, años VII; del mismo autor, *De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire*, París, 1812.

(59) De la misma fecha de la Ley Hipotecaria, recuérdese 1 de noviembre de 1798 (11 de Brumario), es la *Loi sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées*. Se publica en DUVERGIER, *Collection...*, cit., 11, París, 1825, págs. 29-35.

(60) M. BUISSON, *La publicité des hypothèques et des actes traslatifs de propriété de l'ancienne France jusqu'à nos jours*, tesis, París, 1962.

(61) *Loi relative aux privilèges et hypothèques*. 28 Ventoso-8 Germinal año XII (19 de marzo de 1804). AN.AD/II/36, doc. 169 (=artículos 2.092-2.203 del Código Civil).

(62) *Decret portant réforme de la publicité foncière*. 4 de enero de 1955. GP, 1955, I, págs. 503-512.

(63) *Loi sur la transcription en matière hypothécaire*, 23-26 de marzo de 1855. DUVERGIER, *Collection...*, cit., 55, París, s.a., págs. 55-71.

(64) SAGNAC, *La législation civile...*, cit.

zones, porque el Decreto de 1795 no llegó a entrar en aplicación y la Ley de 1798 estuvo muy pocos años en vigor.

Este desinterés de los juristas hacia los textos legales elaborados en el período intermedio se constata no sólo en relación a la legislación hipotecaria, sino en general hacia toda la producción legislativa de estos años. Esta apreciación ya la realizaba SAGNAC en 1898, cuando justificaba la preparación de una de sus obras (65), por la falta de estudios sobre los textos legales promulgados entre 1789 y 1804. Los investigadores franceses habían dedicado su trabajo al estudio del antiguo Derecho francés y al contenido en el Código Civil, pero no a las leyes de la Revolución, hecho curioso si se tiene en cuenta que el Derecho civil francés posrevolucionario tiene su origen precisamente en las normas que se publican en estas fechas (66).

4. TRABAJOS SOBRE EL TÍTULO XVIII DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y LA LEY DE TRANSCRIPCIÓN DE 1855

Cuando los redactores del Código Civil francés abordan la materia hipotecaria, como precisó Napoleón, tenían ante sí tres modelos de legislación entre los que debían de seleccionar el que incluyeran definitivamente en el Código: el sistema del Derecho romano que desconocía los principios de publicidad y especialidad; el régimen previsto en el Edicto de 1771, que si bien admitía la publicidad inmobiliaria no preveía la especialidad hipotecaria; y finalmente el establecido en la Ley de Brumario, que consagraba la especialidad y la publicidad y que constituía entonces el Derecho en vigor (67). Como consecuencia del desacuerdo existente entre los miembros del Consejo de Estado, el propio primer Cónsul decide los principios del nuevo régimen hipotecario, optando por una solución más progresiva que la prevista en el Edicto de 1771, pero que suponía un retroceso en relación al texto del año VII porque las transmisiones de derechos reales a título oneroso quedaban al margen de la obligación de transcripción, de lo que se originaba una gran inseguridad para los adquirentes y para los prestamistas.

El debate en torno al contenido hipotecario del Código fue uno de los más importantes y más conflictivos, como lo demuestra el hecho de que los miembros del Consejo de Estado no consiguieran alcanzar ningún acuerdo y haya sido el propio Napoleón quien tomara la decisión final (68). Por este

(65) *Ibidem*.

(66) *Ibidem*, prefacio.

(67) FENET, *Recueil...*, cit., 15, pág. 301.

(68) La importancia que la materia hipotecaria tiene en el seno de la legislación civil queda muy bien reflejada en la siguiente afirmación de TROPLONG, uno de los grandes estudiosos de la legislación hipotecaria francesa durante el siglo XIX: «*Le régime*

motivo, es indispensable conocer las discusiones que se desarrollan en el seno del Consejo de Estado sobre el régimen de publicidad inmobiliaria, permitiendo los trabajos de dos autores acceder a esta afirmación: en concreto, FENET (69) y LOCRÉ (70) proceden a la publicación de este material.

Como señalaba al hacer referencia a la doctrina relativa al Edicto de 1771, GRENIER años más tarde de la publicación de la obra anteriormente referenciada y estando ya vigente el Código Civil, prepara su tratado de hipotecas (71). En el mismo enlaza con la postura mantenida en el anterior trabajo reconociendo las ventajas que se habían derivado del Edicto de 1771 y llamando la atención sobre las hipotecas ocultas que habían quedado subsistentes. La obra que se divide en dos partes, constituye, además de las discusiones habidas en el momento de la elaboración del contenido hipotecario del *Code*, el mejor instrumento para estudiar el régimen de publicidad previsto en el mismo. La primera tiene por objeto el estudio de las diferentes especies de hipotecas, sus formas de constitución, modificación y reducción, mientras que en la segunda expone los medios para purgar las hipotecas y los privilegios sobre bienes inmuebles, tanto en los casos de ventas voluntarias como en los de las expropiaciones. Del mismo modo, trata de las maneras por las que los privilegios y las hipotecas llegan a extinguirse, abstracción hecha de la purga.

Al poco tiempo de la publicación del Código Civil se inicia en Francia el debate en torno a la oportunidad o no de sujetar al requisito de la transcripción las transmisiones onerosas, que, como ya he señalado anteriormente, a diferencia de las previsiones de la Ley del año VII, el Código de 1804 había dejado libres de tal obligación. En efecto, en 1841 se pone en marcha en toda Francia una investigación en la que tanto el Tribunal Supremo como los demás Tribunales son consultados acerca de esta cuestión.

hypothécaire restera toujours la partie la plus ardue du Code Civil. Car il remue les intérêts les plus nombreux et les plus graves, il met en conflit les droits les plus opposés et en même temps les plus dignes de faveur...» TROPLONG, Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le Titre de la vente. Des privilèges et hypothèques ou commentaire du Titre XVIII du Livre III du Code Civil, 4 vols., 2.^a edición, París, 1835, I, pág. II.

(69) FENET, *Recueil...*, cit.

(70) LOCRÉ, *Procès-verbaux...*, cit.

El mismo LOCRÉ es el autor de la obra en la que se publican las discusiones no sólo del Código Civil del Consulado, sino también la de los Códigos de Comercio y de Derecho Penal. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français...*, 8 vols., Bruselas, 1836, edición facsímil, Frankfurt am Main, 1990.

Sin embargo, dada la extensión de esta segunda publicación, para conocer la formación del Código Civil resulta más cómodo manejar la anterior obra dedicada exclusivamente a la legislación civil.

(71) GRENIER, *Traité des hypothèques*. 2 vols., Clermont-Ferrand, 1822.

Iniciados los trámites para la futura reforma se publican distintos trabajos en los que sus autores exponen su peculiar punto de vista: es el caso de HAUTHUILLE (72) y MARTIN DE NORD (73); de igual modo, las Facultades de Derecho realizan sus correspondientes informes acerca de la reforma que se pretende desarrollar (74). El interés del trabajo de MARTIN DE NORD radica en que es precisamente él quien, ocupando el Ministerio de Justicia, se dirige al Tribunal de Casación, a los Tribunales de Apelación y a las Facultades de Derecho en mayo de 1841 con el fin de poner en marcha el proceso que conduce finalmente a la Ley de 1855.

Fruto de toda esta actividad es la Ley de 23 de marzo de 1855 (75), texto que tuvo importantes repercusiones en la doctrina francesa de la época y como consecuencia de ello numerosas tesis se redactaron acerca de distintos aspectos de la misma. Entre los trabajos, con independencia de la tesis doctorales, en los que se aborda el análisis del texto de 1855 se encuentran los de VERDIER (76), BERGSON (77), MOURLON (78) y TROP LONG (79).

Por otra parte, se debe ser consciente que no basta el estudio de los textos legales si no se constata su aplicación práctica en los Tribunales. Aunque la jurisprudencia francesa es fácilmente localizable en los repertorios existentes, en materia hipotecaria se cuenta con la jurisprudencia recopilada por GUICHARD, aunque por el momento de su redacción no comprende la jurisprudencia posterior a la Ley de 1855 (80). Esta obra constituye, como el mismo autor manifiesta, un complemento a la exposición teórica que publica en torno a la legislación hipotecaria (81). Sigue un método similar al de la obra de GUYOT y de MERLIN porque a través de distintas voces a modo de diccionario procede a definir y a caracterizar cada uno de

(72) HAUTHUILLE, *De la revision du régime hypothécaire*, París, 1843.

(73) MARTIN DU NORD, *Documents relatifs au régime hypothécaires et aux reformes qui ont été proposés*, París, 1844.

(74) Se puede acceder a su contenido a través de la obra siguiente: *De la réforme hypothécaire. Observations par les Cours et les Facultes de Droit*, París, 1848.

(75) *Loi sur la transcription en matière hypothécaire*, 23-26 marzo de 1855, cit.

(76) F. VERDIER, *Transcription hypothécaire. Explication théorique et pratique de la Loi du 23 mars 1855*, París, 1865; 2.^a edición, París, 1881-1882.

(77) F. BERGSON, *Le régime foncier des états du nord de l'Europe dans ses rapports avec la loi française sur la transcription du 23 mars 1855*, París, 1858.

(78) MOURLON, *Traité théorique et pratique de la transcription et des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855*, París, 1865.

(79) TROP LONG, *Commentaire de la loi du 25 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, París, 1860.

(80) A. C. GUICHARD, *Jurisprudence hypothécaire ou recueil alphabétique de questions et décisions sur les points...*, 4 vols., París, 1810-1813.

(81) GUICHARD, *Législation hypothécaire ou recueil méthodique et complet des lois, décrets impériaux, avis du Conseil d'Etat et instructions législatives sur le nouveau système hypothécaire*, 3 vols., París, 1810.

los términos que incluye en la selección, a la vez que comenta las principales resoluciones judiciales que sobre la cuestión habían pronunciado las diferentes Cortes.

Finalmente, me refiero a aquellas obras que tratan de la legislación francesa en relación a los textos hipotecarios extranjeros. El movimiento de reforma hipotecaria que se produce en Francia desde finales del siglo xviii y durante la primera mitad del xix no representa un hecho aislado; en la mayor parte de los países europeos se observa esta misma tendencia. Este fenómeno provoca una serie de mutuas influencias entre unas legislaciones y otras, circunstancia que mueve a algunos autores a estudiar de manera comparativa los diferentes textos legales en materia hipotecaria y, de manera paulatina, las distintas legislaciones se agrupan en sistemas: el romano de la clandestinidad inmobiliaria, el germánico o de la publicidad y el mixto o francés en el que se mantienen algunas excepciones al principio de publicidad. Localizar los distintos textos jurídicos que se elaboran y publican en estas fechas en las naciones europeas puede resultar de entrada complicado, dificultad que se solventa con el manejo de las obras de A. DE SAINT-JOSEPH (82). Este Juez en el Tribunal de Primera Instancia de París publica, en primer lugar, las concordancias entre el Código Civil francés con las principales legislaciones extranjeras siguiendo el método y la organización interna del Código con el fin de que el lector constate sin dificultad las diferencias, semejanzas y ventajas que reportan cada uno de los textos; al final de la primera parte publica algunas de las leyes hipotecarias extranjeras no incluidas en la concordancia: leyes de Suecia, Wurtemberg, Cantón de Ginebra, Cantón de Friburgo, Cantón de Saint-Gall y Grecia, y unos años más tarde saca a la luz otro trabajo con las concordancias con las leyes hipotecarias extranjeras y francesas (83).

Una de las primeras obras en las que se realiza un estudio comparativo de los textos hipotecarios europeos, agrupándolos en sistemas, es la publicada por el profesor de Ginebra PIERRE ODIER en 1849 (84). En el libro estudia los tres sistemas hipotecarios que a su juicio existen y en los que se aglutinan las principales legislaciones de la época, considerándolas desde el punto de vista de la publicidad y la especialidad: el sistema romano, el germánico y el francés.

(82) SAINT JOSEPH, *Concordance entre les Codes Civil étrangers et le Code Napoléon Ouvrage contenant le texte des Codes... et les lois hypothécaires*, 2.^a edición, aumentada con la legislación civil de más de cuarenta países, obra terminada y publicada por A. DE SAINT JOSEPH, su hijo, 4 vols., París, 1856.

(83) SAINT JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires étrangères et françaises. Ouvrage contenant les textes et résumés des lois hypothécaires des états suivants*, París, 1847.

(84) ODIER, *Des systèmes...*, cit.

TROPLONG publica a punto de mediar el siglo XIX un estudio comparativo entre el régimen hipotecario de la Ley del año VII y otros códigos extranjeros sobre la misma materia, y comenta los artículos del Código presentando la redacción comparada de los distintos proyectos que se habían elaborado, las fuentes y la legislación extranjera que había influido en los redactores del Código (85).

Por último, en relación a los trabajos hipotecarios de Derecho comparado hago referencia a la obra de BESSON (86). Se trata de un autor citado con cierta frecuencia pero que de acuerdo con mi criterio le falta precisión cuando aborda las legislaciones extranjeras, no así en el momento de examinar el régimen francés. A diferencia de los autores de la primera mitad del siglo XIX que agrupan las leyes y códigos hipotecarios en dos modelos, el germánico y el francés, aunque algunos se refieran también al modelo romano para incluir aquí las legislaciones que, influidas por la Recepción del Derecho romano, mantienen en la clandestinidad la situación de la propiedad de la tierra, BESSON divide las legislaciones extranjeras en los tres grupos siguientes: el grupo de textos que se derivan del sistema francés, el que sigue el sistema germánico y el grupo del Acta Torrens (87).

El Código Civil francés no sólo se reforma en materia hipotecaria en 1855; posteriormente tanto en los años finales del siglo pasado como en el siglo XX ha sido objeto de nuevas transformaciones. Desde el Decreto de 30 de octubre de 1935 la mayor parte de los derechos inmobiliarios debían ser transcritos; sin embargo, no todos, ciertos privilegios e hipotecas permanecían ocultos (88). Razón por la que en 1955 se hace imprescindible una nueva modificación del régimen hipotecario francés como consecuencia del incremento del número de operaciones inmobiliarias y de los préstamos hipotecarios. Estas últimas reformas quedan fuera de los límites de este trabajo; sin embargo, no puedo dejar de referirme a un breve artículo publicado por ESMEIN el mismo año de la reforma, donde se exponen de manera clara las principales novedades introducidas por la Ley de 1955 (89).

(85) TROPLONG, *Le Droit civil expliqué...*, cit.; *Commentaire des privilèges et hypothèques*, edición aumentada, Bruselas, 1844.

(86) E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, París, 1891.

(87) ODIER, SAINT JOSEPH, TROPLONG... no pueden tener en cuenta la legislación australiana porque ésta se implanta por ROBERT TORRENS en la colonia del sur de Australia con la Ley de 2 de julio de 1853, completada en 1861 y 1878, y que se extiende posteriormente a las restantes colonias australianas.

(88) Publicado en *GP*, 1935, II, pág. 1333.

(89) ESMEIN, «La réforme de la publicité foncière», *GP*, 1955, I, doctrina, págs. 30-43.

III. EL REGIMEN DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DURANTE EL PERIODO FRANCO Y EN LOS SIGLOS MEDIEVALES

La idea de que la propiedad pueda transferirse por el mero consentimiento es desconocida en el Derecho franco, quien desee «abandonar» su propiedad debe manifestarlo públicamente a través de palabras, gestos o símbolos (90), hecho al que contribuye de manera fundamental la concepción familiar de la propiedad. En efecto, con el fin de que los actos transmisivos de la propiedad inmueble pudieran conocerse por los integrantes de la familia, quienes de esta manera podrían adoptar las medidas necesarias para la preservación de la integridad del patrimonio familiar, se exige el cumplimiento de una serie de actos públicos ante ciertos testigos.

Sin embargo, desde el siglo VI esta concepción familiar de la propiedad tiende a debilitarse a medida que se asume la concepción privada del derecho de la propiedad propia del Derecho romano. No obstante, esto no significa que la propiedad de carácter familiar desaparezca de modo radical; por el contrario, ocurre que algunas manifestaciones de esta concepción familiar se mantienen a lo largo de los siglos medievales. En los patrimonios de los individuos se diferencia entre los *biens propres*, procedentes de la familia, y los *biens acquêts*, adquiridos por los individuos y no heredados de la familia, de manera que sobre los primeros la familia conserva un derecho de protección con el fin de mantener su integridad. Entre las facultades que comprende este derecho de protección se encuentra el ejercicio del retracto, para cuyo ejercicio es necesario tener conocimiento de las transmisiones a título oneroso de los bienes de esta naturaleza y, precisamente, este conocimiento se puede alcanzar por medio de los distintos mecanismos de publicidad propios del Derecho germánico.

En efecto, en los siglos medievales, pese a que la concepción familiar de la propiedad tiende a desaparecer, sin embargo, incluso en relación a los bienes feudales desde el momento en que los señores feudales se muestran interesados en conservar los mecanismos de publicidad del período anterior no con la finalidad de proteger los patrimonios familiares, sino para defender y consolidar sus propios derechos y su posición de poder, este requisito de publicidad se mantiene en relación a los bienes feudales (*biens feudaux*) y a los no feudales, libres de toda dependencia señoral (*biens alleux*). En el supuesto de los bienes feudales se exige por parte del vasallo un acto de

(90) P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, I. *Les obligations*, París, 1957; II. *Les biens*, París, 1961; III. *Le droit familial*, París, 1968 (2.^a edición, I y II, París, 1969, 1972), por la cita, II, págs. 317-319 (las referencias se hacen sobre la primera edición).

abandono de la propiedad realizado en presencia del señor (*dévest*) y consecutivamente un acto de investidura del nuevo adquirente también con la intervención del señor (*vest*). Esto permite que a continuación el nuevo titular del bien pudiera prestar el juramento y el homenaje al señor. La práctica de estos actos de publicidad salvaguardaban sobre todo los derechos del señor, que con su celebración podía ejercer el retracto sobre los bienes y percibir los derechos de transmisión. Estos actos no purgaban la propiedad de las anteriores cargas, tan sólo significaban que el transmitente gozaba de la apariencia de ser propietario, que él era el sujeto que disfrutaba de la *saisine*. La investidura permitía que esta *saisine* se transmitiera al nuevo propietario y, como consecuencia de ello, que pudiera ejercer las acciones posesorias y apropiarse de los frutos (91).

Sin embargo, paulatinamente el papel representado por el señor pierde importancia y cobra mayor protagonismo la intervención de las partes, sobre todo en relación a los bienes no feudales para los que la intervención señorial no es precisa. En el *Midi* las enajenaciones se constatan por los Notarios, ante quienes las partes declaran que la cosa se ha vendido y se ha entregado. En las regiones del Derecho consuetudinario la práctica es variable: en unas ocasiones, la transmisión de la *saisine* se opera ante cuatro propietarios de bienes no feudales, y en otras, ante el señor que actúa no como tal, sino como justicia. En relación a los bienes feudales, también los actos de publicidad van perdiendo relieve, pudiéndose hablar ya en el siglo xv de una «crisis de la investidura señorial» porque los propios señores se

(91) OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain...*, cit., II, págs. 319-321.

La institución de la *saisine* constituye una categoría distinta de los conceptos de propiedad y de posesión del Derecho romano. Aunque da a quien la posee la apariencia de propietario, no es necesariamente una propiedad perpetua. Se puede considerar la *saisine* del Derecho franco como un derecho de propiedad más o menos limitado y como el hecho de la posesión. La propiedad es concebida, transmitida, prohibida, bajo la forma de una *saisine*. Entre la posesión romana y la *saisine* franca existen importantes diferencias: la *saisine* no afecta a los bienes muebles, lo contrario de lo que sucede con la posesión romana, pero sí a muchos derechos incorporales; en Roma la propiedad es normalmente también posesión, pero el derecho y el hecho pueden no coincidir, esto no ocurre con la *saisine*, en el Derecho franco el bien no puede cambiar de titular si no es por la transmisión de la *saisine*, como consecuencia de esto la propiedad es defendida y reivindicada como *saisine* y no se entiende en el Derecho franco la prescripción adquisitiva. G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français (Biens)*, París, 1958, págs. 219-225; OURLIAC y MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, II. *Les biens*, 1.^a edición, París, 1961; 2.^a edición, puesta al día, París, 1971 (las citas se toman de la 2.^a edición), págs. 235-243, y A. PROST, «Etude sur le régime ancien de la propriété. La vesture et la prise de ban à Metz», *RHD*, 1880, págs. 1-68; 301-376; 573-628; 701-750, por la cita, págs. 4-18.

Se puede decir por tanto que la *saisine* es, por una parte, la forma jurídica del derecho real y en consecuencia tiene *saisine* quien aparece como el realizador del derecho real a través del dominio efectivo de la cosa. Pero también ella misma es un derecho y por tanto transmisible y heredable.

desinteresan de la práctica de las antiguas costumbres y se preocupan tan sólo de la percepción de los derechos de transmisión (92).

Como consecuencia de este proceso se llega en la mayor parte de las regiones francesas al abandono de cualquier forma de publicidad en relación a las transmisiones de la propiedad inmueble. La investidura deviene facultativa y la mera tradición es suficiente. El único vestigio que queda de las antiguas prácticas es la inclusión de la llamada cláusula *dessaisine-saisine* en los documentos, sirviendo esta fórmula para probar, para constatar, que la tradición ha tenido lugar (93). Se llega así a la última fase de esta evolución en la que el mero consentimiento basta para que la cosa sea transmitida (94).

Por otra parte, hasta el siglo XIII los bienes inmuebles no se pueden tomar por el acreedor como garantía de la deuda porque pertenecen al deudor y a su familia y, en ocasiones, se encuentran afectos a cargas feudales. Sin embargo, con el paso del tiempo los acreedores exigen la constitución de garantías inmobiliarias, lo que motiva la aparición de la denominada «obligación general», que sujeta al deudor y sus bienes, presentes y futuros, muebles e inmuebles, al cumplimiento de la obligación y a la «obligación especial», más ventajosa para el acreedor al que se le atribuye un bien específico como garantía. El acercamiento entre las obligaciones de Derecho consuetudinario francés y la hipoteca romana es cada vez más patente, lo que permite la plena recepción de ésta en las regiones de Derecho escrito y con ello la clandestinidad de las garantías reales sin transmisión (95).

En consecuencia, como conclusión de esta parte de la exposición, se puede afirmar que los mecanismos de publicidad del período franco se orientan, incluso cuando la propiedad familiar va perdiendo importancia en los siglos medievales, a la conservación de los patrimonios familiares porque el concepto de propiedad familiar no desaparece de un día para otro, sino que sufre un largo proceso conservándose durante el mismo la facultad de las familias de proteger el patrimonio del grupo y, en consecuencia, se

(92) OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain...*, cit., II, págs. 321-322.

(93) De carácter general, sobre estas cláusulas véase J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctoret*, 1.^a edición, París, 1908; nueva edición, París, 1935, págs. 335 y sigs. Además, a través de un breve artículo publicado en 1956 se puede obtener también una idea clara del sentido y aparición de las mismas, aunque el trabajo se refiere a la región de Vaud: F. GILLIARD, «Les clauses de dessaisine-saisine dans le pays de Vaud du XIII^e siècle au XV^e siècle», *Mém. Bourg.*, 18, 1956, págs. 71-81.

(94) OURLIAC y MALAFOSSE, *Droit romain...*, cit., II, pág. 324.

(95) Véase sobre el proceso de generalización de la hipoteca en el antiguo Derecho francés, F. E. DESSOUDREIX, *Les origines de l'hypothèque...*, cit., especialmente págs. 41-117, y POUSSART, *Origines...*, cit.

les reconoce el derecho de retracto, para cuyo ejercicio es necesario que los miembros de la comunidad familiar tengan conocimiento de toda transmisión onerosa de dichos bienes por medio de la práctica de ciertos mecanismos de publicidad.

De esta forma, con anterioridad a la Revolución de 1789 en la mayor parte de Francia, salvo en las regiones del *nantissement* cuyo régimen expondré a continuación, la hipoteca es de clara inspiración romana y, por tanto, oculta y general porque los sucesivos intentos de reforma no prosperan. Se reconocen las hipotecas tácitas del Derecho romano y se crean otras nuevas, atribuyendo este carácter a todas las obligaciones personales contraídas ante Notario y a las sentencias condenatorias (96). La transmisión de la propiedad carece de cualquier tipo de solemnidad externa, entendiéndose que la transmisión se opera con el consentimiento, salvo en el caso de las donaciones en las que se requería para su validez la formalidad de la insinuación. Y además esta misma clandestinidad afecta a todas las demás cargas reales. Todo esto significa que no se establece condición alguna de publicidad para la propiedad inmueble.

IV. LAS TECNICAS DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA DEL NORTE Y DEL ESTE DE FRANCIA: EL *NANTISSEMENT* Y LA *APPROPRIANCE PAR BANNIES* (97)

A diferencia de lo que sucede en estas regiones francesas, en las que como se ha visto la publicidad lograda a través de la investidura termina por desaparecer y se generaliza un régimen de clandestinidad, en algunas zonas del norte y del este de Francia los mecanismos de publicidad inmobiliaria del Derecho franco se mantienen o se sustituyen por nuevas técnicas publicitarias que impiden la consolidación de la clandestinidad.

En el norte de Francia y en los Países Bajos, las costumbres de las regiones de *nantissement* exigen para que pueda existir transmisión de la propiedad el cumplimiento de un acto judicial destinado a otorgar la *saisine* al adquirente (98). El procedimiento para la transmisión de la propiedad es

(96) ODIER, *Des systèmes hypothécaires...*, cit., pág. 66.

(97) Antes de iniciar la lectura de este apartado véase la aclaración que en relación al régimen del *nantissement* y de *l'appropriance par bannies* se realiza en la introducción al punto II de este mismo capítulo.

(98) BESNIER, *Le transfert de propriété...*, cit., pág. 196.

Según las concretas zonas estas formalidades reciben distintas denominaciones: *oeuvres de loi*, *nantissement*, *déshéritance-adhéritance*, *saisine-dessaisine*, *vest-de-vest...*, pero todas ellas hacen referencia a actos formales públicos de abandono de un derecho ante la autoridad judicial y la investidura de tal derecho en el nuevo adquirente.

relativamente sencillo. Las partes comparecen ante el Tribunal competente y declaran ante el mismo el contrato celebrado. A partir de entonces y de la misma manera que acontecía en época medieval el vendedor se desprende del bien y a continuación la autoridad judicial realiza la investidura del adquirente. Finalmente, la ceremonia concluye con su registro en los archivos judiciales (99).

¿Para qué actos sobre bienes inmuebles es preciso el cumplimiento de las formalidades de *nantissement*? En su origen eran más numerosos los actos que requerían la realización de estas formalidades para que se causaran los correspondientes efectos; sin embargo, poco a poco, algunos quedaron exentos de tal deber. De esta manera, de entre los actos transmisivos de la propiedad, las sucesiones, las donaciones por razón de matrimonio y las adquisiciones hechas en subasta, adjudicación o decreto, producen todos sus efectos sin necesidad de *nantissement* (100). En relación a los derechos reales tiene lugar este mismo efecto, de forma que aunque en un principio estas formalidades se exigen para todos los tipos de derechos reales, incluso la constitución de una servidumbre o de una hipoteca, sin embargo, el Edicto de junio de 1771 (101) y una Declaración de 23 de junio de 1772 (102) suprimen el requisito del *nantissement* para la constitución del derecho de hipoteca. Esta disposición significaba que a partir de su fecha en estas regiones las hipotecas se constituirían del mismo modo que en el resto de las regiones francesas, es decir, por actos celebrados ante Notarios o por Jueces, sin ninguna formalidad de publicidad. Esta Declaración se registró en el Parlamento de París, razón por la que se aplicó en las regiones de *nantissement* dependientes de este Parlamento (Vernandois, Reims, Amiens...), pero los Parlamentos de Flandes y de Artois rechazaron su registro (103) y en el Principado de Dombes se aplicó el Edicto, con la excepción de los artículos 35 y 36 (104). Por ello, en estas zonas la

Normalmente la expresión *oeuvres de loi* se emplea en los casos en los que la investidura se realiza ante un oficial señorial, mientras que cuando dicho acto se desarrolla ante un oficial real se utilizan las de *mainmise* o *main assise* o *mise de fait* *Ibidem*.

(99) *Ibidem*, págs. 196-197.

(100) *Ibidem*, págs. 197-198.

(101) Artículo 35: «*Abrogeons l'usage des saisines et nantissement, pour acquérir hypothèque et préférence, dérogeant à cet effet à toutes coutumes et usages à ce contraires*».

(102) *Déclaration interprétative de l'article 35 de l'édit de juin 1771, et portant que les formalités de saisine, de mise de fait, de nantissement, et autres établies par quelques communes, ne seront pas nécessaires pour acquérir hypothèque sur les immeubles réels et fictifs* Versailles, 23 de junio de 1772. AN.AD/II/18, doc. 53 (también en AN.K 871.2, doc. 51). Esta declaración se publica por GRENIER, *Commentaire sur l'édit...*, págs. 496-498.

(103) CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit...*, cit., pág. 156.

(104) *Lettres patentes du roi portant que l'édit du mois de juin 1771, qui a abrogé les Décrets volontaires, et les lettres patentes du 7 juillet suivant, seront exécutés dans*

publicidad del *nantissement*, en relación a las hipotecas, queda en vigor hasta la Ley de 19-27 de septiembre de 1790 que suprime dichas formalidades. En las regiones de *nantissement* dependientes del Parlamento de París la publicidad se mantendrá en relación a los demás actos sobre inmuebles, con la excepción de las hipotecas, también hasta 1790 (105).

Los efectos que se derivan de las formalidades del *nantissement* afectan a las partes y a los terceros. Entre las partes son indispensables para que la transmisión de la propiedad o la constitución de hipotecas y demás derechos reales sean válidos. En su defecto no existía ni transmisión de la propiedad ni derechos reales, aunque se conservaran las correspondientes acciones personales porque el contrato quedaba válido (106). Frente a terceros el cumplimiento de las formalidades era indispensable para que los actos sobre bienes inmuebles sujetos a estos requisitos pudieran ser oponibles a los mismos. De manera que, por ejemplo, entre dos adquirentes de un bien inmueble era preferible aquel que hubiera observado los requisitos del *nantissement*. Lo mismo acontecía en relación a los demás derechos reales. La consecuencia que se derivaba de este planteamiento era que las formalidades del *nantissement* purgaban el inmueble enajenado de todos los derechos anteriormente constituidos (107).

En la región de Bretaña existe otro mecanismo de publicidad inmobiliaria a través del que el adquirente puede estar seguro en el disfrute de su derecho tras haber quedado el bien inmueble purgado de las anteriores hipotecas y demás cargas. A este conjunto de formalidades se le conoce con el nombre de *appropriance par bannies* o *appropriement* (108).

En realidad se trata de un mecanismo dirigido a purgar las hipotecas existentes sobre un bien inmueble, pero que finalmente determina la publicidad de las transmisiones de dominio a título oneroso. Desde el siglo XIII son frecuentes los testimonios documentales de esta práctica que perdura hasta la Ley 11 Brumario año VII (109), porque el Decreto de 9 Mesidor

la province de Dombes, à l'exception des articles XXXV et XXXVI dudit édit. Compiègne, 15 de agosto de 1772. AN.AD/II/18, doc. 54. Publicadas en GRENIER, *Commentaire sur l'édit ...*, cit., págs. 499-502.

(105) CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit...*, cit., pág. 156.

(106) BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., págs. 32-33.

(107) En el trabajo citado anteriormente, págs. 33-35.

(108) En Bretaña con la expresión *appropriance* se recogen dos instituciones diferentes. Por una parte, se habla de *appropriance par longue tenue*, que no es otra cosa que la prescripción, a la que no me refiero en este momento. La otra institución es la *appropriance par bannies*. Esta segunda es la que constituye la técnica publicidad inmobiliaria que interesa a los efectos de este trabajo. Sobre estas dos figuras, y en concreto en relación a las diferencias existentes entre un tipo y otro de *appropriance*, véase PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., pág. 434.

(109) Artículo 56 de la Ley 11 Brumario año VII: «*Les deux lois de 9 Messidor an 3, sur le régime hypothécaire et sur les déclarations foncières, ensemble toutes les*

año III, pese a contemplar su desaparición quedó sin aplicación por las numerosas ocasiones en que se prorrogó su entrada en vigor (110) (este mecanismo de publicidad no se había incluido en la Ley de 19-27 de septiembre de 1790 que suprimió el *nantissement*) (111).

El procedimiento para la purga de las hipotecas constaba de diversas fases. Una vez que el adquirente había entrado en posesión del bien inmueble debía de dar a conocer a través de tres anuncios (*bannies*) el acto de la venta y la posesión del bien a la salida de la Misa mayor durante tres domingos consecutivos en la iglesia del territorio donde se encontraran sitos los bienes inmuebles (112). Durante los ocho días siguientes al último anuncio para el caso de los presentes y durante un año y un día para los ausentes, todas las personas que pretendieran tener algún derecho sobre el bien vendido debían de manifestar su derecho (*opposition*) (113). El procedimiento finalizaba con la expedición de una certificación por parte del Juez. Si no se había planteado discusión alguna por parte de terceros, ni ninguna hipoteca se había puesto de manifiesto, ni había tenido lugar ninguna pugna, el adquirente devenía en propietario inatacable. En consecuencia, como ya he señalado, el efecto que se producía con estas formalidades no era otro que el de purgar la nueva propiedad, tan sólo subsistían las rentas feudales (114).

Sólo los contratos de venta daban lugar a los anuncios públicos y, en consecuencia, a l'*appropriance*, aunque en ocasiones se sometiera a esta publicidad otros contratos como las donaciones, los cambios...; sin embar-

lois, coutumes et usages antérieurs sur les constitutions d'hypothèques, et sur les moyens de consommer et consolider les aliénations d'immeubles, et d'en purger les hypothèques demeurent abrogés».

(110) Artículo 276 del Decreto 9 Mesidor año III: «*Toutes les lois, coutumes et usages observés antérieurement au présent décret, sur les hypothèques, lettres de ratification, appropriances, nantissement, oeuvres de loi, criées et ventes d'immeubles par décret forcé, ne seront plus applicables qu'aux hypothèques acquises et aux expropriations de biens volontaires ou forcées qui auront lieu avant le 1er nivôse prochain, sans que néanmoins les créanciers hypothécaires et privilégiés puissent se dispenser de l'inscription de leurs titres, sous les peines portées en l'article 257*

(111) PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., págs. 436-437.

(112) A través de un Edicto de agosto de 1626 se establece la insinuación del contrato con anterioridad a la toma de posesión. Este Edicto crea para la Bretaña unos registros especiales en los que se debía de insinuar todo acto de mutación, no pudiéndose realizar el primer anuncio sino transcurridos seis meses desde la insinuación, aunque el Parlamento de Bretaña redujo este plazo a tres meses. *Ibidem*, pág. 449

(113) Los parientes que disfrutaban del derecho de retracto, los acreedores titulares de hipotecas sobre el inmueble, el verdadero propietario, si el bien no pertenecía al vendedor, y el vendedor mismo para obtener el pago del precio podían hacer presentes sus derechos. *Ibidem*, págs. 453-456.

(114) BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., pág. 36. Este procedimiento se explica con mayor detalle por PLANIOL, *Les appropriances...*, cit., págs. 443-450.

go, los comentaristas de la Costumbre de Bretaña consideraban estas prácticas irregulares (115).

¿Cuál era la diferencia entre el anterior mecanismo de publicidad, el *nantissement* y *l'appropriance* de Bretaña? En primer lugar, la técnica bretona constituía una formalidad posterior a la venta, mientras que las formalidades del *nantissement* debían cumplimentarse como requisito esencial para la transmisión, aunque en este aspecto el resultado en ambos casos era similar porque se consolidaba la propiedad del adquirente. Además, la segunda gran diferencia venía marcada por los diferentes tipos de actos sobre bienes inmuebles que quedaban sujetos a una y a otra forma de publicidad.

Tras la publicación del Edicto de 1771, que organiza un nuevo régimen de publicidad en Francia y que deroga las prácticas del *nantissement*, algunos autores consideran como un acierto el nuevo sistema porque entienden que la formalidad bretona tan sólo evitaba algunos de los inconvenientes de los decretos voluntarios que constituían el único mecanismo de publicidad entonces en vigor (116), pero no facilitaba la entrega del precio de la adquisición a poder de los acreedores, inconveniente al que se debía de añadir el perjuicio que se derivaba de las numerosas excepciones que existían sobre la obligación de realizar los anuncios públicos (117).

Finalmente, me refiero de manera breve a las técnicas de publicidad inmobiliaria que se desarrollan en Metz durante los siglos medievales y se conservan a lo largo del Antiguo Régimen. Dos medios más o menos sucesivos en el tiempo se emplean en la región de Metz para alcanzar este objetivo: la *vesture* y la *prise de ban*.

Hasta el siglo XIII se encuentran testimonios de cómo las transmisiones de la propiedad se operaban en esta región a través de la *vesture*. Consistía esta formalidad en un acto público por el que la autoridad pública investía en la propiedad al adquirente. Representaba el momento a partir del cual corría el plazo de un año y un día necesario para adquirir la propiedad definitiva (118).

(115) *Ibidem*, págs. 439-440.

(116) En torno a los decretos voluntarios como técnica de publicidad inmobiliaria véase el siguiente punto en el que se abordan los distintos intentos de reforma del régimen de publicidad inmobiliaria en Francia durante el Antiguo Régimen. En este momento y con el fin de que se comprenda por qué razón los decretos voluntarios no favorecían la entrega del precio a los acreedores, tan sólo hago la siguiente precisión.

Este medio de publicidad resultaba excesivamente largo y costoso y por tanto transcurría demasiado tiempo hasta que quedaba efectivamente constatado el derecho del acreedor y por tanto se retrasaba el momento en que éste recibía el dinero dado como precio de la venta del bien para ver satisfecho su derecho. El propietario de un bien inmueble sobre el que pesaba algún tipo de derecho, una hipoteca, podía enajenarlo a un tercero, pero con el precio de la venta debía satisfacerse el derecho del acreedor si éste lo exigía para que de esta manera la propiedad del nuevo adquirente quedara libre de cualquier carga anterior a su derecho.

(117) GRÉNIER, *Commentaire sur l'édit...*, cit., págs. VI-VII.

(118) PROST, *Etude sur le régime...*, cit., págs. 18-68.

Pero desde el siglo XIII aparece una nueva fórmula de publicidad, la *prise de ban*. De modo semejante al régimen visto para Bretaña, en Metz se realizan cuatro anuncios públicos a principios de año, por Pascua, a mediados de agosto y en Navidad, y cada anuncio era objeto de una inscripción en los registros del municipio. Con ocasión de cada *prise de ban*, los terceros interesados debían de hacer valer sus derechos y formalizar la correspondiente *opposition* para conservar sus derechos (119).

Paulatinamente estas formalidades tienden a desaparecer y tan sólo se practican en relación a los préstamos hipotecarios cuando a mediados del siglo XVII la región de Metz quedó sometida al Derecho hipotecario de París (120).

V. LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA EN LOS SIGLOS XVI, XVII Y XVIII

Durante el Antiguo Régimen en la mayor parte de Francia la propiedad inmueble permanece en la clandestinidad. La excepción a esta realidad la constituyen ciertas técnicas, que en el norte y en el este del país se conservan desde los siglos medievales, a través de las que tanto las transmisiones de dominio como otros derechos reales, entre ellos el derecho de hipoteca, se hacen públicos. De estos medios de publicidad inmobiliaria se derivan importantes ventajas que, junto a otros factores, mueven a la Corona a intentar la extensión de dichos mecanismos a todo el territorio. A este planteamiento responden las diferentes tentativas a través de las que desde el siglo XVI se busca dotar de publicidad a la propiedad inmueble, sin que ninguna de ellas alcance de verdad el objetivo deseado. En relación a este movimiento de reforma hay que prestar atención a la Ordenanza de 1551 (121) y a los Edictos de 1553 (122), 1581 (123), 1673 (124) y 1771 (125).

(119) *Ibidem*, págs. 301-376.

(120) BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., pág. 39.

(121) *Ordonnance qui porte règlement général pour les criées, ventes et adjudications de biens par décret*, Fontainebleau, 3 de septiembre de 1551. ISAMBERT, *Recueil...*, 13 (1546-1559), París, 1828, págs. 216-222.

(122) *Edit de création d'un greffier des insinuations en chaque bailliage, prévôté, etc.*, Saint-Germain-en-Laye, 3 de mayo de 1553. En la misma colección legislativa citada en la nota precedente, págs. 314-321.

(123) *Edit de création d'un bureau de contrôle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal*. Blois, junio de 1581. *Ibidem*, 14 (2.ª parte mayo de 1574-agosto de 1589), París, junio 1829, págs. 493-499.

(124) *Edit portant établissement des greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires*, Versailles, marzo de 1673. *Ibidem*, 19 (enero de 1672-mayo de 1686), París, 1829, págs. 73-83.

Atención porque este Edicto puede confundirse con otro de la misma fecha: *Edit portant règlement pour la conservation de l'hypothèque des rentes constituées sur les domaines du roi*, Versailles, marzo de 1673. *Ibidem*, págs. 83-86.

(125) *Edit portant création de conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, et abrogation des décrets volontaires*, Versailles, junio de 1771. AN.AD/

La conveniencia de evitar los fraudes y pleitos que se originan por la ocultación del estado de la propiedad inmueble, la necesidad de nuevos ingresos para la Hacienda y la constatación de las ventajas que se derivaban del sistema de publicidad del *nantissement* y de *l'appropriance par bannies* inclinan a la Corona y a los juristas a propiciar la reforma del régimen hipotecario desde el siglo xvi (126). Este movimiento permite la promulgación de distintos textos jurídicos que prevén mecanismos de variada naturaleza para hacer públicos algunos actos sobre bienes inmuebles.

La purga de las cargas existentes sobre la propiedad inmueble desempeñará una función importante en el desarrollo de la publicidad inmobiliaria en el Derecho francés, constituyendo la principal vía a través de la que se proporciona a los adquirentes seguridad jurídica en el disfrute de su nueva titularidad. A través de la formulación de *oppositions*, los titulares de derechos sobre el bien objeto de enajenación conservan sus derechos y la propiedad del nuevo adquirente queda purgada de todos aquellos que no se hayan dado a conocer. Se trata, en consecuencia, de un tipo de medida dirigida primordialmente a la protección de los terceros adquirentes.

El origen de esta práctica se encuentra en las ventas judiciales a las que desde antiguo se les reconoce el efecto de purgar las hipotecas y todos los derechos reales con excepción de los derechos señoriales (127). Tomando como base estos *décrets forcés* (128) se arbitra un sistema de *décrets volontai-*

II/18, doc. 48 (también en AN.K/871.1, doc. 2). Publicado en ISAMBERT, *Recueil...*, 22 (1 enero 1737-10 mayo 1774), París, 1830, págs. 530-537.

(126) Con anterioridad al siglo xvi, las *Lettres de Henri touchant les rentes constituées sur les maisons et héritages à Paris* de 27 de mayo de 1424, promulgadas durante la dominación inglesa y destinadas únicamente a París, preveían además de la reconstrucción de los edificios parisinos, la publicidad de las hipotecas declarando a tal fin de obligado cumplimiento la práctica de las formalidades del *nantissement*.

Artículo 6. «Item. Et pour ce que par la très-grant et excessive change des rentes, hypothèques et autres charges réelles dont plusieurs desdites maisons et héritages situées et assises en notridite ville, prevosté et viconté de Paris, ont esté ogargées le temps passé, se sont meuz plusieurs débas et procès, et aussi cheuz en ruynne lesdictes maisons et héritages: nous, pour eschever lesdictes ruynes et procès, et pourveoir ou temps à venir à ce que ung chacun puisse avoir certainté et vraie congnoissance desdictes charges et hypothèques, dont seront et pourront estre chargées lesdictes maisons et héritages, avons ordonné et ordonnons que dorenavant nampissement aura lieu ezdictes ville, prevosté et viconté de Paris, et que ezdiz lieux, hypothèques ne pourront estre constituez valablement, ne sortiront aucun effet, sinon du jour et date que ycellui nampissement aura esté fait». ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 8 (1401-1437), París, 1825, págs. 690-694.

Se debe de tener cuidado para no confundir esta norma con otra de la misma fecha: *Lettres de Henri concernant le privilège des bourgeois de Paris, relativement aux maisons vacantes ou en ruines, sur lesquelles ils ont des hypothèques*. En el mismo tomo de la Colección legislativa citada en la nota precedente, págs. 686-690.

(127) BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 14-18.

(128) Por *décret forcé* se entiende la adjudicación de propiedad pronunciada por

res para purgar las enajenaciones voluntarias cuyas formalidades eran muy similares a las exigidas para los primeros, resultando un procedimiento en exceso costoso por el número de actos que es necesario cumplimentar y por los plazos temporales establecidos (129). Es importante esta técnica de protección de los adquirentes porque hasta 1771 constituye el principal mecanismo de publicidad inmobiliaria, aunque ciertamente limitado a concretos actos y, como consecuencia de los inconvenientes señalados, de escasa aplicación práctica. Como ha señalado EDGAR BLUM, la técnica de las *oppositions*, con tanta tradición en el Derecho francés del Antiguo Régimen, representa el origen de la inscripción hipotecaria, porque a través de su cumplimiento el acreedor conserva sus derechos reales frente a cualquier propietario del bien inmueble (130).

Pese a las ventajas que podían derivarse de la práctica de los decretos voluntarios, lo cierto es que su práctica no se generalizó en la medida en que hubiera sido de desear. Los importantes gastos económicos que suponía el procedimiento motivó que tan sólo en los casos de transmisiones de grandes bienes inmuebles se acudiera a esta fórmula porque en los supuestos en los que el bien era de relativo escaso valor el precio de la venta se perdía con los gastos para la obtención del decreto (131).

Otra técnica a la que se recurre en Francia para alcanzar la publicidad inmobiliaria es la de la insinuación, que no se limita en exclusiva a las donaciones. En 1539 se establece, a imitación del Derecho romano, la formalidad de la insinuación como garantía para las familias contra las donaciones irrevocables (132) y, posteriormente, el cumplimiento de este

el Juez. El principal efecto que se derivaba de la misma era que el propietario devenía inatacable, por tanto protegido frente a toda causa de evicción. El adquirente se convertía en propietario sin que mediara el acto de la tradición y no se admitían *oppositions* de derechos una vez realizada la adjudicación judicial. BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité*..., cit., pág. 43.

(129) *Ordonnance qui porte règlement général pour les criées, ventes et adjudications de biens par décret*, Fontainebleau, 3 de septiembre de 1551, cit.

(130) BLUM, *Les essais*..., cit., pág. 33.

(131) BROHARD, *Observations*..., cit., págs. 6-7.

(132) *Ordonnance sur le fait de la justice*. Villers-Cotterets, agosto de 1539. ISAMBERT, *Recueil*..., cit., 12 (1514-1546), París, 1828, págs. 600-640.

Artículo 132: «Nous voulons que toutes donations qui seront faites ciaprès, par et entre nos sujets, soient insinuées et enregistrées en nos cours et juridictions ordinaires des parties, et des choses données, autrement seront réputées nulles, et ne commenceront à avoir leur effect que du jour de ladite insinuation, et ce quant aux donations faites en la présence des donataires et par eux acceptées».

Artículo 133: «Et quant à celles qui seront faites en l'absence desdits donataires, les notaires, et stipulans pour eux, elles commenceront leur effet du temps qu'elles auront esté acceptées par lesdits donataires, en la présence des donateurs et des notaires, et insinuées comme dessus, autrement elles seront réputées nulles, encores que par les lettres et instrumens d'icelles, y eust cause de rétenion d'usufruit ou constitution de précaire, dont ne s'ensuit aucun effet, sinon depuis que lesdites acceptations ou insinuations auront esté faites comme dessus».

requisito se extiende a todos los actos traslativos de bienes inmuebles y a los constitutivos de hipoteca. La institución de la insinuación ejerce, como ya he señalado, una importante influencia en el proceso de configuración del sistema hipotecario francés porque constituye un importante mecanismo de publicidad para los terceros adquirentes.

Los primeros intentos de reforma, Edictos de 1553 y 1581, se encuentran inspirados por los medios de publicidad del *nantissement*, y por ello se intenta hacer público no sólo el derecho real de hipoteca, sino también las transmisiones de dominio por cualquier título. Sin embargo, en el siglo xvii acontece un retroceso en el régimen de la publicidad inmobiliaria y en lugar de ampliarse los actos sometidos a algún mecanismo de publicidad sucede a la inversa, y sólo se prevé que los derechos de hipoteca y de usufructo sean conocidos por todos. Su publicidad se pretende alcanzar a través de la creación de unos registros para las *oppositions* o declaraciones de derechos que con motivo de la venta realizan los acreedores hipotecarios y los titulares de derechos de usufructo con anterioridad a todo decreto de adjudicación voluntario o forzoso.

Finalmente, con el Edicto de 1771 se arbitra un nuevo régimen más sencillo para purgar las cargas reales existentes sobre los bienes objeto de transmisión (*lettres de ratification*) que deroga el de los decretos voluntarios.

La voluntad de la Monarquía de fomentar la publicidad inmobiliaria se acepta de buen grado en todos los grupos sociales. La Corona se encuentra interesada en establecer mecanismos de publicidad, además de por el interés general, por los ingresos hacendísticos que habría de obtener a través de los derechos establecidos para cada formalidad, por los impuestos devengados con ocasión de cada acto sobre la propiedad inmueble de lo que quedaría constancia a través de las diferentes vías de publicidad y por el precio de venta de los oficios creados como consecuencia de esta normativa. En cambio los Parlamentos, en el ejercicio del *droit d'enregistrement* de que disfrutaban, rechazan el registro de las ordenanzas y de los edictos reales al considerarlos atentatorios a la costumbre de las distintas regiones. Y la nobleza se opone a que se conozca el verdadero estado de su propiedad inmueble ante el temor de encontrar dificultades para la obtención de crédito.

1. LA PUBLICIDAD DE LAS TRANSMISIONES DE DOMINIO Y DEL DERECHO DE HIPOTECA: LOS EDICTOS DE 1553 Y 1581

En 1553 Enrique II, teniendo conocimiento de las ventajas que en las regiones del *nantissement* se derivan de las formalidades exigidas para la adquisición de los derechos reales, crea unos registros de insinuaciones de todos los actos *inter vivos* y *mortis causa* adquisitivos del derecho de

propiedad o constitutivos del derecho de hipoteca (133). Es decir, este Edicto somete al requisito de la insinuación todos los contratos de venta, cambio, donación, cesión, constitución de rentas... y, en general, cualquier disposición *inter vivos* o de última voluntad constitutiva del derecho de propiedad o del derecho de hipoteca. Sólo quedan exentos de tal obligación aquellos contratos cuyo importe no alcance la cifra de 50 *livres tournois* (art. 1) y las hipotecas legales y judiciales (arts. 2 y 18). La fecha de insinuación determina el momento en que los actos jurídicos señalados comienzan a causar sus efectos, aunque con carácter retroactivo al día de celebración del contrato, tanto en relación a terceros adquirentes como por lo que concierne a los acreedores hipotecarios (art. 1). Además, el Edicto de 1553 fija para todo vendedor la obligación de declarar las cargas reales constituidas sobre el bien inmueble objeto de venta (art. 17).

El Edicto de 1553 se dicta para la totalidad del Reino, con excepción de aquellos lugares en los que, de acuerdo con el Derecho en vigor, en la fecha del Edicto ya se exigía el cumplimiento de mecanismos de publicidad para la adquisición del derecho de propiedad y del de hipoteca (art. 18), es decir, en las regiones donde se observaban las formalidades del *nantissement*.

Aunque llegaron a crearse algunos registros de insinuaciones, lo cierto es que esta disposición no llega a aplicarse de manera generalizada y los contados registros que se constituyen van desapareciendo paulatinamente, quedando finalmente suprimidos a través de una Ordenanza de enero de 1560 que deroga el Edicto de 1553 (134).

Un nuevo intento de alcanzar la publicidad de los derechos reales toma cuerpo en 1581 (135). Con una expresa finalidad fiscal, el Edicto de junio de 1581 aspira a implantar un sistema de control obligatorio de todos los actos extrajudiciales, *inter vivos* y *mortis causa*, adquisitivos de derechos de propiedad y de hipoteca. Con este registro se intentan evitar las dificultades que la Hacienda pública tenía que afrontar para la percepción de los derechos hacendísticos, porque en numerosas ocasiones las expectativas del Erario se veían frustradas por la clandestinidad en la que se perfeccionaban los actos sujetos a tributación, lo que motivaba un tardío conocimiento de los mismos. Esto obligaba a la búsqueda de la existencia de estos actos por los distintos archivos notariales de las villas y lugares de sus dominios para poder hacer efectivo el cobro de los derechos.

(133) *Edit de création d'un greffier des insinuations en chaque bailliage, prévôté, etc.*, Saint-Germain-en-Laye, 3 de mayo de 1553, cit.

(134) Sobre la resistencia del Parlamento de París a la publicación del Edicto de 1553 y su deficiente aplicación, véase BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 42-48.

(135) *Edit de création d'un bureau de contrôle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal*, Blois, junio de 1581, cit.

A diferencia del Edicto de 1553 con el que se pretendía en primer lugar la publicidad de los actos traslativos de la propiedad y de las hipotecas, éste de 1581 es una norma de eminente carácter fiscal cuya finalidad principal es facilitar la recaudación del llamado *droit de contrôle* (136), impuesto que a partir de 1581 se exige para todos los actos perfeccionados ante Notarios mediante el registro que de dichos actos se realice en la oficina que se crea con tal finalidad (137).

Pese a las críticas realizadas desde algún sector alegándose la destrucción del secreto de los negocios privados, el Edicto se puso en ejecución aunque en la práctica apenas si se observó, quedando finalmente derogado en 1588 (138).

Como señalo, este Edicto responde a una manifiesta finalidad fiscal aunque de manera residual se pretendiera hacer público el estado de la propiedad inmueble. Sin embargo, la confusión entre una institución de naturaleza civil y otra de carácter fiscal impide, o al menos dificulta, el normal funcionamiento de un registro que permita la publicidad de los actos sobre los bienes inmuebles, porque si el hecho del registro se vincula a la percepción de un impuesto, como ocurre en este caso del Edicto de 1581, los titulares de derechos susceptibles de publicidad deseando evitar el pago de nuevas cargas tributarias prefieren prescindir de los posibles beneficios que podrían obtener de la publicidad inmobiliaria y por ello evitan el registro de los actos inmobiliarios.

(136) Este nuevo impuesto tiene su origen en distintos derechos feudales (*lods et ventes, quint en requint, relief, rachat*) que los campesinos debían de satisfacer con ocasión de las transmisiones de las tierras concedidas en distintos regímenes por los señores.

(137) El objeto de este derecho se va ampliando progresivamente y a finales del Antiguo Régimen afecta a todas las transacciones jurídicas. Este *droit de contrôle* constituye junto al derecho de insinuación establecido en 1539 y al *centième denier*, creado en 1703; los derechos de registro que percibe la Monarquía en el Antiguo Régimen. C. SPINOSI, «Une institution fiscale d'avenir: du centième denier au droit d'enregistrement», *RHD*, 1959, págs. 541-599; 1960, págs. 58-82, por la cita, 1959, págs. 542-543.

Estos tres derechos, una vez que triunfa la Revolución, se refunden en uno solo bajo el nombre genérico de *Droits d'enregistrement. Décret relatif au droit d'enregistrement des actes civils et judiciaires, et des titres de propriétés*, 5-19 de diciembre de 1790. DUVERGIER, *Collection.*, cit., 2, París, 1824, págs. 80-94.

(138) BLUM, *Les essais.*, cit., págs. 48-49.

2. EL RETROCESO DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA Y LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD HIPOTECARIA EN 1673

En Francia en el siglo xvii se intenta hacer pública el estado de la propiedad inmueble a través de una técnica desconocida en la mayor parte del territorio francés, pero empleada en las regiones donde se mantenía un régimen de publicidad inmobiliaria.

A diferencia de los mecanismos previstos en el Edicto de 1553 y en el de 1581 en los que se procede al registro de los actos traslativos de la propiedad, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*, y de los constitutivos del derecho de hipoteca, a partir de este momento, como consecuencia de la influencia de la *appropriance* bretona, se pretende la creación de unos registros para la inscripción de las declaraciones de derechos (*oppositions*) hechas por los acreedores hipotecarios con ocasión de la transmisión del bien que constituye su garantía (139).

En 1673 el ministro de Luis XIV, COLBERT, plantea un nuevo proyecto de publicidad inmobiliaria (140), al que creo que se le debe de formular una

(139) Este mecanismo de publicidad a través de las declaraciones de derechos no es una novedad absoluta en 1673 porque cuenta con algunos antecedentes anteriores. En 1609 no se conserva el texto de la disposición real, se preveía la creación de unos registros de hipotecas en los que debía de quedar constancia de las declaraciones formuladas por los acreedores hipotecarios con ocasión de la transmisión del bien sobre el que se había constituido su garantía (*ibidem*, págs. 50-51). Con una finalidad semejante en 1654 un nuevo Edicto prevé la creación de cuatro conservadurías de hipotecas. Sin embargo, de nuevo la finalidad fiscal que origina el texto legal impide que se haga público al menos una parte del estado de la propiedad inmueble (BLUM procede a la publicación del texto de este Edicto, págs. 54-57).

(140) *Edit portant établissement des greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires*, Versailles, marzo de 1673. cit.

De la misma fecha existe otro Edicto por el que se crean los oficios de conservadores de hipotecas de las rentas constituidas sobre bienes reales (*Edit portant règlement pour la conservation de l'hypothèque des rentes constituées sur les domaines du roi*, Versailles, marzo de 1673, cit.). Las rentas constituidas por el Rey eran consideradas como bienes inmuebles y por tanto podían ser objeto de hipoteca. El titular del nuevo oficio tenía como función recibir las declaraciones de derechos que los poseedores de tales hipotecas realizasen con ocasión de la transmisión de una renta real. Esta disposición legal tiene como finalidad el fomento del tráfico comercial de las rentas reales. Para quienes pretendan derechos sobre las rentas se establece la obligación de formalizar las correspondientes declaraciones ante el conservador del Registro y los nuevos titulares de dichas rentas quedan obligadas a tomar las llamadas *lettres de ratification* selladas con ocasión de la adquisición de las rentas. Si antes del sellado de dichas *lettres de ratification* no se formaliza ninguna *opposition* de derecho, tras la obtención de las *lettres* las rentas quedan purgadas de cualquier derecho o hipoteca anterior y el nuevo titular deviene inatacable. Por el contrario, la formalización de alguna declaración permite a quien la realiza la conservación de su derecho frente al vendedor y al adquirente de la renta. Con anterioridad a esta reforma las rentas reales, del mismo modo que sucedía con los demás bienes inmuebles, podían purgarse con el costoso procedimiento de los decretos de adjudicación voluntarios o forzosos. BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 60-63.

crítica fundamental: esta disposición supone un retroceso si se compara con los Edictos de 1553 y 1581 porque mientras que en las anteriores ocasiones se intentan hacer públicas algunas hipotecas y la inmensa mayoría de las transmisiones de dominio este texto legal sume de nuevo en la clandestinidad los actos traslativos de la propiedad, de manera que tan sólo ciertas hipotecas y los derechos de usufructo se hacen públicos a través de la técnica de las declaraciones de derechos.

Como aspecto que podía haber sido positivo en el caso de haber prosperado hay que señalar que el Edicto de 1673, a diferencia de los anteriores, intenta establecer un único régimen de publicidad de las hipotecas para todo el territorio francés derogando con esta finalidad las prácticas del *nantissement*, para la adquisición de hipotecas y para la fijación de la preferencia entre ellas (art. 71).

Evidentemente era preciso unificar el régimen de publicidad en Francia, pero no por lo menos sino por lo más. Es decir, si en las regiones donde se conservaban las formalidades del *nantissement* éstas se exigían no sólo para la constitución de las hipotecas y para la fijación de la preferencia entre las mismas, sino también para las transmisiones de dominio, lo normal, o al menos lo más conveniente, hubiera sido extender a toda Francia este régimen por completo y no sólo limitado a las hipotecas y a los usufructos.

Este Edicto organiza la publicidad de las hipotecas y de los usufructos a través de la creación de unos registros destinados a la inscripción de las declaraciones de derechos realizadas por los acreedores hipotecarios y los titulares de usufructos con anterioridad a toda adjudicación de propiedad (arts. 1 y 69). Dos efectos se derivaban de la formulación e inscripción de estas declaraciones: en primer lugar, permitían la conservación de los derechos de hipoteca y de usufructo con independencia de la transmisión de los bienes a terceros, y en segundo lugar, determinaban la preferencia entre los distintos derechos de hipoteca, de manera que los acreedores hipotecarios que habían hecho públicos sus derechos ocupaban una posición privilegiada para el cobro frente a aquellos que habían omitido tal formalidad (arts. 1, 21 y 34). Por otra parte, el Edicto atribuye efectos retroactivos a la inscripción de la declaración de derechos, reconociéndose efectos a la misma desde la fecha del acto constitutivo de hipoteca (art. 23).

La declaración del derecho debía comprender la expresión de las cantidades o derechos por los que se formulaba (art. 13) y los concretos bienes que estaban sujetos como garantía (art. 15). Sin embargo, esta especialidad de las hipotecas resultaba insuficiente desde el momento en que el Edicto mantenía la existencia de ciertas hipotecas generales y, además, por deudas indeterminadas. De cualquier forma, el Edicto de COLBERT constituye la primera ocasión en la que en el Derecho francés se empieza a delimitar los

contornos del principio de especialidad hipotecaria y de preferencia sobre la base del registro.

En principio, todos los privilegios e hipotecas quedaban sujetos al cumplimiento de estas formalidades, con excepción de aquellos pertenecientes a acreedores de rentas inferiores a 50 libras. Sin embargo, este planteamiento inicial se frustra por las numerosas excepciones previstas, sobre todo en relación a las hipotecas legales o tácitas (arts. 55 y ss.).

Otra cuestión debe de reprocharse al texto de COLBERT. De nuevo se pretende obtener a través de la publicidad inmobiliaria ciertos ingresos para el Erario público. En esta ocasión y a diferencia de lo previsto en el Edicto de 1581, no es con la percepción de derechos con ocasión del registro de los actos sujetos a publicidad, sino con la venta de los oficios que se crean (141).

De nuevo este proyecto de establecer un régimen de publicidad inmobiliaria queda en mero intento cuando al año siguiente, como consecuencia de las presiones ejercidas por el propio Parlamento, se deroga el Edicto de 1673 (142).

La derogación del Edicto de 1673 supone el retorno a la clandestinidad y la generalidad de la propiedad inmobiliaria, sin que los decretos voluntarios previstos en el Edicto de 1551 y la insinuación exigida para las donaciones mitigaran los inconvenientes que se causaban. Desde 1674, y hasta la publicación del próximo texto en materia de publicidad inmobiliaria fechado en 1771, se elaboran distintos proyectos que han sido estudiados básicamente por BLUM, a cuyo trabajo me remito (143).

(141) *Ibidem*, pág. 69.

El régimen jurídico en Francia de las ventas de oficios públicos se contiene básicamente en el Edicto 12 de diciembre de 1604 (conocido como de Charles Paulet, quien fue el financiero que lo inspiró). Sobre el régimen de la enajenación de oficios públicos en Francia véase fundamentalmente FEBVRE, «La vénalité des offices», *AHES*, 1948; GOEHRING, «La vénalité des charges sous l'Ancien Régime», *AHES*, 1939; GOUBERT, «La vénalité des offices», *AHES*, 1953; KUBLER, *L'origine de la perpétuité des offices royaux*, 1958; R. MOUSNIER, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 1.^a edición, París, 1945 (2.^a edición, París, 1971); PAGES, «La vénalité des offices dans l'ancienne France», *Revue Historique*, 169, 1932.

(142) *Edit du roi, portant suppression des greffes d'enregistrement des oppositions pour conserver la préférence aux hypothèques*, Versailles, abril de 1674. Se publica en GRENIER, *Commentaire sur l'edit....* cit., págs. 541-542.

En torno a las posibles causas que motivaron su derogación véase BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 73-77, y BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., págs. 55-56.

(143) BLUM, *Les essais...*, cit., págs. 78-107.

3. LA EXTENSIÓN DEL REQUISITO DE LA INSINUACIÓN PARA TODAS LAS TRANSMISIONES DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Ya he señalado cómo en 1539 se establece como requisito de validez de todas las donaciones su insinuación (144). Esta previsión se renueva en 1566 (145) y es objeto de sucesivas nuevas regulaciones en 1645 (146), 1690 (147), 1703 (148) y 1731 (149).

(144) *Ordonnance sur le fait de la justice*, Villers-Cotterets, agosto de 1539, cit.

(145) *Ordonnance sur la réforme de la justice*, Moulins, febrero de 1566. Art. 58: «Et pour oster à l'avenir toutes occasions de fraudes et de doutes qui pourroient estre muës entre nos sujets pour l'insinuation des donations qui seront ci-après faites, avons ordonné que d'oresnavant toutes donations faites entre-vifs, mutuelles, réciproques, onéureses, en faveur de mariage et autres, de quelque forme et qualité qu'elles soient faites entre-vifs, comme dit est, seront insinuées es greffes de nos sièges ordinaires de l'assiette des choses données, et de la demeure des parties dans quatre mois, à compter du jour et date d'icelles donations, pour le regard des biens et personnes, et dans six mois, pour ceux ci seront hors de nostre royaume. Autrement et à faute de la dite insinuation, seront et demeureront lesdites donations nulles et de nul effet et valeur, tant en faveur du créancier que de l'héritier du donnant Et si dedans ledit temps ledit donnant ou donataire decédoit, pourra néanmoins ladite insinuation estre faite dans ledit temps, à compter du jour dudit contrat comme dessus, sans que cette présente ordonnance fasse aucun préjudice aux donations ci-devant faites, et droits acquis à no sujets à cause d'icelles, ni aux instances mues et à mouvoir pour ce regard». ISAMBERT, *Recueil...*, cit. 14 (1.^a parte, julio de 1559-mayo de 1574), París, 1829, págs. 189-212.

Esta disposición se complementa con *Déclaration sur les ordonnances d'Orleans et de Moulins d'après les remontrances du Parlement de Paris*, París, 10 de julio de 1566. *Ibidem*, págs. 213-217.

(146) *Edit portant que tous actes, contrats et testaments portant donations, seront insinués dans les quatre mois de leur date...*, París, mayo de 1645. *Ibidem*, 17 (14 de mayo de 1643-19 de agosto de 1661), págs. 51-52.

(147) *Déclaration sur les arts. 57 et 58 de l'ordonnance de février 1566, sur la publication et l'enregistrement des substitutions, et l'insinuation des donations*, Versailles, 17 de noviembre de 1690. *Ibidem*, 20 (junio de 1687-1 de septiembre de 1715), París, 1830, págs. 113-114.

(148) *Edit contenant régleme[n]t sur les insinuations laïques, suivi du tarif des droits*, Versailles, diciembre de 1703. *Ibidem*, págs. 438-441. (La publicación que ISAMBERT hace de este Edicto es defectuosa, motivo por el que es mejor su consulta en NERON y GIRARD, *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux sur le fait de la justice et autres matières*, París, 1720, II, págs. 336-338).

Este Edicto se completa con una Declaración de 19 de julio de 1704. BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., págs. 62-65 y 80-81.

(149) *Ordonnance sur les donations*. Versailles, febrero de 1731. ISAMBERT, *Recueil...*, cit., 21 (1 de septiembre de 1715-1 de enero de 1737), París, 1830, págs. 343-354.

Art. 19: «Les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe, ne seront pas sujettes à la formalité de l'insinuation».

Art. 20: «Toutes les autres donations, même les donations rémunérations ou mutuelles, quand même elles seroient entièrement égales, ou celles qui seroient faites à la charge de services et de fondations, seront insinuées suivant la disposition des ordonnances, à peine de nullité».

En relación a la publicidad inmobiliaria interesa especialmente el Edicto de 1703. Las demás normas regulan la insinuación de las donaciones, es decir, la publicidad de esta forma de transmisión de la propiedad, mientras que el Edicto de 1703 va más allá porque prevé a través de esta técnica la publicidad de otras transmisiones inmobiliarias. Sin embargo, a este proyecto de publicidad inmobiliaria se le debe formular la misma crítica que la realizada al Edicto de COLBERT de 1673: ambos textos prevén la publicidad, pero no en conjunto la de las transmisiones de la propiedad y las de las hipotecas y demás derechos sobre bienes inmuebles, porque el Edicto de 1673 sólo exigía la publicidad en relación a las hipotecas y usufructos, y el de 1703 sólo para las mutaciones de propiedad por negocios *inter vivos* y *mortis causa*.

De nuevo esta norma tiene un marcado carácter fiscal por los ingresos que se preveía obtener a través de la creación de nuevos oficios y con la percepción de las correspondientes tasas de inscripción. El Edicto implanta un impuesto, denominado *centième denier*, sobre todas las transmisiones orales o escritas de propiedad o de disfrute de bienes inmuebles, con la excepción de las sucesiones en línea directa y las donaciones por razón de matrimonio (150); consistía, como su nombre indica, en la centésima parte de la cuantía del acto celebrado.

La sanción fiscal prevista para los casos en los que se omitiera la insinuación en el plazo fijado consistía en una multa equivalente al triple del derecho. Sin embargo, no se preveía ningún tipo de pena civil por el incumplimiento de la insinuación. De esta laguna, que denota claramente la finalidad fiscal del Edicto, se deriva que este texto no consiga dotar de publicidad ni siquiera a las transmisiones inmobiliarias.

Art. 21: «*Ladite peine de nullité n'aura pas lieu néanmoins à l'égard des dons mobiliers, augmentations, contreaugmentations, engagements, droits de rétention, agencements, gains de nocés et de survie, dans les pays où ils sont en usage; à l'égard de toutes lesquelles stipulations ou conventions, à quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter, notre déclaration du 25 juin 1729 sera exécutée suivant sa forme et teneur.*»

Art. 22: «*L'exception portée par l'article précédent et par la dite déclaration, aura pareillement lieu à l'égard des donations des choses mobilières, quand elle n'excéderont pas la somme de mille livres une fois payée.*»

(150) SPINOSI, *Une institution fiscale*., cit., pág. 543.

Sobre esta imposición y los demás derechos de Registro véase *Commentaire sur le tarif du contrôle des actes et de l'insinuation du 29 septembre 1722 et sur les droits de centième denier avec observations critiques sur un ouvrage qui a paru en 1737 sous le titre d'instructions générales aux commis, préposés pour la perception des droits, supprimé par arrêt du Conseil du 17 mars 1738*, Avignon, 1756; CONTRAMONT, *Commentaire sur les tarifs du contrôle des actes et de l'insinuation du 29 septembre 1722 suivant de la Jurisprudence du Conseil dans lequel on traite également ce qui relatif au droit de centième denier avec les principaux règlements et différents arrêts intervenus au Conseil sur des matières avec table alphabétique*; E. LEROY, *Des droits de mutations à Rome et de nos jours*, tesis, París, 1881; M. PERRIN, *Origine, caractères et distinction des droits d'actes et de mutations en matière d'enregistrement*, tesis, Grenoble, 1901; P. DE SAINT JACOB, «La propriété du XVIII^e siècle: une source méconnue: le contrôle des actes et le centième denier», *AHES*, abril-junio 1946, págs. 163 y sigs.

4. LAS «LETTRES DE RATIFICATION» PREVISTAS EN EL EDICTO DE 1771 COMO TÉCNICA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

A finales del siglo XVIII y pese a las diferentes tentativas que había habido, lo cierto es que los adquirentes de bienes tan sólo disponían de la fórmula prevista en el Edicto de 1551 (decretos voluntarios) como medio de purgar su propiedad de las anteriores cargas, y los acreedores carecían de mecanismo alguno que les permitiera estar seguros de no ver defraudados sus derechos por la existencia de otros acreedores anteriores. El Edicto de 1771 se dirige a sustituir el procedimiento, costoso y largo, de los decretos voluntarios por otro más sencillo que proporcione seguridad a aquel que adquiere un bien inmueble (151).

Para la gran mayoría de los autores el sistema de publicidad inmobiliaria establecido en este Edicto de 1771 es el más perfecto y el de mejor calidad técnica de todos los que se intentan establecer durante el Antiguo Régimen (152). En este sentido, se argumenta que con independencia del Edicto

(151) *Edit de juin 1771 portant création des conservateurs des hypothèques sur des immeubles réels et fictifs et abrogation des décrets volontaires*, Versailles, junio de 1771, cit

El origen del nuevo régimen para purgar las hipotecas se encuentra en un Edicto, también del año 1673 al que ya se ha hecho referencia, en el que se introduce por primera vez este sistema para purgar las hipotecas existentes sobre las rentas constituidas en los dominios del Rey (*Edit portant règlement pour la conservation de l'hypothèque des rentes constituées sur les domaines du roi*, cit.). Por este Edicto, COLBERT crea cuatro conservadores de hipotecas sobre las rentas reales ante los que los acreedores de propietarios de estas rentas debían de formalizar sus declaraciones. Con esto sus derechos se conservaban intactos durante un año. A la vez, los adquirentes de rentas quedaban obligados con ocasión de cada mutación a tomar sobre sus contratos unas *lettres de ratification* selladas por la Chancillería. Con anterioridad al sellado de estos documentos, el conservador de hipotecas debía de verificar en sus Registros si no existía alguna *opposition* hecha sobre las rentas vendidas. Si efectivamente no constaba ninguna sellaba la *lettre de ratification*, haciendo constar tal circunstancia y la renta vendida quedaba purgada de todos los derechos e hipotecas anteriores y su adquirente devenía inatacable. En caso contrario, en la *lettre de ratification* indicaba el nombre del que había formulado la declaración y la cuantía del derecho.

Estos conservadores de hipotecas sobre las rentas reales desaparecen con la Ley de 18-29 de diciembre de 1790 y la de 11 Brumario año VII. BAFFAULIE, *Mémoire sur l'histoire de la publicité...*, cit., págs. 68-70.

Como ya he señalado anteriormente, no se debe confundir este Edicto de marzo de 1673 con el otro texto de 1673 cuyo contenido ya he analizado en el punto anterior. El Edicto referido a las hipotecas sobre rentas reales crea cuatro conservadores de las hipotecas constituidas sobre las rentas del Rey (del Estado) y organiza por primera vez el sistema de las *lettres de ratification* como medida de protección de las ventas de dichas rentas. Mientras que el otro Edicto, revocado en abril de 1674, creaba en cada circunscripción una conservaduría para las hipotecas de los particulares.

(152) Juristas de la época como GRENIER (*Commentaire sur l'édit...*, cit.), BROHARD (*Observations...*, cit.) o SAINTE-FOY (*Questions sur l'édit...*, cit.) valoran muy positiva-

de 1551, que en teoría estuvo en vigor durante casi dos siglos aunque en la práctica en contadas ocasiones se promovió el otorgamiento de los decretos voluntarios, el texto de 1771 fue la norma legal con un mayor período de vigencia, en teoría hasta el Decreto 9 Mesidor año III (153), y en la práctica hasta la Ley de Brumario del año VII. Por otra parte, porque se le ha considerado como el proyecto de publicidad más perfecto del Antiguo Régimen, aunque a mi juicio, pese a la escasa aplicación práctica que tuvo, resultaba mucho más completo el régimen previsto en el Edicto de 1553 porque sometía a publicidad todas las transmisiones inmobiliarias y gran parte de los derechos de hipoteca, otorgando mayor protección a los compradores y a los acreedores.

Ciertamente, la publicación y entrada en vigor de este texto tuvo importantes repercusiones en el seno de la doctrina jurídica de la época, que incluso perduran a principios del siglo XIX cuando se inicia la discusión del contenido hipotecario del futuro Código Civil francés porque, precisamente, algunos de los miembros del Consejo de Estado (154) se inclinaban por la conservación del régimen de 1771 (155).

mente el nuevo origen de publicidad, sin perjuicio de las numerosas dudas que su aplicación plantea y que ellos intentan resolver a través de sus obras.

(153) Artículo 277: «*Les conservateurs des hypothèques, gardes des sceaux et greffiers expéditionnaires des lettres de ratification, établis par l'édit de juin 1771 et la déclaration du 24 novembre suivant, continueront, pour les expropriations antérieures audit jour 1er nivôse prochain seulement, d'exercer leurs fonctions jusqu'au 1er germinal suivant, passé lequel délai elles sont et demeurent supprimées*».

(154) El Consejo de Estado se crea por el artículo 52 de la Constitución de 22 Frimario año VIII (13 de diciembre de 1799) y encuentra su origen en el Consejo del Rey del Antiguo Régimen (art. 52: «*Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*»).

Este nuevo órgano ostenta una doble competencia: administrativa y contenciosa. En el ejercicio de la primera contribuye a la redacción de los textos legales más importantes, se justifica de esta manera la importante labor desempeñada con ocasión de la preparación de los cinco grandes Códigos napoleónicos (Código Civil, Penal, de Procedimiento Civil, de Instrucción Criminal y de Comercio). Y en el ejercicio de la segunda es competente en los litigios administrativos.

En torno al Consejo de Estado francés, desde una óptica histórica, véase: J. BOURDON, *Napoleon au Conseil d'Etat. Notes et procès-verbaux inédits de J.-G. Loaré, secrétaire général du Conseil d'Etat*, París, 1963; Ch. DURAND, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, Aix-en-Provence, 1945, y París, 1949; J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 1.ª edición, París, 1951; 4.ª edición, París, 1989, págs. 561-563, M. LETOURNEUR, J. BAUCHET y J. MERIC, *Le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs*, París, 1970, págs. 9-40; Y. ROBINEAU y D. TRUCHET, *Le Conseil d'Etat*, col. Que sais-je?, 1.ª edición, París, 1994, págs. 5-21; B. STIRN, *Le Conseil d'Etat Son rôle, sa jurisprudence*, París, 1991, págs. 11-12.

(155) Como se desprende de la lectura de la discusión habida en el Consejo sobre esta materia y que se publica en LOCRE, *Procès-verbaux...*, cit., IV, págs. 284 y sigs. También en FENET, *Recueil...*, cit., 15, págs. 223 y sigs.

El mecanismo que se establece para purgar las hipotecas es el mismo que el previsto en 1673 para las hipotecas sobre las rentas reales (156). Con el nuevo régimen se pretende proteger a los adquirentes de bienes, que disponen a partir de entonces de un mecanismo más rápido y más cómodo que el de los decretos voluntarios para convertirse en propietarios inatacables una vez que su nueva propiedad queda purgada de las anteriores cargas no declaradas (157), y a los vendedores que no tienen que esperar tanto tiempo, como sucedía con la práctica de los decretos voluntarios, para la percepción del precio del bien enajenado. Sin embargo, los acreedores hipotecarios continúan desprotegidos porque no disponen de ninguna vía directa para conservar sus derechos y dependen de la voluntad de los adquirentes si deciden solicitar las *lettres de ratification* para poder asegurar sus derechos a través de las declaraciones.

El otorgamiento de las *lettres de ratification* supone respecto de los acreedores hipotecarios negligentes que sus derechos se extingan y, simultáneamente, por lo que respecta a los adquirentes, que la nueva propiedad

(156) El procedimiento, aunque menos complicado que el previsto en el caso de los decretos voluntarios, tampoco puede decirse que fuera sencillo. Con ocasión de cualquier transmisión de la propiedad de un bien inmueble, el adquirente, si quería purgar de hipotecas su nueva propiedad (art. 6), debía tomar las correspondientes *lettres de ratification*.

El proceso se iniciaba con el depósito del contrato en el Registro de la circunscripción donde se encontrara situado el bien. El encargado durante los tres días siguientes exponía en un tablero un extracto de dicho contrato de manera que pudiera ser conocido por todos (art. 8). En este resumen quedaba constancia tanto de la transmisión de la propiedad como de las condiciones de la cuantía del acto. Este extracto permanecía expuesto durante el plazo de dos meses, período en el cual no cabía el otorgamiento de ninguna *lettre de ratification*.

Durante este plazo todo acreedor del vendedor podía presentarse y pujar por el bien (art. 9). Y por otra parte, los acreedores con privilegio o hipoteca podían conservar sus derechos formalizando sus declaraciones antes de la venta o al menos durante los dos meses en los que estaba expuesto públicamente el extracto del contrato (art. 15). El efecto de las *oppositions* subsistía durante tres años, pudiendo los acreedores renovarlas al cabo de los mismos o con anterioridad a la extinción del plazo. Estas declaraciones eran recibidas y anotadas por los conservadores de hipotecas.

Transcurridos los dos meses, si no había sobrepuja por parte de cualquier acreedor, el conservador de hipotecas redactaba las *lettres de ratification* y antes de presentarlas para su sellado expresaba en el documento las declaraciones que se hubieran formulado (arts. 26 y 27). Finalmente, desde el momento del sellado de las *lettres*, el bien se encontraba definitivamente en poder de su adquirente, libre de toda carga hipotecaria que no hubiera sido manifestada a través de la *opposition*.

(157) Aunque el Edicto no dice nada, los autores entienden, por lo general, que afecta tanto a las adquisiciones a título oneroso como a las gratuitas, pese a que alguna jurisprudencia entendió que las *lettres de ratification* tan sólo podían ser concedidas en relación a las transmisiones onerosas. CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit...*, cit., pág. 23.

quede purgada de todos los derechos hipotecarios no manifestados públicamente en el plazo establecido (art. 7).

¿Cuáles son las novedades más interesantes que se introducen en el texto de 1771? En primer lugar, se suprimen las prácticas del *nantissement* o *saisines* (158) para la adquisición del derecho de hipoteca y para la determinación de la preferencia entre los diferentes derechos hipotecarios (arts. 35 y 36) (159); se deroga el uso de los decretos voluntarios como técnica de publicidad inmobiliaria, sustituyendo este procedimiento por el de las *lettres de ratification* (art. 37); se crea el oficio de conservador de hipotecas encargado de registrar todas las declaraciones que se formulen con motivo de la transmisión de la propiedad con anterioridad al sellado de las *lettres de ratification* (art. 2); se establecen unos nuevos derechos tributarios a satisfacer por los beneficiados del sistema, que se fijan en la tarifa anexa al Edicto (160); a diferencia del Edicto de 1673, la obtención de las *lettres de ratification* es voluntaria para el adquirente, con lo que se da un paso importante para la separación de la institución civil del registro y la fiscal de la tributación por la realización de ciertos actos sobre los bienes inmuebles.

A través del Edicto de junio de 1771 se protegen mejor los intereses de los adquirentes de bienes inmuebles, pero no los de los acreedores. Los adquirentes se benefician porque se les proporciona un medio más sencillo para conocer las hipotecas, que gravan los bienes que adquieren, que el previsto con los decretos voluntarios. De esta manera podían satisfacer el pago de la venta sin temor a verse inquietados en la nueva propiedad por la existencia de hipotecas desconocidas. En cambio, los acreedores se encuentran desprotegidos porque tan sólo se les da la posibilidad de defender sus derechos a través de la técnica de las declaraciones de derechos una vez

(158) Con este nombre se conocían en la parte meridional de Francia las mismas formalidades que en el norte y en el oeste se denominan *nantissement*. Ocurre, sin embargo, que la utilización de la expresión *saisine* para referirse a tales formalidades tiende a desaparecer porque, como ya ha quedado expuesto, en el sur de Francia estos mecanismos de publicidad desaparecen definitivamente con la Recepción del Derecho romano.

(159) Ni el Parlamento de Flandes ni el Consejo provincial de Artois registran el Edicto y por tanto en las zonas dependientes de los mismos la práctica del *nantissement* se mantiene. Por otra parte, este texto legal tampoco se aplica en Bretaña y esto permite la conservación de la *appropriance par bannies* hasta la Ley del año VII. Y en el Principado de Dombes se registra, con la excepción de los artículos 35 y 36 (*Lettres patentes du roi portant que l'édit du mois de juin 1771, qui a abrogé les Décrets volontaires, et les lettres patentes du 7 juillet suivant, seront exécutés dans la province de Dombes, à l'exception des articles XXXV et XXXVI dudit édit*, Compiègne, 15 de agosto de 1772, cit.). CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit...*, cit., págs. 155-156.

(160) *Tarif des droits qui se percevront pour la conservation des hypothèques sur les rentes constituées par les particuliers et sur leurs immeubles et de ceux qui seront levés sur les lettres de ratification qui purgeront ces hypothèques*, 2 de junio de 1771. Publicada en BROHARD, *Observations...*, cit., págs. 235-242.

que se ha expuesto el contrato de transmisión, por lo que no disponen de un mecanismo más seguro para la protección de sus derechos (161). Además, el hecho de realizar en primer lugar la declaración del derecho no concede al acreedor diligente ningún tipo de privilegio frente a los demás acreedores porque la preferencia entre los derechos hipotecarios se determina por la fecha del contrato y no por el momento de su publicidad.

El Edicto procede a la creación de una serie de nuevos oficios en cada circunscripción (*bailliages* y *sénéchaussées*). Cada cancillería consta de tres oficiales: conservador de hipotecas, guardasellos y escribano, constituyéndose esta cancillería con el único cometido de formalizar las *lettres de ratification*.

El Edicto afecta a los bienes inmuebles, reales y ficticios, que son objeto de transmisión, pero ¿qué se debe de entender por bienes inmuebles ficticios? En este concepto se incluían los derechos reales (162), por tanto, se podían purgar las hipotecas constituidas sobre los derechos reales.

¿Qué reacciones provocó este nuevo intento de publicidad inmobiliaria en los diferentes Parlamentos?

El Edicto de 1771 se registró sin dificultades en el Parlamento de París. Sin embargo, no ocurrió de la misma manera en el resto de los Parlamentos de provincia y la mayor parte de ellos remitieron observaciones sobre algunos aspectos del mismo; además, como ya he apuntado, los Parlamentos de Flandes y Artois se niegan a su registro, y en otras partes se registra, bien con el contenido inicial, bien con ciertas modificaciones (163).

Como ha clasificado EDGAR BLUM, las quejas de los Parlamentos se pueden agrupar en dos grandes categorías: aquellas que hacen referencia al contenido mismo del Edicto, y aquellas otras que constatan los concretos problemas que su aplicación plantea en la jurisdicción de cada Parlamento.

Las primeras tenían como objetivo cuestionar el régimen de publicidad inmobiliaria alegándose la ruina de los comerciantes a lo que conduciría la publicidad del estado de la propiedad inmueble; se reprocha también que se atiende tan sólo al interés de los adquirentes y se olvida el de los acreedores; asimismo se llama la atención sobre la desprotección de los menores, incapaces, mujeres bajo la potestad del marido a quienes no se dispensa de la obligación de formular *oppositions* (art. 17)

(161) El Edicto de 1771 tan sólo permite las *oppositions* dirigidas a conservar el dinero de la venta para ser empleado en el pago de los acreedores que han puesto de manifiesto su derecho *Ibidem*, págs. 11-12.

(162) CORAIL DE SAINTE-FOY, *Questions sur l'édit* ..., cit., pág. 27.

(163) Véanse las concretas circunstancias por las que atraviesa el Edicto en los diferentes Parlamentos en GRENIER, *Commentaire sur l'édit*..., cit., págs. 449-454, y BLUM, *Les essais*..., cit., págs. 143-147.

y, sobre todo, se critica este intento de publicidad por suponer un nuevo aumento de la carga fiscal (164).

En cuanto a los argumentos referidos especialmente a la aplicación del Edicto en cada una de las regiones, en términos generales se referían a la imposibilidad de aplicar el Edicto atendiendo sobre todo a consideraciones económicas de cada zona o a cuestiones relacionadas con el Derecho aplicable en cada territorio. Así, los Parlamentos de las regiones donde el Derecho romano tenía gran trascendencia alegaban que la hipoteca sólo podía extinguirse, sin mediar consentimiento del acreedor, por la prescripción. De lo que concluían que la institución de la purga era desconocida en estas regiones y, en consecuencia, no podía aplicarse en dichos territorios. Otros, como era el caso del Parlamento de Bretaña y los de las regiones del *nantissement*, recordaban los peculiares métodos de purga existentes en sus derechos que hacían innecesario el nuevo régimen previsto por el legislador (165).

Como colofón a esta exposición de las diferentes tentativas que durante los siglos XVI, XVII y XVIII pretenden hacer públicos algunos actos sobre los bienes inmuebles, y antes de abordar el tratamiento que el legislador revolucionario prevé para estas materias, creo conveniente realizar una breve síntesis de estos distintos intentos.

De los cinco planes de reforma (1553, 1581, 1673, 1703 y 1771) considero que el más perfecto, pese a que nunca se le ha reconocido tal virtualidad, fue el establecido en el Edicto de 1553. Dos hechos me inclinan a realizar esta afirmación. En primer lugar, se somete al mismo régimen de publicidad las transmisiones, *inter vivos* y *mortis causa*, y una parte importante de las hipotecas. Y con la insinuación y posterior inscripción quedan protegidos los adquirentes, los vendedores y los acreedores porque en los registros constatarían todos estos actos sobre la propiedad inmueble, aunque cierto es que restarían aún una importante laguna porque las hipotecas legales y judiciales permanecían en la clandestinidad. De esta manera, se favorecía el desarrollo del mercado inmobiliario y en el crediticio y, además, es el único Edicto que se elabora sin una finalidad fiscal.

De acuerdo con las previsiones del texto de 1581 también debían de someterse a publicidad las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos* y las hipotecas voluntarias, de manera que con el nuevo registro los adquirentes de bienes, los acreedores y los vendedores obtenían seguridad jurídica. Sin embargo, la creación del *droit de contrôle* dificulta que se acuda al registro a inscribir porque se intenta evitar el pago del impuesto. Por este carácter fiscal que tiene el texto legal es preferible el intento por alcanzar la publicidad de 1553.

(164) *Ibidem*, págs. 132-135.

(165) *Ibidem*, págs. 135-141.

En 1673 se restringe de manera importante los actos sometidos a publicidad, las transmisiones inmobiliarias permanecen en la clandestinidad y sólo para ciertos derechos hipotecarios y los usufructos se exige el cumplimiento de alguna formalidad que permita dar a conocer estos derechos sobre los bienes inmuebles. No sólo este hecho hace desmerecer el Edicto de 1673 en relación con el de 1553. Además, el mecanismo que se utiliza sólo sirve para beneficiar a los adquirentes, pero no a los acreedores porque éstos sólo pueden defender sus derechos en el momento mismo en que tiene lugar una transmisión, pero carecen de un mecanismo independiente del hecho de la transmisión que les permita por su propia iniciativa asegurar sus derechos. El régimen previsto provoca que si son negligentes o simplemente desconocen la transmisión que se va a realizar pierdan sus derechos. Además, de igual manera que el texto de 1581, el proyecto de COLBERT responde a una clara finalidad fiscal. Sin embargo, pese a estos aspectos negativos debe ser valorado positivamente en relación a dos cuestiones. Por una parte, representa la primera vez que en Francia se delimita el principio de especialidad hipotecaria, y por otra, se establece que la inscripción determine la preferencia entre los distintos derechos hipotecarios con efectos retroactivos a la fecha del contrato.

Con el Edicto de 1703, a diferencia del anterior, se pretende hacer públicas las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*, pero, en cambio, se deja en la clandestinidad todos los demás derechos inmobiliarios. Y, además, continuando con la tradición instaurada en 1581, su elaboración responde a motivos fiscales.

Finalmente, ¿qué se puede decir del Edicto de 1771? De entrada hay que valorar de manera positiva la intención de simplificar el mecanismo de purga de los decretos voluntarios. Sin embargo, esto no es suficiente para hacer público el estado de la propiedad inmueble porque aunque se protege a los adquirentes, que pueden purgar más fácilmente la nueva propiedad, los acreedores, del mismo modo que ocurrían con las previsiones de 1673, carecen de una vía independiente del hecho de la venta para poder proteger sus derechos. Además, su indefensión es aún mayor porque la toma de las *lettres de ratification* por parte de los adquirentes tiene carácter voluntario y, por tanto, si éstos no deciden solicitarlas los acreedores carecen de vía alguna para la protección de sus derechos. Y finalmente, de nuevo hay que criticar este texto legal por la confusión que se establece entre la institución civil del registro, de la publicidad inmobiliaria y la figura fiscal de cobro de un impuesto.

VI. EL SISTEMA HIPOTECARIO DEL PERIODO INTERMEDIO (1789-1804)

Inmediatamente después del triunfo de la Revolución se retoma la idea de la reforma hipotecaria y se elaboran dos textos legislativos que, sin embargo, por distintos motivos tampoco supusieron el definitivo sometimiento de la propiedad inmueble a los principios de publicidad y especialidad. El texto publicado en 1795 además de no consagrar adecuadamente estos principios nunca llegó a entrar en vigor porque su aplicación se fue retrasando en sucesivas ocasiones (166) hasta que se preparó la Ley de 1798 (167), y ésta no tuvo tiempo de alcanzar los frutos previstos porque con ocasión de la redacción del Código Civil se modificó de nuevo el sistema hipotecario, pese al adecuado régimen de publicidad previsto en la Ley del año VII.

Los legisladores revolucionarios suprimen por su carácter feudal la práctica del *nantissement* y la de las *appropriances par bannies*, durante la Convención se elabora la extensa Ley de 1795 que suprime las hipotecas tácitas o legales e introduce las cédulas hipotecarias o hipotecas sobre uno mismo y, finalmente, con la reforma hipotecaria del año VII, bajo el Directorio, se exige la transcripción de todos los actos traslativos de la propiedad, se establece un nuevo sistema de purga de las hipotecas, se declara que las hipotecas convencionales deben de ser expresamente estipuladas por las partes, se exige la especialidad de las hipotecas y se admiten de nuevo las hipotecas legales, aunque se prevé su inscripción de manera que dejan de ser tácitas convirtiéndose en expresas.

1. LA SUCESIÓN DEL «NANTISSEMENT» Y LA ADAPTACIÓN DEL EDICTO DE 1771 A LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Con ocasión de los *Cahiers de doléances* de 1789 se formulan algunas reclamaciones respecto del Edicto de 1771: en algunos de ellos se solicita su supresión y en otros la petición se limita a proponer su reforma mejo-

(166) *Décret contenant le Code Hypothécaire*, 9 Mesidor año III (=27 de junio de 1795), AN.AD/II/36, doc. 10. Publicado en DUVERGIER, *Collection des rapports...*, cit., 8, París, 1825, págs. 189-214.

Recuérdese que su ejecución se suspendió por las Leyes de 22 de octubre de 1795 (30 Vendimiario año IV), 17 de diciembre de 1795 (26 Frimario año IV), 9 de marzo de 1796 (19 Ventoso año IV), 29 de mayo de 1796 (10 Pradial año IV), 11 de agosto de 1796 (24 Termidor año IV) y 19 de octubre de 1796 (28 Vendimiario año V).

(167) *Loi sur le régime hypothécaire*. 11 Brumario año VII (=1 de noviembre de 1798), cit.

rando el procedimiento de publicidad de las enajenaciones, pero no existe un movimiento dirigido a reformar el régimen hipotecario desde nuevos planteamientos (168). Hay que esperar a la legislación revolucionaria para observar ciertos cambios en esta tendencia (169).

Distintos proyectos se presentan a las primeras asambleas revolucionarias (Asamblea Constituyente y Asamblea Legislativa) para extender a toda Francia los principios de publicidad y especialidad de la propiedad inmueble. No obstante, en un primer momento, los revolucionarios se limitan a suprimir las formalidades del *nantissement*, en atención al origen feudal de las mismas, sustituyéndolas por la transcripción de todos los contratos de transmisión de la propiedad o de hipoteca en los registros de los Tribunales del distrito (170), y a transferir a estos mismos Tribunales el sellado de las *lettres de ratification* establecidas por el Edicto de 1771 (171).

(168) BLUM, *Les essais ...*, cit., págs. 199-200.

(169) En este sentido, BUISSON señala acertadamente cómo en el momento siguiente al triunfo revolucionario se da una circunstancia que facilita la reforma hipotecaria: los Parlamentos, que tanta insistencia había opuesto a la modificación del régimen de publicidad, se suprimen. BUISSON, *La publicité...*, cit., pág. 19.

Los Parlamentos no sólo se manifestaron hostiles a las reformas hipotecarias, sino, en general, a cualquier tipo de modificación de la estructura del Antiguo Régimen. Esta actitud inquietaba a los constituyentes y por ello a través de una Ley de 3 de noviembre de 1789 se suprimen los antiguos Parlamentos. GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., pág. 144.

(170) Ley de 19-27 de septiembre de 1790.

(171) *Décret concernant les conservateurs des hypothèques, les greffiers expéditionnaires, et l'exercice des chancelleries établies près les tribunaux de district, pour le sceau des lettres de ratification*, 27 de enero-4 de febrero de 1791. AN/AD/II/36, doc. 3. Publicado en DUVERGIER, *Collection...*, cit., 2, París, 1824, págs. 211-212.

Las medidas contenidas en este texto se adoptan después de haber escuchado la Asamblea Nacional el 24 de diciembre de 1790 el informe hecho por MERLIN en nombre del Comité de Constitución sobre las cancelías de hipotecas y de insinuaciones. Este informe versaba sobre los inconvenientes que se derivaban de la nueva organización judicial y de la administración de hipotecas que se recogía en el *Décret contenant l'organisation de l'ordre judiciaire et qui traité de la suppression des anciens officiers et tribunaux*, 6-7 de septiembre de 1790.

Los problemas se planteaban en relación a la administración hipotecaria porque los Oficios de hipotecas y de escribano expedicionario de las *lettres de ratification* se habían creado en 1771 con el carácter de hereditarios y así se habían configurado en la mayor parte de los lugares y, como consecuencia de la nueva organización judicial, algunos de ellos desaparecían y esto provocaba las quejas de sus titulares. AN/AD/II/36, doc. 2.

Los dos artículos del texto que ocasionaban el problema eran los artículos 22 y 23. Art. 22: «*Quant aux chancelleries créées par l'édit du mois de juin 1771, près les sièges royaux, il en sera provisoirement établi une près chacun des tribunaux de district à l'effet de sceller les lettres de ratification pour tout son ressort*».

Art. 23: «*En conséquence, lorsque dans le ressort d'un tribunal de district, il ne se trouvera qu'une desdites chancelleries, elle sera transférée près ce tribunal. S'il s'en trouve plusieurs, le plus ancien des conservateurs des hypothèques et le plus ancien des*

Por tanto, en un primer momento, no se suspende la vigencia del Edicto de 1771 que continúa en vigor hasta la entrada de la Ley de 1798 porque, aunque en teoría el texto de 1795 sustituye el régimen previsto en 1771, lo cierto es que, como este texto no llega a estar en aplicación, la técnica de las *lettres de ratification* perdura hasta la Ley del año VII.

Todo esto provoca que en este período existan distintos regímenes de publicidad inmobiliaria en las regiones donde anteriormente se encontraban en vigor las formalidades del *nantissement* y en el resto de Francia. En las primeras se establece desde 1791 como técnica de publicidad inmobiliaria la transcripción de los contratos, de los transmisivos de la propiedad y de los constitutivos de hipoteca, en los registros de los Tribunales de distrito; mientras que en el resto del territorio se mantiene el régimen establecido en el Edicto de 1771, con la única variante consistente en que a partir de entonces las *lettres de ratification* deben ser selladas por los Tribunales de distrito.

Entre los proyectos que se proponen a la Asamblea constituyente para reformar el régimen de publicidad inmobiliaria se encuentra el presentado el 4 de enero de 1791 por el ciudadano MENGIN (172) y el preparado por los *Comités des contributions et de constitution* (173). El plan de hipoteca que propone MENGIN se divide en tres leyes. La primera tiene como objeto procurar la estimación completa y auténtica de los bienes inmuebles; la segunda, determina las hipotecas existentes sobre cada propiedad a través de la vía de las declaraciones; y la tercera establecer un nuevo orden de prelación a los créditos. El segundo trabajo citado, dividido en seis partes, fijaba los medios a través de los que se podía adquirir hipoteca, los mecanismos proporcionados a los adquirentes para la purga de las hipotecas existentes sobre sus nuevas propiedades, los medios para asegurar la liquidación de los acreedores, el régimen de las declaraciones de derechos y la organización de la oficina de hipotecas.

Pese al interés que despertaron estos trabajos quedaron abandonados porque la Asamblea Constituyente no tuvo tiempo de discutirlos. Esto conduce a que la Asamblea legislativa retome esta tarea aunque sin obtener resultados inmediatos. El principal trabajo de esta Asamblea es el elaborado por uno de sus miembros. VEIRIEU, quien prepara un Proyecto de reforma hipotecaria (174).

greffiers expéditionnaires, eront préférence admis à l'exercice de la chancellerie qui sera établie près le tribunal de district Dans l'un et l'autre cas, l'office de garde des sceaux sera, en vertu du présent décret et sans qu'il soit besoin de provisions ni se commissions particulières, exercé gratuitement, à tour de rôle et suivant l'ordre du tableau, par les juges du tribunal de district, le tout sauf à statuer par la suite ce qu'il appartiendra pour le département de Paris, et sans rien innover à l'égard des anciens ressorts des cours supérieures, quin'ont pas en registre l'édu du mois de juin 1771».

(172) MENGIN, *Nouveau plan d'hypothèque*. AN.AD/II/36 b, doc. 1.

(173) AN.AD/II/36, doc. 5.

(174) VEIRIEU, «Projet d'un Code hypothécaire», publicado en *Collection générale des rapport...*, cit., I, págs. 118-143.

2. LA HOMOGENEIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA A TRAVÉS
DE LA LEY 9 MESIDOR AÑO III Y LA LEY 11 BRUMARIO AÑO VII

La Convención mantiene la idea de reformar el régimen hipotecario tanto en su aspecto civil como en el fiscal tomando como punto de partida los trabajos anteriores de MENGIN y de VEIRIEU. El resultado es el Decreto de 27 de junio de 1795 (9 Mesidor año III) que, como ya he señalado en más de una ocasión, no llega a entrar en vigor, y el Decreto de la misma fecha sobre las declaraciones inmobiliarias (175). Las reformas pretendidas por la Convención son sometidas a profundas críticas lo que provoca que bajo el Directorio de manera paulatina se vaya actuando contra la legislación de la etapa anterior. Finalmente, la Ley de 11 Brumario año VII supone el definitivo abandono del régimen del año III y la consagración de los principios de publicidad y especialidad aunque, como habrá ocasión de constatar, por muy poco tiempo y limitados a las hipotecas, a algunos privilegios y a las transmisiones inmobiliarias.

A) *El caótico y contradictorio régimen de la Ley 9 Mesidor año III: su inaplicación*

La principal finalidad del texto de 1795 es el desarrollo del crédito inmobiliario proporcionando a los acreedores una garantía segura sobre los bienes de sus deudores (176). Objetivo que se pretende conseguir a través de la máxima movilización del suelo con la fórmula de las cédulas hipotecarias. Sin embargo, el resultado es una Ley compleja que introduce numerosas novedades en relación con el régimen entonces en vigor y con importantes lagunas y contradicciones que dan pie a numerosas críticas que, en última instancia, impedirán su entrada en aplicación.

Sus redactores deseaban fomentar el crédito hipotecario; sin embargo, organizan un deficiente sistema, incapaz de potenciar el cumplimiento de esta finalidad: establecen la publicidad y la especialidad de las hipotecas de manera defectuosa e insuficiente y mantienen en la clandestinidad las transmisiones de la propiedad porque con las declaraciones inmobiliarias que se exigen es impensable considerar que se pudiera dotar de publicidad las transmisiones inmobiliarias.

En la sesión del 14 de septiembre de 1792 del Comité de legislación encargado de la elaboración del Código francés, VEIRIEU defiende su proyecto señalando las ventajas que del mismo se van a derivar para la agricultura, el comercio, la industria, las finanzas... (El informe de VEIRIEU, *ibidem*, págs. 1-118, y su discusión, págs. 143-149).

(175) *Décret sur les déclarations foncières*, 9 Mesidor año III (27 de junio de 1795). DUVERGIER, *Collection...*, cit., 8, París, 1825, págs. 214-219

(176) SAGNAC, *La législation civile...*, cit., pág. 206.

En principio, la publicidad hipotecaria recibe un importante impulso con la supresión de las hipotecas legales o tácitas (arts. 3 y 17), aunque, curiosamente, esta novedad constituya una de las principales críticas que se le realizan porque se entiende que los menores, las mujeres y los incapaces, a favor de quienes hasta ese momento se habían reconocido la mayor parte de las hipotecas tácitas, quedan desprotegidos.

Como estoy señalando, de entrada parece que se consagra la publicidad de las hipotecas porque para su constitución se exige la correspondiente inscripción (arts. 3 y 19); sin embargo, este planteamiento inicial se matiza de manera incomprensible a través de otras previsiones.

De acuerdo con el artículo 25 las hipotecas pueden inscribirse en cualquier distrito con independencia de que en el mismo deudor posea alguna propiedad; como consecuencia de ello, ¿de qué manera puede un futuro comprador o un acreedor comprobar las hipotecas que existen sobre el bien que desea adquirir o que se le ofrece como garantía? Para estar seguros de este extremo y decidirse a comprar o a otorgar el préstamo sin temor a ver defraudadas sus expectativas tendrían que acudir a todos los Registros de todas las circunscripciones del territorio francés para realizar la correspondiente comprobación. Evidentemente, se trata de una labor impracticable, de lo que se deriva que la Ley del año III no proporciona en este aspecto ninguna seguridad a compradores y acreedores.

Por otra parte, el orden de preferencia entre las hipotecas constituidas sobre un mismo bien se determina por la fecha del acto constitutivo si se inscribe en el mes siguiente a su perfeccionamiento. Es decir, que un acreedor hipotecario que confía, pese a lo anteriormente señalado, en el contenido del Registro puede encontrarse con el hecho de que su hipoteca ocupa un orden posterior a la de otros acreedores aunque se haya inscrito con anterioridad porque su prelación no se fija por la fecha de la inscripción sino por la de su constitución, pudiendo existir un mes de diferencia entre una fecha y otra (art. 22).

Estas son las principales deficiencias que se observan en relación a la publicidad de las hipotecas; veamos las que afectan a la especialidad. Este principio supone, de entrada, dos cosas: que no se constituyen hipotecas sino sobre bienes concretos y expresamente determinados, y que estas hipotecas no garantizan deudas indefinidas, sino que el montante de la obligación consta expresamente. Pues bien, en relación a esta cuestión, en el texto de 1795, de la misma manera que ha quedado señalado en relación a la publicidad de las hipotecas, también existen contradicciones entre los preceptos que tratan acerca de la especialidad. En algunos aspectos se acoge la especialidad de las hipotecas, pero en el resto se prescinde de este principio. De manera absolutamente contraria al mismo, el legislador mantiene las hipotecas sobre los bienes presentes y futuros del deudor en todos

los tipos de hipotecas, tanto en las voluntarias como en las obligatorias (arts. 8 y 11). Esta situación se complica con la previsión inserta en el artículo 26, de acuerdo con la cual no sólo el deudor que así lo desee puede hipotecar de manera general todos sus bienes presentes y futuros, sino que, además, por mandato legal toda hipoteca inscrita se extiende automáticamente sobre todos los bienes presentes y futuros del obligado o condenado situados sobre la circunscripción de la conservaduría de hipotecas. Respecto de esta cuestión sólo se prevé una excepción: en el caso de las cédulas hipotecarias es obligatoria la determinación de los bienes objeto de garantía.

Por el contrario, sí se prevé la especialidad en relación a la cuantía de la deuda que garantiza (art. 16). De esto se deriva una situación grotesca porque los terceros conocerán el montante de la deuda, pero no podrán saber con certeza qué bienes son los que quedan gravados como garantía de esa obligación, cuando, a mi juicio, aun siendo muy importantes ambos extremos, considero que es más conveniente saber qué bienes están sujetos al cumplimiento de una obligación que la cantidad que aseguran.

La previsión más novedosa del Código de 1795 son las cédulas hipotecarias (177). Todo propietario puede tomar hipoteca sobre sí mismo hasta un montante de tres cuartas partes el valor de los bienes que posea en ese momento y designados en el documento (este es el supuesto en el que se prevé la especialidad en relación a los bienes sujetos como garantía) a través de cédulas transmisibles por endoso como si se tratara de letras de cambio y reembolsables en el plazo máximo de diez años (arts. 36-83) (178). Este régimen de movilización del suelo supone que la tierra se convierte en un valor que puede circular como si se tratara de papel dinero (179). Este sistema de cédulas, del mismo modo que otros aspectos de la Ley, es objeto de numerosas críticas; principalmente se temía que en un momento de tanta agitación social, política y económica los poseedores de bienes inmuebles recurrieran con frecuencia a este mecanismo para pedir dinero a préstamo y para transmitir sus bienes, con el peligro de que fuera el Banco hipotecario quien finalmente se quedara con la mayor parte de los bienes (180).

(177) La introducción de estas cédulas en Francia se debe a MENGIN, quien había constatado en Prusia los positivos efectos que de las mismas se derivaban para el fomento del crédito. Discusión de la Sección del Comité de Legislación encargado de la elaboración del Código francés. Intervención de VEIRIEU Sesión de 14 de septiembre de 1792. *Collection générale des rapport...*, cit., I, págs. 143-145.

(178) La hipoteca sobre sí mismo representaría un derecho pignoraticio sobre los bienes inmuebles independiente de toda obligación personal anterior o futura.

(179) SAGNAC, *La législation civile...*, cit., pág. 207.

(180) Entre los principales defensores del sistema cédular se encuentra el ciudadano JOHANOT, que en nombre de los Comités de Salud Pública, de Legislación y de Finanzas lee ante la Convención el informe preparado sobre el Proyecto de Código

¿Qué se prevé en el Código Hipotecario de 1795 en relación a la publicidad de las transmisiones inmobiliarias? El régimen previsto para las mismas es manifiestamente insuficiente porque únicamente se establecen ciertas medidas que no constituyen un auténtico mecanismo de publicidad y, en consecuencia, no se ofrecen las suficientes garantías ni a los posibles compradores ni a los acreedores. Por una parte, se exige un acto público para la formalización de toda transmisión de la propiedad, lo que obliga a toda transmisión hecha de manera verbal o por un acto privado deba ser reconocida por oficiales públicos para que sea válida (art. 100). Por otra parte, toda transmisión voluntaria o forzosa (*expropriation volontaire ou forcée*) tiene que ser precedida de la correspondiente declaración inmobiliaria acerca de los bienes objeto de transmisión (art. 99). Y finalmente, para que todo adquirente, tanto por vía onerosa como gratuita, se convierta en un propietario inatacable protegido contra cualquier reclamación de terceros, durante el mes siguiente a la fecha del acto debe notificar y depositar una *expedition* del mismo en cada una de las oficinas de hipotecas de la circunscripción donde se encuentran sitios los bienes, y asimismo satisfacer en el mes siguiente las deudas y cédulas hipotecarias anteriores o bien depositar su importe (art. 105). La finalidad que se persigue con este régimen es facilitar el inmediato pago de las cargas que pesan sobre la propiedad inmueble, pero no hacer público el estado de la misma. De esta manera, todos los créditos hipotecarios son exigibles desde el momento en que tiene lugar la transmisión voluntaria o forzosa de los bienes gravados.

Las declaraciones inmobiliarias constituyen junto al sistema de las cédulas hipotecarias la principal novedad que se pretende introducir en 1795. Constituyen un mecanismo para hacer público el estado de la propiedad, pero un procedimiento insuficiente porque ¿de qué manera se puede estar seguro de que los datos proporcionados por los propietarios son ciertos si no existe ninguna prueba de ello? (181).

La organización de los Registros tampoco es sencilla en el Decreto 1795 porque en cada conservaduría de hipotecas existen hasta seis Registros diferentes con sus correspondientes libros, de lo que se deriva que los datos

Hipotecario que presentan y que se basa en la publicidad de las hipotecas y en la posibilidad de tomar hipotecas sobre sí mismo. La Comisión de Finanzas presenta este proyecto en la sesión de 26 Germinal año III (15 de abril de 1795). AN.AD/II/36, doc. 8, págs. 1-64,

(181) El régimen de estas declaraciones inmobiliarias no era ni mucho menos uniforme. Mientras que en el caso de las transmisiones era obligatorio, en relación a las hipotecas su formalización dependía de la voluntad del acreedor y para la constitución de la hipoteca sobre sí mismo, que servía para la emisión de las cédulas hipotecarias y la declaración inmobiliaria era obligatoria.

El régimen de las declaraciones inmobiliarias se prevé en *Décret sur les déclarations foncières* 9 Mesidor año III (27 de junio de 1795), cit.

que afectan a cada propiedad se encuentran muy dispersos aún en el caso de que las inscripciones se realicen en la oficina del lugar donde se encuentran situados los bienes inmuebles. Se crea un Registro para las declaraciones inmobiliarias, otro para los actos traslativos de propiedad tanto voluntarios como forzosos, y los otros para las inscripciones hipotecarias, las hipotecas sobre sí mismo, las notificaciones a los acreedores y para las cancelaciones. Había también un libro que constitutía una especie de resumen o extracto de los anteriores (art. 223).

Después de todo lo señalado, la valoración que se realice del Decreto de 1795 no puede ser sino negativa, lo que permite comprender las numerosas reacciones contrarias que provocó y los sucesivos aplazamientos a su entrada en vigor. Si el anterior régimen era negativo por la clandestinidad que suponía, el nuevo sistema que se intenta establecer es, sin duda, mucho peor porque si el total desconocimiento del estado de la propiedad inmueble es criticable por los numerosos problemas que causa, aún es peor un régimen tan incoherente como el previsto en esta ocasión porque la incertidumbre es absoluta. Sin embargo, como señaló BUISSON, hay que reconocerle el mérito de preparar el camino para la inmediata reforma del año VII (182).

B) *La Ley de 11 Brumario año VII: la relevante importancia otorgada a la publicidad y a la especialidad inmobiliaria*

El legislador francés, consciente de la imposibilidad de ejecutar el régimen hipotecario previsto en la Ley de 1795, inicia la elaboración de un nuevo texto legal que, finalmente, constituye la Ley de 11 Brumario año VII, que es el resultado de alrededor de tres años de trabajos. En este tiempo numerosas resoluciones fueron adoptadas por el Consejo de los Quinientos y reformadas por el de los Ancianos (183), lo que provocó que paralelamente se prepararan diversos informes por parte de los miembros de ambos cuerpos. Todo este material, que resulta imprescindible para comprender el contenido de la Ley del año VII, se encuentra depositado en los

(182) BUISSON, *La publicité...*, cit.

(183) En la Constitución del año III el poder legislativo se divide en dos Cámaras. Las dos Cámaras eran elegidas por tres años renovables por terceras partes todos los años. Las diferencias entre ambos cuerpos se debían al número, edad y condiciones de elegibilidad de sus miembros. El *Conseil des Cinq-cents* ostentaba la facultad de la iniciativa legislativa, votando los proyectos de Ley después de tres lecturas hechas con diez días de intervalo. Mientras que el *Conseil des Anciens* aprobaba o rechazaba después de tres lecturas los proyectos de Ley votados por el Consejo de los quinientos, pero no tenía capacidad ni para iniciar el trámite de un texto legal ni para introducir enmiendas en el texto votado en la otra Cámara. En relación a estos dos órganos véase GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., págs. 462-464.

Archivos Nacionales de Francia y, dado que todos ellos se dieron a la imprenta, se encuentran también recogidos en la obra ya citada, en la que se publican todos los informes que sobre materia hipotecaria se elaboraron desde 1792 y hasta el año VII (184).

El texto legal de 1798 hay que situarlo en el marco del proceso codificador civil francés. Hasta el momento en que se promulga el Código Civil francés y desde 1790 se suceden cinco Proyectos de Código. Las dificultades que se plantean y que impiden la formación de un texto de leyes civiles conduce a la elaboración y publicación de ciertas leyes independientes acerca de aquellas materias que demandan una inmediata reforma. Precisamente, el texto hipotecario de 1798 tiene su origen en este planteamiento.

JACQUEMINOT (185), miembro del Consejo de los Quinientos, es el encargado de presentar dos resoluciones a través de las que se pretende mejorar el texto de la Ley del año III. El nuevo trabajo parte de dos principios básicos: la publicidad de todas las hipotecas y de todas las mutaciones de propiedad, y la especialidad de las hipotecas. La importancia del informe presentado por JACQUEMINOT es mayor que la de otros porque, finalmente, sus previsiones pasan a formar parte de la Ley de 1798 (186).

La publicidad se alcanzaría a través de la correspondiente inscripción registral, inscripción que, por otra parte, a diferencia de lo previsto en 1795, determinaría el rango entre las distintas hipotecas. También a diferencia de la anterior legislación JACQUEMINOT defiende la necesidad de que las inscripciones se realicen en el Registro del distrito de situación de los bienes inmuebles (187). La inscripción de las hipotecas voluntarias y de las judiciales no plantea ninguna discusión. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, se planteó el debate en relación a las hipotecas de los menores y de las mujeres, porque JACQUEMINOT, ferviente partidario de la publicidad, sometía al requisito de la inscripción estas hipotecas (188). El principio de especialidad planteó una mayor controversia, alegándose por sus detractores las dificultades que se plantearían en el momento de pasar del antiguo al nuevo régimen y los inconvenientes que se derivarían para los deudores al ver reducidas considerablemente las garantías que pueden ofrecer...

A estas alegaciones el autor del informe opone la necesidad de establecer la especialidad como principio inseparable del de publicidad como

(184) *Collection générale des rapport ...*, cit.

(185) *Rapport par Jacqueminot sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées*. 21 Mesidor año VI (9 de julio de 1798). AN.AD/II/36, doc. 70, publicado en *Collection générale des rapport...*, cit., IV, págs. 1-62.

(186) JACQUEMINOT no actuó en solitario, formaba parte de una Comisión compuesta además por BERGIER, RION, TROVILLE, WOUSSEN y GRENIER. *Ibidem*, pág. 5.

(187) *Ibidem*, págs. 12-13.

(188) *Ibidem*, págs. 15-16

medio de favorecer a los peticionarios de crédito dotando de suficiente seguridad a sus acreedores (189). Finalmente, JACQUEMINOT considera inseparables la publicidad de las transmisiones de bienes inmuebles y la publicidad de las hipotecas porque ambas informaciones resultan imprescindibles para el acreedor y para el comprador, porque éstos no sólo deben conocer las cargas que puedan pesar sobre el bien inmueble, sino que, además, deben de tener la seguridad de que quien aparece como su propietario es efectivamente su titular (190).

Por su parte, las intervenciones de los miembros del Consejo de Ancianos, BOUTEVILLE (191), LEMERCIER (192) y CORNUDET (193), se dirigen fundamentalmente a justificar la conveniencia de la adopción del principio de especialidad de las hipotecas.

El texto de la Ley de 1 de noviembre de 1798 es sensiblemente más breve que el texto anterior y regula el régimen de las hipotecas y de los privilegios, el procedimiento para la consolidación y purga de las transmisiones de propiedad, el régimen de publicidad de los libros de las conservadurías de hipotecas y un régimen transitorio para los derechos constituidos con anterioridad a su promulgación (194). Como ya he señalado, constituye la primera oportunidad en la que el régimen de la propiedad inmueble en Francia se asienta sobre la base de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias y de las hipotecas y en la especialidad de éstas.

La publicidad de los actos traslativos de la propiedad se consagra en el artículo 26 a través de la transcripción de los mismos en los Registros de la conservaduría de hipotecas. El texto legal no diferencia entre las transmisiones a título oneroso y a título gratuito; en consecuencia, se debe entender que las enajenaciones gratuitas también se someten al requisito de la transcripción. Además, dado que no se deroga la insinuación, que en el Derecho francés desde el siglo xvi se venía exigiendo para las donaciones,

(189) *Ibidem*, págs. 17-25.

(190) *Ibidem*, págs. 25-30.

(191) «*Rapport pour Boutevillé*». Primer día complementario del año VI (17 de septiembre de 1798). *Collection générale des rapports...*, cit., IV, págs. 62-84.

(192) «*Opinion de Lemerrier, sur la résolution du 24 Thermidor an 6, relative au régime hypothécaire*». 26 Vendimiario año VII (17 de octubre de 1798). AN.AD/II/36, doc. 95, publicado en *Collection générale des rapports...*, cit., IV, págs. 110-115.

(193) «*Opinion de Cornudet, sur la résolution du 24 Thermidor an 6, relative au régime hypothécaire*». 4 Brumario año VII (25 de octubre de 1798). AN.AD/II/36, doc. 102, publicado en *Collection générale des rapports...*, cit., IV, págs. 162-171.

(194) Este texto legal se completa con otra Ley de la misma fecha sobre el régimen hipotecario en relación con las expropiaciones forzosas. *Loi sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées*. 11 Brumario año VII (1 de noviembre de 1798). DUVERGIER, *Collection...*, cit., 11, París, 1825, págs. 29-35.

sucede que las transmisiones gratuitas hechas por vía de donación se encuentran sometidas a dos formas de publicidad (195).

Los efectos más importantes, que de acuerdo con la Ley de 1798, se derivan de la transcripción de las transmisiones de dominio son dos. En primer lugar, la fecha de la transcripción determina el momento a partir del cual la transmisión de la propiedad puede ser oponible a terceros. Por tanto, se le atribuyen efectos frente a terceros pero no entre las partes para quienes la transmisión es perfecta desde el momento de la celebración del contrato, es decir, desde el otorgamiento del consentimiento. Y en segundo término, la transcripción desempeña un papel fundamental en orden a la purga de las hipotecas. La transcripción de las enajenaciones de bienes inmuebles se configura como un requisito necesario para la purga de las hipotecas inscritas porque el adquirente que procede a la transcripción del contrato de transmisión queda libre de todas las hipotecas no inscritas (arts. 28 y 3).

La publicidad de las hipotecas constituye el segundo pilar de la Ley del año VII. De acuerdo con los artículos 2 y 3 el derecho de hipoteca nace tras su inscripción en el Registro. En consonancia con esta previsión, separándose del texto del año III, el rango de las hipotecas se determina no por la fecha de celebración del acto que posibilita la constitución de la hipoteca, sino por la fecha de su inscripción que coincide con el momento en el que el derecho hipotecario se constituye. También, y de manera acertada, se distancia de las previsiones del Decreto de 1795 y establece que la inscripción se realice en el Registro del distrito en el que se encuentren situados los bienes inmuebles (arts. 16 y 26).

El legislador del Directorio pretende consagrar de la manera más absoluta el principio de la publicidad de las hipotecas, razón por la que suprime las hipotecas legales tácitas e introduce las hipotecas legales expresas. De esta manera, las hipotecas legales, las convencionales y las judiciales quedan sujetas a la inscripción para tener eficacia jurídica (art. 3).

La publicidad de la Ley de 1798 es de carácter personal, de manera que las transmisiones de la propiedad y las inscripciones hipotecarias se hacen en función del titular del bien y no en base a éste. Esto obliga a que para conocer las anteriores hipotecas existentes sobre un concreto bien sea preciso acudir a la información conservada en el Registro para cada uno de los anteriores propietarios. Este modo de organizar el Registro tiene un grave inconveniente: el desconocimiento de uno solo de los anteriores propietarios hace ineficaz la publicidad.

(195) De distintas resoluciones judiciales, así como de la intervención de JOLLIVET con ocasión de la discusión del régimen de publicidad de las donaciones del Código Civil se deduce que, en términos generales, el artículo 26 de la Ley del año VII se interpretó de manera amplia, sometiendo a transcripción las enajenaciones por vía de donación. BUISSON, *La publicité...*, cit., págs. 67-68.

Las principales objeciones que se formularon a la Ley de 1798 se dirigieron contra el principio de especialidad. Principio que el texto asume tanto en el momento de la perfección del contrato como en el de la inscripción, aunque a través de ciertas previsiones queda un tanto matizado (art. 4); no obstante, en consonancia con el mismo desaparecen en el texto legal del Directorio las hipotecas de bienes futuros (art. 4), sujetándose a esta regla todas las clases de hipotecas, tanto las voluntarias como las judiciales y las legales.

La especialidad en el momento de la inscripción se recoge en el artículo 17 que fija la necesidad de determinar el capital y los accesorios de la deuda garantizada con la hipoteca, incluyendo la evaluación de las deudas indeterminadas y los concretos bienes que quedan sujetos como garantía. Sin embargo, establece algunas excepciones de manera que en las hipotecas legales y en las judiciales no es necesario determinar los bienes gravados. Además, en el supuesto de las hipotecas legales y de conformidad con el artículo 21 no es necesario ni siquiera fijar la cuantía de la deuda que se garantiza.

Después de todo lo señalado en relación a los dos textos revolucionarios en materia de publicidad inmobiliaria, la conclusión es que se produce un verdadero avance con el texto de 1798 desde el momento en que se consagra la publicidad y la especialidad de las transmisiones de bienes inmuebles, de las hipotecas y de algunos privilegios, aunque a diferencia de lo que se establece en las legislaciones germánicas no se constituye un registro de los bienes inmuebles y muchos actos que afectan a éstos permanecen en la clandestinidad. Con este texto legal recibían una efectiva protección los adquirentes y los acreedores a través de un sistema sencillo sobre la base de la transcripción y de la inscripción, según los casos, de todos los actos referidos a la propiedad inmueble.

VII. EL SISTEMA HIPOTECARIO MIXTO FRANCES ESTABLECIDO EN EL CODIGO DE 1804 Y EN LA LEY DE TRANSCRIPCION DE 1855

El contenido hipotecario del Código y de la Ley de Transcripción de 1855 constituyen, desde mi punto de vista y de acuerdo con el contenido de esta investigación, como ya he señalado, el régimen hipotecario francés o mixto. Con motivo de la elaboración del Código Civil napoleónico se reforma de nuevo el régimen de publicidad inmobiliaria, permaneciendo en la clandestinidad las transmisiones inmobiliarias, con la excepción de las donaciones y otros derechos sobre inmuebles, entre los que se encuentran algunas hipotecas legales tácitas. Estas carencias exigen al poco tiempo una

modificación del contenido hipotecario del Código, alteración que tiene lugar en 1855 aunque posteriormente sea sometido a nuevos cambios, principalmente en 1955.

Antes de profundizar en las previsiones de publicidad inmobiliaria del Código, creo que puede ser oportuna una brevísima referencia a su complicado proceso de formación. La Asamblea constituyente acuerda la elaboración de un código de leyes civiles, labor que, sin embargo, no concluye y que a continuación retoma la Asamblea Legislativa, sin que tampoco en esta ocasión se pueda finalizar la empresa, por lo que hasta la Convención Nacional no es posible dar el impulso definitivo al proceso codificador civil. El primer Proyecto de Código Civil lleva como fecha el 9 de agosto de 1793. Durante su discusión se le reprocha el excesivo carácter legal y por ello se decide que sea revisado por seis filósofos. Esta Comisión no finaliza el trabajo encomendado y el Comité de Legislación presenta un nuevo Proyecto de Código Civil el 23 Fructidor año II (9 de septiembre de 1794), que tampoco se discute en su totalidad. Esto hace necesario un tercer Proyecto que se presenta al Consejo de los Quinientos el 24 Pradial año IV (14 de junio de 1796), trabajo propuesto por CAMBACÈRES y en cuya elaboración intervienen también COUTHON y MERLIN DE DOUAI, que fracasa del mismo modo que los anteriores, corriendo la misma suerte el siguiente Proyecto presentado por JACQUEMINOT. Finalmente, el 12 de agosto de 1800 (24 Termidor año VIII) PORTALIS, TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEU y MALLEVILLE reciben en el cargo de redactar un nuevo Proyecto de Código Civil (196), que elaborado en cuatro meses se imprime el 1 Pluvioso año IX (21 de enero de 1801).

Discutido por el Consejo de Estado, el *Tribunar* (197) y votado en el Cuerpo Legislativo (198), por fin el 30 Ventoso (21 de marzo de 1804), después de haber sido sucesivamente votado y promulgado por Títulos, el Código Civil se aprueba en su conjunto (199).

(196) PORTALIS era en aquel momento Comisario del Gobierno en el Consejo de *prises*; TRONCHET era el Presidente del Tribunal de Casación y había sido el defensor de LUIS XVI ante la Convención; BIGOT DE PRÉAMENEU, antiguo Abogado, ocupaba el cargo de Comisario del Gobierno cerca del Tribunal de Casación, y MALLEVILLE era miembro de este mismo Tribunal. SAGNAC, *La législation civile...*, cit., pág. 54.

(197) En la Constitución del año VIII el poder legislativo se encontraba dividido entre los Cónsules, quienes ostentaban la iniciativa legislativa; el *Tribunal*, que discutía los Proyectos del Gobierno y el Cuerpo legislativo que los aprobaba o rechazaba, y el Senado, que controlaba la constitucionalidad de las leyes. En torno a la institución del Tribunal véase GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., págs. 565-567.

(198) Para comprender el papel desempeñado por el *Corpus législatif* véase en la misma obra citada en la nota anterior, págs. 567-569.

(199) *Ibidem*, págs. 47-55.

Los textos de estos cinco proyectos de Código Civil se publican por FENET, *Recueil...*, cit., I y II.

1. EL CÓDIGO DE 1804: UN NUEVO RETROCESO EN EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

El Código Civil en materia hipotecaria supone, como va a quedar expuesto en las próximas páginas, un retroceso si se compara con el importante avance que había supuesto la Ley de 1798, tendencia que se observa ya en el Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil (200). PORTALIS entiende que las últimas leyes hipotecarias francesas, se refiere por tanto a los textos de 1795 y de 1798, son extremosas porque aunque es necesario que la legislación hipotecaria proporcione seguridad en relación a los bienes inmuebles, no es conveniente excederse en las precauciones que se adopten para evitar la clandestinidad de la situación de tales bienes. En su opinión, si se multiplican las formalidades, la protección que se proporciona a los ciudadanos no resulta positiva. Este planteamiento, que se plasma también el contenido del Código Civil, conduce al establecimiento de un régimen hipotecario más moderado que el previsto, sobre todo, en la Ley de 1798.

Los redactores del Código Civil deben elegir en materia hipotecaria entre tres sistemas de publicidad inmobiliaria diferentes: el de inspiración romana defendido por PORTALIS; el establecido en la Ley de Brumario del año VII, entonces en vigor, que consagra la publicidad y la especialidad en relación a las transmisiones de bienes inmuebles, las hipotecas y ciertos privilegios, que es el defendido por el Consejo de Estado y CAMBACÈRES; y el previsto en el Derecho histórico francés encarnado en el Edicto de 1771.

En el Proyecto de 24 Termidor año VIII (11 de agosto de 1799) (201) se propone en buena medida el retorno a la legislación existente en 1789, es decir, al sistema del Edicto de 1771. Este Proyecto se remite a los Tribunales de Apelación (202) y al propio Tribunal de Casación (203) para que pongan de manifiesto la opinión que les merecen las reformas que en el mismo se introducen.

La posición que ante el contenido hipotecario de este Proyecto adoptan las diferentes Cortes de Apelación se divide en dos. Un grupo significativo

(200) J. E. M. PORTALIS, *Discours qui précède la présentation du projet de l'an VIII*. AN.AD/XVIII C. Se publicó en Francia con el título de *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviôse an IX par la Commission nommée par le Gouvernement consulaire*, París, 1801.

(201) Se publica en FENET, *Recueil...*, cit., págs. 3-413.

(202) De acuerdo con la reforma judicial del año VIII, los Tribunales de apelación debían resolver sobre los recursos planteados contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Tribunales de distrito y de los Tribunales de comercio. GODECHOT, *Les institutions de la France...*, cit., pág. 621.

(203) Sobre el Tribunal de Casación que en parte viene a cumplir algunas de las funciones desempeñadas por los antiguos Parlamentos y que se constituye como jurisdicción suprema véase J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, París, 1987.

de Tribunales, entre los que se encontraban los de París (204), Lyon (205), Bruselas (206), Rouen (207), Grenoble (208), Montpellier (209)... defienden el mantenimiento del régimen en vigor, que no era otro que el de la Ley de 1798. Otros por el contrario aceptaban el Proyecto de Código Civil presentado, sin perjuicio de introducir algunas modificaciones (210). Por su parte el Tribunal de Casación propone sustituir el contenido hipotecario del Proyecto por otro totalmente nuevo.: critica el sistema de las *lettres de ratification* y defiende la introducción de los principios de publicidad y de especialidad (211). Se puede decir que el régimen que propone, es básicamente, el mismo que el previsto en la Ley de 1798, pese a que no lo manifieste explícitamente.

La opinión de los Tribunales, en especial la emitida por el Tribunal de Casación, tiene una honda repercusión y como consecuencia de ello una de las Secciones del Consejo de Estado queda encargada de pronunciarse acerca de la conveniencia de conservar el régimen en vigor o de sustituirle por el Proyecto del año VIII. De nuevo las opiniones se dividen y de los ocho miembros que asisten al debate cuatro se muestran partidarios del régimen de 1798 y los otros cuatro apoyan el contenido del Proyecto (212). Esta división de pareceres conduce a que BIGOT-PRÉAMENEU y RÉAL reciban el encargo de realizar cada uno de ellos un informe: BIGOT-PRÉAMENEU lo prepara en torno al Proyecto del año VII y RÉAL acerca del sistema de la Ley de Bumario del año VII (213).

(204) FENET, *Recueil...*, cit., 5, págs. 91-291; en relación al régimen hipotecario, págs. 243-255.

(205) «Observations présentées par les commissaires nommés par le Tribunal d'appel de Lyon», *ibidem*, 4, págs. 27-350, para la materia hipotecaria, págs. 213-276.

(206) «Observations du tribunal d'appel séant à Bruxelles», *ibidem*, 3, págs. 255-395; sobre la materia de hipotecas, «Observations particulières sur le projet de système hypothécaire formant les titres VI, VII et VIII. du livre III», *ibidem*, págs. 292-395.

(207) *Ibidem*, 5, págs. 503-523.

(208) «Observations présentées par la commission nommée par le Tribunal d'appel séant à Grenoble», *ibidem*, 3, págs. 528-617; en concreto, «Observations générales sur les titres VI, VII et VIII du livre III, relatifs aux privilèges et hypothèques, et à la vente forcée des immeubles», *ibidem*, págs. 603-614.

(209) «Observations faites par les membres de la commission nommée le 21 Germinal dernier par le Tribunal d'appel séant à Montpellier», *ibidem*, 4, págs. 419-589; el régimen hipotecario en págs. 489-493.

(210) Véase en la intervención de RÉAL en la sesión del Consejo de Estado de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804). *Ibidem*, 15, pág. 281.

(211) «Observations du tribunal de Cassation sur le Projet présenté par la Commission du Gouvernement», *ibidem*, 2, págs. 415-755.

(212) Véase en la intervención de RÉAL en la sesión del Consejo de Estado de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804). *Ibidem*, 15, pág. 283.

(213) Estos dos informes se leyeron ante el Consejo de Estado, en presencia del Primer Cónsul, en la sesión de 12 Pluvioso año XII (2 de febrero de 1804) y su discusión se prolongó el 19 Pluvioso (9 de febrero).

BIGOT-PRÉAMENEU, defendiendo el Proyecto de Código Civil, se manifiesta contrario a la publicidad y a la especialidad, utilizando para ello los mismos argumentos de que desde antiguo se venían dando para oponerse a estos principios: el carácter fiscal que se había atribuido en anteriores ocasiones a las normas referidas de la publicidad inmobiliaria, la violación del secreto de las familias y el deterioro que el crédito en general sufriría con la especialidad de las hipotecas. Critica especialmente la necesidad de inscripción para las hipotecas en favor de la mujer y de los menores (214). En su exposición quiere demostrar que el régimen previsto en la Ley de 1798 no procura el conocimiento de la fortuna del deudor ni la seguridad del prestamista. Además, por consideraciones de orden público entiende que las hipotecas legales no deben depender de una simple formalidad.

RÉAL por su parte, apoyando la Ley de Brumario año VII, declara que la materia hipotecaria es una de las más importantes del Código Civil porque afecta a la fortuna tanto mobiliaria como inmobiliaria de los ciudadanos. De manera que según como se regule jurídicamente fomentará el crédito público y el comercio inmobiliario o por el contrario impedirá su desarrollo (215). Entiende que el texto en vigor es el que contempla los mecanismos necesarios para que estos objetivos se alcancen. La base del régimen debe resistir en la publicidad de las transmisiones de propiedad y en la de los actos constitutivos de hipotecas, de manera que desde que tiene lugar la transcripción el adquirente se convierte en inatacable y desde el momento de la inscripción se asigna al acreedor un rango invariable.

El verdadero debate se plantea en torno a la conveniencia o no de exigir el requisito de la inscripción para las hipotecas en favor de la mujer y de los menores. TRONCHET, PORTALIS y BIGOT DE PRÉAMENEU apoyan dispensar de la inscripción a las mujeres y a los menores. TREILHARD, firme defensor de la publicidad, les recuerda que incluso en el Edicto de 1771 las mujeres y los menores debían formalizar la correspondiente declaración para conservar sus derechos. CAMBACÉRÈS opta por la inscripción, aunque matiza que sería necesario arbitrar mecanismos para asegurar que esta formalidad se cumple.

Como consecuencia de esta disparidad de criterios, la intervención de NAPOLEÓN resulta decisiva. El primer Cónsul entiende que, aunque son necesarios el principio de publicidad y el de especialidad, es conveniente también que la inscripción de las hipotecas legales sea una simple formalidad y no una condición necesaria para asegurar de esta manera sus efectos y defiende también la necesidad de establecer un adecuado régimen de

(214) BIGOT-PRÉAMENEU, «*Premier rapport de la section de législation*», en FENET, *Recueil...*, cit., 15, págs. 223-271.

(215) RÉAL, «*Second rapport de la section de législation*», *ibidem*, págs. 280-287.

purga de las cargas anteriores existentes sobre la nueva propiedad que se adquiere (216).

El resultado de toda esta discusión es la adopción por el Consejo de los siguientes principios (217):

«Que toute hypothèque sera publique, que l'hypothèque conventionnelle sera toujours spéciale; que la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs».

Después de que el Consejo asumiera estas bases en materia de publicidad hipotecaria, TREILHARD recibe el encargo de redactar de nuevo el título de las hipotecas, texto que, salvo muy concretas modificaciones que se introducen con motivo de su discusión, constituye el Título de hipotecas del Código Civil de 1804 (218).

En aspectos importantes el Código Civil mantiene el régimen establecido en la Ley de 1798: se consagra la especialidad de manera que para toda constitución de hipoteca es preciso señalar los concretos bienes que quedan hipotecados, el rango de las hipotecas se determina por la fecha de la inscripción, la especialidad se exige también en relación al montante de la deuda... Sin embargo, sufre un grave deterioro la publicidad porque las hipotecas de los menores y de las mujeres existen con independencia de inscripción. La dispensa de inscripción es perpetua, no se fija ningún plazo, de manera que la incertidumbre de los adquirentes y de los prestamistas será para siempre.

En el Proyecto del año VIII no se prevé la publicidad de las transmisiones inmobiliarias pese a que el Tribunal de Casación, en el proyecto alternativo que propone, reproduce el artículo 26 de la Ley de 1798 (219).

(216) La discusión se publica también por FENET, págs. 287-325.

(217) *Ibidem*, págs. 325-326.

(218) *Loi relative aux privilèges et hypothèques*. 28 Ventoso-8 Germinal año XII (19 de marzo de 1804), cit.

La nueva redacción se presenta por TREILHARD el 3 Ventoso año XII=23 de febrero de 1804 (se publica por FENET, págs. 326-351, y su posterior discusión, págs. 351-395). La tercera redacción con las modificaciones introducidas los días 3, 5, 10, 12 Ventoso (23 y 25 de febrero y 1 y 3 de marzo de 1804) se presenta por TREILHARD el mismo día 3 de marzo y el Consejo lo adopta en dichos términos (*ibidem*, págs. 395-411).

El texto aprobado por el Consejo se remite a la Sección de legislación del Tribunado, quien realiza algunas observaciones (*ibidem*, págs. 412-418). El texto regresa al Consejo de Estado y en la sesión de 22 Ventoso año XII (13 de marzo de 1804) TREILHARD da lectura a la nueva y definitiva redacción con los cambios propuestos por el Tribunado (*ibidem*, págs. 421-447).

(219) BUISSON, *La publicité*., cit., pág. 88.

La cuestión de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias se plantea con ocasión de la discusión del artículo 1.138 que establece que la propiedad se transfiere por el mero consentimiento (220) y a continuación el artículo 1.140 remite la resolución del debate al momento en que se regulan las materias relativas a la venta y a las hipotecas (221). Cuando se redacta el artículo 1.138 no se determina si se exige o no transcripción de las transmisiones y al abordarse el tema de las donaciones se acuerda suprimir el requisito de la insinuación y se someten al cumplimiento de la transcripción, aunque se acuerda que esta decisión no supone nada en relación a las transmisiones a título oneroso (222). Finalmente, la cuestión debe ser abordada durante la discusión del Título de las hipotecas (223) y el Consejo adopta la resolución siguiente (224):

«1.º *Que la disposition de l'article n'est pas applicable aux contrats de vente antérieures à la loi du 11 Brumaire* (225);

2.º *Que la transcription du contrat ne transfère pas à l'acheteur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas propriétaire».*

De las discusiones habidas en torno a esta cuestión parece deducirse que los miembros del Consejo de Estado llegan al acuerdo de mantener la transcripción para las transmisiones de dominio, sin embargo, finalmente, el artículo 91 desaparece y con ello la posibilidad de hacer públicas estas transmisiones. Esta supresión del artículo 91, como señala BUISSON, no se entiende muy bien si se tiene en cuenta que precisamente el miembro del Consejo de Estado que con mayor ahínco defiende la publicidad de las transmisiones inmobiliarias es el encargado de preparar el nuevo texto en base a las reformas introducidas en el Consejo de Estado

(220) FENET, *Recueil...*, cit., 13, pág. 9. Artículo 1 138: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes...»

(221) *Ibidem*. Artículo 1.140: «Les effets de l'obligation de donner ou livrer un immeuble sont réglés aux titres du Contrat de vente et des Privilèges et Hypothèques».

(222) *Ibidem*, 12, págs. 359-362.

(223) *Ibidem*, 15, págs. 385-393.

(224) *Ibidem*, pág. 391.

(225) Se refiere a los artículos 91 y 92 del Proyecto: artículo 91: «Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits, ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente».

Artículo 92: «La simple transcription des titres translatifs de propriété sur le registre du Conservateur ne purge pas les hypothèques et privilèges établis sur l'immeuble. Il ne pas au nouveau propriétaire qu'avec les droits qui appartaient au précédent, et affecté des mêmes privilèges et hypothèques dont il était chargé».

y en el Tribunalado y, en consecuencia, parece poco probable que no percibiera tal omisión (226).

En conclusión, se puede afirmar que el Código Civil del Consulado contiene un régimen hipotecario un tanto incoherente porque establece en principio la publicidad de las hipotecas, aunque deja al margen las hipotecas de las mujeres y de los menores, y de los actos traslativos a título gratuito pero priva de publicidad los acuerdos que transmiten la propiedad a título oneroso.

Además de estos rasgos que son los que constituyen el núcleo principal del régimen hipotecario francés hay que tener en cuenta otros que contribuyen a su configuración y, por tanto, a su separación respecto del germánico. Esquemáticamente, como ya lo hizo SAINT-JOSEPH (227), los principios generales del régimen hipotecario previsto en el Código son los siguientes:

1. El requisito de la transcripción es necesario para la conservación del privilegio del vendedor (art. 2.108) y como formalidad preliminar a la purga (2.181).

2. Los privilegios sobre los bienes inmuebles se someten al requisito de la inscripción (art. 2.106).

3. No se establece ningún plazo de tiempo dentro del cual el vendedor pueda realizar la inscripción.

4. Tan sólo los bienes inmuebles y el derecho de usufructo son susceptibles de hipoteca (2.119).

5. El rango entre las hipotecas se determina en la mayor parte de las ocasiones por la fecha de la inscripción (arts. 2.134-2.145).

6. Las hipotecas convencionales sólo pueden resultar de un acto auténtico (art. 2.127).

7. Quedan dispensadas de la inscripción las hipotecas legales en favor de las mujeres y la de los menores e incapacitados. Además del mismo modo que las judiciales se constituyen sobre todos los bienes del deudor (arts. 2.122, 2.123).

8. Los bienes futuros del deudor pueden ser sujetos a hipoteca tanto legal como judicial. Para el caso de las convencionales se prevé que si en el contrato se advierte acerca de la insuficiencia de los bienes los inmuebles pueda el deudor hipotecar aquéllos que adquiera en el futuro (arts. 2.122, 2.123, 2.129).

9. Los efectos derivados de las inscripciones perduran a lo largo de diez años, transcurridos los cuales es preciso renovarlas (art. 2.154).

10. El adquirente del bien inmueble obligado con hipotecas tiene que,

(226) BUISSON, *La publicité...*, cit., págs. 92-100.

(227) SAINT-JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires...*, cit., págs. VII-VIII.

o bien pagar los créditos existentes o bien abandonar el bien. Y para librarse del precio y de las hipotecas legales no inscritas debe acudir al procedimiento de purga establecido a tal efecto (arts. 2.167, 2.168 y 2.181-2.192).

Algunos autores entre los que se encuentra SAINT JOSEPH entendieron que entre los Estados que adoptaron este modelo mixto francés se encuentran los Estados romanos (228), Dos Sicilias (229), Grecia (230), Friburgo (231), el Gran Ducado de Baden (232), el Cantón de Vaud (233), los Estados sardos (234), Toscana (235) y sobre todo Bélgica (236)..., sin embargo, en mi opinión, como ya lo he expresado anteriormente, esta afirmación no es totalmente exacta porque en el caso por ejemplo de Bélgica, aunque ciertamente se parta del sistema francés, el legislador introduce novedades tan sustanciales que he considerado más oportuno incluir la Ley belga dentro del sistema germánico incompleto. Si esto ocurre en relación con el caso de Bélgica algo parecido sucede con otros textos legales europeos cuya filiación respecto del sistema mixto francés se ha afirmado desde el siglo pasado. Por este motivo sería necesario estudiar cada uno de estos textos hipotecarios para determinar exactamente si efectivamente se contiene en ellos un sistema similar al francés o por el contrario su contenido se ajusta con mayor perfección a los rasgos del modelo germánico incompleto.

Entre las modificaciones más frecuentes en relación al régimen francés y que permitirían situar estos textos dentro del tercer modelo se encuentran las siguientes: se exige la transcripción para los actos de venta y resolución; se fija el requisito de la inscripción para la conservación del privilegio del vendedor en un plazo determinado; se suele establecer también la inscripción de todas las hipotecas legales; se suele dispensar de la obligación de renovar las inscripciones; no cabe la posibilidad de hipotecas judiciales

(228) *Règlement législatif et judiciaire*, de 10 de noviembre de 1834. Se publica la parte hipotecaria en la obra citada en la nota anterior, págs. 38-49.

(229) Código Civil de 1819. Los artículos referidos al régimen hipotecario de este cuerpo legal se publican también por SAINT JOSEPH en la misma obra, págs. 34-38.

(230) Ley Hipotecaria de 11 (23) de agosto de 1836. *Ibidem*, págs. 91-99.

(231) Ley de 28 de junio de 1832. Se publica en la misma obra que las anteriores, págs. 59-67, y Decreto de ejecución de la Ley sobre Hipotecas de 19 de enero de 1833, págs. 67-68.

(232) Código Civil de 1809. *Ibidem*, págs. 7-8.

(233) Código Civil de 1819. *Ibidem*, págs. 289-293; Ley de 28 de mayo de 1824, *ibidem*, págs. 293-301.

(234) Código Civil de Cerdeña de 1837. *Ibidem*, págs. 222-236.

(235) *Motu proprio* de 2 de mayo de 1836. *Ibidem*, págs. 278-288.

(236) *Loi sur la révision du régime hypothécaire*, cit.

sobre todos los bienes... Si todas estas modificaciones se hubiera introducido en un mismo texto legal el resultado hubiera sido un texto muy parecido a los del ámbito germánico (237).

2. LA AMPLIACIÓN DE LA PUBLICIDAD A TODAS LAS TRANSMISIONES
DE DOMINIO: LEY DE 25 DE MARZO DE 1855 (238)

Una vez redactado el Código Civil se inicia en Francia un importante debate que pone en cuestión algunas de las previsiones que en materia hipotecaria se contenían en dicho texto legal. Las dudas se plantean sobre diversos aspectos entre los que hay que mencionar los siguientes: la conveniencia o no de sujetar al requisito de la transcripción las enajenaciones a título oneroso; la oportunidad de la transformación de las hipotecas legales tácitas en expresas a través de su inscripción; el establecimiento de un plazo de tiempo para que las hipotecas legales se sometan a la inscripción, una vez finalizada la tutela o disuelto el matrimonio; acerca de la conveniencia de exigir la inscripción de las cesiones y subrogaciones de derechos hipotecarios como medida para controlar el fraude; sobre la oportunidad de la supresión de las hipotecas generales sometiendo en consecuencia al principio de especialidad las hipotecas judiciales; acerca de la conveniencia o no de la fijación de un plazo para la renovación de las inscripciones (239).

Se hace tan perentoria la reforma hipotecaria que en mayo de 1841 se pone en marcha una investigación sobre la cuestión y el Ministro de Justicia, Martin de Nord, a través de una circular solicitada del Tribunal de Casación, de los Tribunales de Apelación y de las Facultades de Derecho su opinión acerca de las conveniencia de reformar el régimen

(237) SAINT-JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires...*, cit., págs. VIII-IX.

(238) Como ya he manifestado anteriormente, este texto hipotecario francés es, probablemente, el que ha sido objeto de una mayor cantidad de estudios monográficos. Inmediatamente después de su publicación los juristas más relevantes del momento procedieron a su análisis; además, muchas tesis doctorales tuvieron como objeto de investigación precisamente algún aspecto del nuevo texto legal. De esta abundante bibliografía algunos títulos han llegado a ser considerados clásicos en esta materia y su consulta resulta indispensable.

Entre las obras llama la atención especialmente sobre las siguientes, y a ello me remito para un estudio en profundidad sobre el contenido de la Ley de 1855: BESSON, *Les livres fonciers...*, cit.; L. BERGSON, *Le régime foncier des états du nord de l'Europe dans ses rapports avec la loi française sur la transcription du 23 mars 1855*, París, 1858; MOURLON, *Traité théorique...*, cit.; TROPLONG, *Commentaire de la loi...*, cit.; VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit.

(239) SAINT JOSEPH, *Concordances entre les lois hypothécaires...*, cit., pág. XX.

de publicidad inmobiliaria haciendo públicas las transmisiones inmobiliarias (240).

Diferentes proyectos de reforma hipotecaria se presentan en 1849, 1850 y 1851. En líneas generales se apuesta por la publicidad de todos los derechos sobre los bienes inmuebles, sin embargo, diferentes cuestiones impiden su conclusión: por un lado, la propia dificultad que entraña la reforma; de otro, los temores que existen sobre la posibilidad de reforma del Código Civil, que se considera la obra jurídica más perfecta realizada hasta la fecha; por otra parte, las divergencias entre las distintas opiniones retrasan también la reforma porque, aunque una gran mayoría se muestra partidaria de la modificación, siempre se mantienen algunos grupos reacios a la misma; y, finalmente, conviene tener en cuenta el freno que suponen los propios acontecimientos políticos (241).

En este movimiento desempeña un papel fundamental la influencia que ejercen en los legisladores franceses los textos hipotecarios que se elaboran en aquellos países que habían estado bajo la dependencia francesa porque, aunque habían adoptado el Código Civil francés como punto de partida, habían procedido a su reforma incluyendo la publicidad de las transmisiones a título oneroso (242). Sin embargo, la sujeción al principio de publicidad de las hipotecas legales no fue tenida en cuenta por el legislador francés.

Tan sólo dos Tribunales de Apelación, en concreto los de Burdeos y Toulouse, rechazan la propuesta realizada por el Ministerio de Justicia y de las nueve Facultades de Derecho, siete apoyaron el restablecimiento de la transcripción (243). En el mismo sentido se pronuncian las diferentes comisiones que por parte de la Asamblea Legislativa (244) y por el Consejo de Estado (245) se nombran para estudiar el tema.

(240) Todo el material que origina con motivo de esta información se publica por el mismo Ministro a los pocos años. MARTIN DE NORD, *Documents relatifs au régime hypothécaire...*, cit.

(241) *Ibidem*, pág. 64.

No hay que olvidar que en 1848 tiene lugar en Francia una Revolución que da origen al Segundo Imperio (1848-1851). J. J. CHEVALIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, 7.^a edición, puesta al día por G. CONAC, París, 1985, págs. 219-241.

(242) VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit., I, pág. V.

(243) En el mismo tomo de la obra de VERDIER citada en la nota precedente, pág. VI.

Las observaciones realizadas por los diferentes Tribunales y por las Facultades de Leyes se pueden conocer a través de la obra ya citada, *De la réforme hypothécaire...*, cit., y en relación a la Facultad de Caen se cuenta con el siguiente trabajo: *Notes faisant suite aux observations de la Faculté de Droit de Caen sur les réformes à introduire en matière de privilèges et hypothèques...*, Caen, 1841.

(244) A. DEBELLEYME, «Rapport fait au nom de la Commission du Corps législatif chargée d'examiner le projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire», publicado por VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit., págs. XV-XXXVI.

(245) «Projet de loi sur la transcription adopté par le Conseil d'Etat» (sesiones de 13, 21 y 27 de abril y 2 y 3 de mayo de 1853), *ibidem*, págs. XII-XIV.

La Ley de Transcripción de 1855 es el resultado de este debate. A través de la misma se restablece la transcripción de los actos traslativos de la propiedad a título oneroso y se atenúa, en relación a las hipotecas legales de la mujer y del menor, la dispensa de publicidad establecida en el Código (246).

A mediados del siglo pasado es imprescindible afrontar esta reforma porque desde la publicación del Código Civil no habían cesado de señalarse los vicios que conllevaba el régimen hipotecario en él establecido y se había llegado a la conclusión de que el mejor sistema para conocer el estado de la propiedad era el de la implantación del registro público de todas las mutaciones de propiedad, de sus desmembramientos y cargas.

Esto ya servía para justificar la implantación de la Ley de 1855 pero, además, la organización de las sociedades de crédito hacía imposible una nueva dilación en la adopción de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias dado que por Decreto el 28 de febrero de 1851 se había instaurado en Francia el crédito inmobiliario. Lo más normal hubiera sido realizar en primer lugar la reforma de la legislación hipotecaria y una vez establecido un nuevo sistema crear las instituciones de crédito inmobiliario, sin embargo, aconteció a la inversa y por ello, como digo, no era posible retrasar por más tiempo la tan ansiada reforma hipotecaria (247).

El texto de la Ley de 1855 se inicia con la determinación de los nuevos actos que quedan sujetos al requisito de la transcripción. Por un parte, se incluyen todos aquellos relativos al establecimiento de la propiedad y de sus desmembraciones y, por otra, los arrendamientos por una duración superior a dieciocho meses y los anticipos dados por arrendamientos. En el primer grupo se encuentran todos los actos traslativos de la propiedad y aquéllos que suponen una modificación de la plena propiedad como sucede con los constitutivos de los derechos de usufructo, uso y habitación, porque estas limitaciones son tan importantes que la publicidad del estado de la propiedad inmueble quedaría incompleta si no se incluyeran. De acuerdo con este mismo razonamiento, es conveniente sujetar al mismo requisito los arrendamientos a largo plazo y las rentas anticipadas de alquileres por varios años, pese a que esto pueda suponer una invasión en el campo de los derechos personales y una derogación del principio de libertad y del secreto de los acuerdos privados (248). También quedan sometidas a transcripción las decisiones judiciales que supongan la nulidad o resolución de un acto anteriormente transcrito (art. 4).

(246) *Loi sur la transcription en matière hypothécaire*, 23-26 de marzo de 1855, cit.

(247) Sobre esta cuestión véase M. LESCURE, *Les Banques, l'état et le marché immobilier en France à l'époque contemporaine 1820-1940*, París, 1982.

(248) VERDIER, *Transcription hypothécaire...*, cit., pág. XXI.

Durante la discusión de la Ley se planteó la duda en torno a los testamentos ¿debían someterse al requisito de la transcripción?

Las opiniones estaban divididas. Una parte de los miembros de la Comisión consideraban que la sucesión intestada debía dispensarse de la transcripción porque el heredero continúa la persona del difunto y porque su derecho se establece públicamente en virtud de la ley y de los actos del estado civil y, por las mismas razones, entendían que no debía de eximirse de esta formalidad las sucesiones testamentarias.

Frente a esta actitud la mayor parte de la Comisión acordó la opinión contraria porque entendía que el legatario no es parte en el testamento como el adquirente en la venta y durante la mayor parte del tiempo no conoce su legado y desde el momento de la muerte pasa un tiempo, más o menos prolongado, en el que el legatario no puede realizar la transcripción y, por tanto, exigirle su realización significaría dejarlo a merced del heredero y esto no se concilia bien con la finalidad que se persigue con la institución del legado, porque el derecho del legatario debe ser sagrado y no cabe que dependa de la voluntad del heredero. Además, junto al interés del legatario se encuentra el de los testadores porque exigir la transcripción para la validez de los testamentos constituiría una alteración de la facultad de testar (249).

La misma cuestión se plantea en relación a las particiones. Finalmente, se entiende que su transcripción no reportaría ningún beneficio a los acreedores de la sucesión porque ellos pueden conservar sus derechos con independencia de toda partición. Sólo el acreedor de uno de los coherederos tendría interés en la transcripción y en el caso de que este coheredero hubiera hecho la inscripción con anterioridad a la transcripción de la partición (250). Por todo ello, la mayor parte de la Comisión consideró más oportuno no sujetar a transcripción las particiones por entender que se trata de actos meramente declarativos pero no atributivos de la propiedad.

Otro aspecto que provoca cierto debate se deriva de la conveniencia o no de sujetar a transcripción los actos privados. De nuevo hubo dos posicionamientos: una parte de los integrantes de la Comisión apostaban por exigir como requisito previo a la transcripción el depósito del acto ante un Notario, mientras que el resto opinaba que no se debía admitir la transcripción más que en relación a los actos privados celebrados ante Notario. Finalmente, la Comisión acuerda mantener la legislación entonces en vigor y permitir la transcripción de los actos privados.

Para finalizar este análisis de la Ley de 1855 se debe hacer referencia a otra reforma, incluida en la misma Ley de 1855, que en la mayor parte de las ocasiones ha pasado desapercibida. Es cierto que en este texto legal

(249) DEBELLEYME, *Rapport ...*, cit.

(250) En el mismo informe de DEBELLEYME.

se mantienen las hipotecas legales de las mujeres y de los menores en la clandestinidad. Sin embargo, de alguna manera se prepara el camino, aunque tímidamente, para una posterior modificación de la legislación hipotecaria que permita su conversión en hipotecas públicas.

El Código dispensaba de manera absoluta del requisito de la inscripción a estas hipotecas, no se establecía ningún plazo dentro del cual debiera procederse a su registro, de manera que la incertidumbre de los adquirentes y prestamistas era perpetua. El texto de 1855 corrige en cierta medida este extremo estableciendo que la dispensa de inscripción para las hipotecas legales de las mujeres y de los menores e incapacitados no sea para siempre, fijando para ello un plazo límite. Esta novedad constituye un avance importante, aunque los plazos previstos sean aún excesivamente largos. De acuerdo con la previsión de la Ley, en los casos en los que el marido hubiera fallecido, o se hubiera alcanzado la mayoría de edad, o el incapacitado hubiera salido de tal estado, si sus herederos no hubieran realizado la correspondiente inscripción en el año siguiente a la disolución del matrimonio o a la cesación de la tutela, la fecha de la hipoteca en relación a terceros se fija desde el día de la inscripción.

Por último, de manera muy breve, me refiero a la reforma que en materia de publicidad inmobiliaria tiene lugar en 1955 (251).

A mediados del actual siglo permanecían aún en la clandestinidad ciertas cargas sobre la propiedad inmueble. Constituían un número importante porque no sólo se encontraban en esta situación las hipotecas legales de las mujeres casadas y de los menores e interdictos sujetos a tutela, sino también los privilegios generales previstos en el artículo 2.101 del Código Civil cuando se ejercían sobre bienes inmuebles en defecto de bienes muebles (arts. 2.104 y 2.105). Los inconvenientes de la clandestinidad de estos privilegios generales se derivaban del hecho de que constituían un obstáculo importante para el desarrollo del crédito porque la Ley les atribuía un carácter preferencial frente a los acreedores hipotecarios simples sujetos a publicidad.

En la Reforma de 1955 la mayor parte de estos antiguos privilegios generales se transforman en hipotecas sujetas al principio de la publicidad

(251) *Decret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière*, cit.

Entre los textos de 1855 y 1955 se promulgan otras disposiciones que vienen a modificar también algunas de las previsiones de la Ley de Transcripción; sin embargo, ninguna alcanza a tener la importancia que tiene la prevista en la Ley de 1955. Entre esas reformas parciales se encuentra la contenida en la *Loi relative à la suppression du registre de la transcription et modifiant la loi du 23 mars 1855 et les arts 1.069, 2.181 et 2.182 du Code Civil*, 24 de julio de 1921 (DUVERGIER, *Collection...*, cit., 21, 1921, págs. 413-414), y en el *Décret modifiant le régime de la transcription*, de 30 de octubre de 1935, GP, 1935, pág. 1333.

tomando como orden de prelación el fijado en función de la fecha de su inscripción.

Finalmente, en relación con las hipotecas legales que permanecían ocultas, la Ley de 1955 retoma el contenido de la Ley de 1798 y la eficacia de las hipotecas legales queda subordinada a su publicidad, del mismo modo que su rango se determina de acuerdo con la fecha de la inscripción (252).

MARGARITA SERNA VALLEJO —
Profesora de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Cantabria

(252) Sobre esta reforma hipotecaria véase: BUISSON, *La publicité...*, cit., págs. 101-151, y ESMEIN, «La réforme de la publicité foncière», *GP*, 1955, I, doctrine, págs. 30-43.

La imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones en la obligación alternativa

SUMARIO: 1. ELECCION CORRESPONDIENTE AL DEUDOR.—2. ELECCION CORRESPONDIENTE AL ACREEDOR.

1. ELECCION CORRESPONDIENTE AL DEUDOR

PAPINIANO habría advertido que «si por el hecho del deudor muriese uno de los siervos debidos, compitiéndole a él la elección..., y después muriese también el otro siervo sin culpa del deudor, de ningún modo se podrá pedir por la estipulación, porque al tiempo de su muerte no había tenido efecto la estipulación» (1).

Sobre la base de este texto romano, POTHIER sentará la doctrina de que «cuando las dos cosas han perecido sucesivamente por falta del deudor o después de su demora, el deudor, bien que tuviese la elección de dar aquélla de las dos que quisiera, no tiene el mismo derecho a pagar el precio que querrá de una de ellas, pues por la extinción de la primera ha quedado deudor determinado de la que quedaba, y de aquí quedaba determinadamente el precio de aquélla que ha perecido la última» (2).

Curiosamente, empero, a pesar del origen romano del supuesto y de la expresa referencia de uno de los grandes inspiradores de la codificación francesa, el mismo no fue objeto de previsión específica ni en el *Code*, ni en el *Codice* italiano de 1865, y ni aun siquiera con toda concreción en el Código Civil italiano de 1942. Entre nosotros, tampoco el Proyecto de Código Civil de 1851 recogió con nitidez la hipótesis, pues a tenor del párrafo segundo de su artículo 1.054, «si las dos cosas se han perdido, y

(1) D. 46, 3, 95, 1.

(2) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pág. 140.

la una lo ha sido por culpa del deudor, éste tiene la obligación de pagar el precio de la última que se perdió»; aunque GARCÍA GOYENA despejará cualquier duda al respecto, reseñando que «es también indiferente que las dos cosas se hayan perdido por culpa del deudor, pues que, habiendo quedado la obligación en pura y simple desde que pereció la primera, no se deberá sino el precio de la que pereció últimamente, porque ésta sola debería ser entregada» (3).

En cambio, el Código Civil español, en plena concordancia con el pensamiento de POTHIER, dispondrá en su artículo 1.135: «El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. La indemnización se fijará tomando como base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible».

La hipótesis, pues, es la siguiente: Correspondiendo el derecho de elegir al deudor, las distintas prestaciones de una obligación alternativa van resultando sucesivamente imposibles por virtud de causas imputables a dicho deudor, circunstancia esta última que al determinar la pervivencia, siquiera transformada y restringida en cuanto a su objeto, de la obligación nos conduce necesariamente al supuesto de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados que habrá de soportar el deudor. Ahora bien, las prestaciones debidas eran dos o más, y todas han desaparecido por culpa del deudor, ¿cuál de ellas deberá ser indemnizada?

Se preguntaba GIORGI, ante la omisión del supuesto en el Código Civil italiano de 1865, si en el caso de que las dos cosas hayan perecido por culpa del deudor, conservará éste su derecho de elección sobre el precio como lo habría tenido sobre las dos cosas *in natura*, ya que puede parecer justo quitar al deudor todo derecho de elección en pena de su culpa. En su opinión, la culpa del deudor no produce otro efecto que sujetarlo al resarcimiento de los daños, y el resarcimiento de los daños, según los principios más inconcusos del Derecho, no consiste en otra cosa que en pagar el equivalente en dinero de aquello que hubiera debido entregarse *in natura*; ahora bien, ¿qué era lo que el acreedor habría podido pretender *in forma specifica*?: lo antes elegido por el deudor. En consecuencia, «El acreedor no tendrá otro derecho que el de pretender el precio de la misma cosa; no puede arrogarse la facultad de hacer una elección que no le consiente el convenio ni ningún artículo de la Ley»; y por más que LAURENT considere que el acreedor únicamente tendrá derecho al precio de la última cosa, este

(3) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 567.

«egregio autor no tiene en cuenta la hipótesis más probable que las dos cosas hayan sido destruidas al mismo tiempo» (4).

El pensamiento del gran clásico civilista italiano adolece de dos defectos. Uno, que el plantearse la posibilidad de que el deudor pueda optar por el pago del valor de la última cosa perecida sólo tiene sentido en el supuesto de perecimiento sucesivo, ya que en el caso de pérdida simultánea, mal cabe hablar de «última cosa perdida»; por lo que, de manera obvia, la simultaneidad no puede ser alegada legítimamente para excluir pareceres como el de LAURENT que refiere. Y el otro, que encontrándose en el campo de que la elección corresponda al deudor y planteándose el supuesto de si éste conservará su derecho a elegir sobre el precio de las cosas destruidas por su culpa, GIORGI concluya señalando que el acreedor no tendrá facultad para exigir el valor de una u otra, pues resulta obligado que la construcción lógica deba ser la de que, según los criterios que maneja, el deudor sí conserva semejante facultad de selección.

Ahora bien, advertido esto, el parecer de GIORGI no deja de tener coherencia y razonabilidad. Si el deudor puede optar entre una cosa u otra y ambas se destruyen por su culpa, la responsabilidad por ésta no debe, aparentemente, pasar de que el mismo venga compelido a indemnizar los daños y perjuicios causados por la desaparición de cada uno de los objetos debidos, pero sin que se aprecie razón suficiente para que semejante circunstancia acarree también la pérdida de la facultad electiva. En consecuencia, el deudor que antes podía optar por realizar una u otra prestación, ahora, devenidas imposibles por su culpa, parece que podría continuar en la posibilidad de decidir cuál de ellas desea indemnizar, pues si el acreedor debía contentarse con la cosa que eligiera el deudor, deberá seguir manteniendo similar aquiescencia respecto a las indemnizaciones sustitutorias.

Como se recordará, no fue ése el planteamiento de POTHIER. Para el clásico francés las cosas ocurren de otra manera a la contemplada por GIORGI, ya que al desaparecer la primera de las cosas debidas, la obligación alternativa queda concentrada sobre la segunda, y, en consecuencia, cuando ésta desaparece también por culpa del deudor, éste ya no puede optar entre el precio de una y otra, pues, por un lado, ha perdido semejante facultad selectiva y, por el otro, no hay otro precio a contemplar que el de la única cosa que constituía el objeto de la obligación. Por tanto, el deudor debe venir compelido a pagar el precio (*rectius*, a abonar el *id quod interest*) de la última cosa perecida.

Así lo explicará también entre nosotros MUCIUS SCAEVOLE cuando comenta el mandato del artículo 1.135 del Código Civil de que el acreedor

(4) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, págs. 455-456.

tendrá derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios con relación a la última cosa desaparecida, y se pregunta, ¿por qué la última? Su respuesta es que así resulta por aplicación del artículo 1.134 cuando la elección es del obligado y la pérdida de la primera cosa hace recaer el deber sobre la segunda, ya que «si ésta se pierde entonces por culpa del deudor, bastan las doctrinas generales sobre los efectos de las obligaciones para que grave sobre él la responsabilidad de la indemnización» (5).

Si cerramos los ojos ante el dictado del artículo 1.135 de nuestro Código Civil, lo cierto es que las cosas no son tan claras como pretenden los autores últimamente citados. Que al hacerse imposible una de las prestaciones debidas, la obligación alternativa se concentre sobre la otra y que, desaparecida también ésta por hecho imputable al deudor, razonablemente dicho deudor debe limitarse a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que le ocasione esta segunda imposibilidad y la consiguiente no recepción de la prestación residual, quizá suponga fijarse demasiado en el carácter mecánico de la concentración en las obligaciones alternativas (art. 1.134 CC) y marginar indebidamente las circunstancias que se dan en la hipótesis que se estudia, sobrevalorando también en exceso la culpa del deudor en un supuesto en el que, por partirse precisamente de que la elección corresponde a él, a lo mejor no tiene tanto sentido semejante fijación.

En efecto, no puede haber duda alguna de que cuando una de las prestaciones debidas se hace imposible por culpa del deudor y la otra subsiste, la obligación alternativa, que pasa a considerarse simple, debe cumplirse con la prestación residual. Ahora bien, desaparecida ésta también por culpa del deudor, imponer que el resarcimiento que corresponde al mismo debe evaluarse en torno a la segunda de las prestaciones, probablemente suponga magnusvalorar la idea de culpa en un campo donde no tiene demasiada justificación y prescindir indebidamente del elemento de la facultad de elección cuando aún podría y aún debería continuar operando.

Que la obligación alternativa en el caso que se comenta deba considerarse como simple no quiere decir ni mucho menos, diga lo que diga la letra de la Ley, que la misma «se convierta» en simple, pues semejante conversión no se produce a plenitud, no sólo por imposibilidad institucional (otra cosa es la conversión legal de un negocio nulo, supuesto que aquí no viene al caso, porque la obligación nacida como alternativa en ningún momento deviene inválida por el hecho de que se imposibilite una de sus prestaciones), sino porque basta observar la regulación en los Códigos de esta variedad obligatoria para constatar que la inicial condición disyuntiva impri-

(5) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX (segunda edición revisada por MARÍN PÉREZ), Madrid, 1957, pág. 832.

- me carácter y sigue improntando a la relación obligatoria hasta el momento mismo de su extinción.

En consecuencia, cuando las diversas prestaciones de una obligación alternativa desaparecen todas sucesivamente por culpa del deudor, no se alcanza a ver la razón por la que se niega al mismo la posibilidad de optar por la indemnización de aquélla que le parezca, habida cuenta que a él correspondía *ab initio* el derecho de elegir. ¿Por la concentración? ¿Por la culpa? No parece, pues, la primera no ha convertido necesariamente y para siempre a la obligación alternativa en simple, y la segunda puede conducir al resultado absurdo de que al deudor se le imponga la indemnización de la última prestación desaparecida cuando para él resulte indiferente contemplar una u otra y para el acreedor suponga mayor conveniencia la indemnización de la primera. Es difícil, por tanto, intentar relacionar la culpa del deudor con la circunstancia de que el mismo venga obligado a indemnizar al acreedor en función de la prestación que resultó imposible en último lugar.

¿Y a quién protege o beneficia semejante determinación? Resultaría muy difícil establecer una pauta general en el sentido de que la previsión legal beneficia o tutela en principio al acreedor o al deudor. Respecto al acreedor, porque, *in casu concreto*, aquélla puede ser lo mismo beneficiosa o perjudicial en función de que la última cosa desaparecida sea de mayor o menor valor que la primera percida. En relación al deudor, porque tampoco tiene mucho sentido considerar que se le niegue, si tal es su deseo, optar por el valor de la primera, habida cuenta que en él residía el *ius electionis*; y si se estima que la determinación legal es como castigo a su culpa, cabe el caso de que la presunta sanción se convierta en beneficio cuando el valor de la prestación residual resulte inferior al de la primera desaparecida. No parece, en consecuencia, que la regla del artículo 1.135 de nuestro Código Civil tenga mayor racionalidad ni justificación, al igual que ocurre con todos los que han tenido como punto de inspiración el pensamiento de POTHIER en este punto, pero, quizá, resultaría demasiado temerario intentar obviar o ignorar los claros términos del mandato legal.

Arguye MANRESA, tratando de razonar la fórmula legal, que cuando la culpa del deudor determine la desaparición de uno o más objetos, habrá con ello un elemento tan sólo para la procedencia de la responsabilidad, pero faltaría el otro y más importante: los perjuicios, que no pueden entenderse causados donde no hay derecho que los sufra; «y es indudable que no lo tiene el acreedor, en ese supuesto de obligaciones alternativas (el del artículo 1.135), para exigir una cosa o servicio determinado, sino que, limitándose a la prestación de uno cualquiera de los atribuidos la facultad que puede ostentar, únicamente cuando todos falten comienza su derecho a

reclamar indemnización, que habrá de tener por base la situación en que nació, es decir, la última prestación posible» (6).

El argumento es equívoco, en primer término, porque en cuanto la primera prestación hecha imposible por culpa del deudor es una prestación debida, siquiera alternativamente, su frustración debe generar la posibilidad de indemnización, por más que el acreedor no pueda reclamarla al no corresponderle el derecho de elección, pues por exigencia dogmática elemental una conducta debida por el deudor deja de constituir prestación cuando su imposibilidad imputable al mismo no acarrea responsabilidad indemnizatoria. Y en segundo lugar, porque resulta con toda evidencia incorrecto afirmar que el derecho del acreedor a la indemnización sólo nace cuando hayan desaparecido todos los objetos de la obligación, ya que una cosa es que la Ley imponga al deudor el resarcimiento por la última prestación devenida imposible y otra, particularmente diferente, que las imposibilidades anteriores imputables al mismo deudor no generan responsabilidad alguna.

Es por ello que creemos que contra el criterio de MANRESA de que «la Ley, en este punto, no declara la licitud de la culpa (sino que) se limita a no atribuirle, con fundamento, consecuencias que no puede causar» (7), resulta más conveniente considerar que la Ley lo único que hace, con fórmula profundamente discutible como se acaba de razonar, es imponer que al objeto de indemnizar al acreedor dañado se tome como base de cálculo la última de las prestaciones desaparecidas, pero sin que ello suponga negar que la desaparición de la primera también ha producido la obligación de resarcir. Cualquier otra construcción conduce inexorablemente, pese a lo que dice MANRESA, a declarar lícita la culpa del deudor, en cuanto se le niegan consecuencias jurídicas adversas para el mismo. Otra cosa es, empero, que la inoperatividad de las mismas en el caso que se contempla constituya, precisamente, una de las causas que justifican la crítica a la solución legal.

Si cuando se considera que en el supuesto de elección del acreedor y culpa del deudor el «precio» de la prestación desaparecida a que puede optar aquél ha de entenderse en el sentido de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, parece fuera de duda que aquí deberá operar el mismo criterio, sustantivamente, porque la razón es la misma y, formalmente, porque el artículo 1.135 del Código Civil, *expressis verbis*, advierte que el acreedor tendrá derecho a la «indemnización de daños y perjuicios».

Curiosamente, empero, no es tal el parecer de Díez-PICAZO. Para este civilista, aunque el Código hable literalmente de «indemnización de daños

(6) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII-1 (sexta edición revisada por MORENO MOCHOLI), Madrid, 1967, págs. 474-475.

(7) *Ibid.*, pág. 475.

y perjuicios», la regla que establece para fijarla («tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido») parece denotar que no se trata de una genuina indemnización, sino de una sustitución de la prestación imposible por su equivalente pecuniario, que, en rigor, es independiente del resarcimiento de los daños sufridos, que dependerá de su efectiva existencia y de la responsabilidad en que el deudor pueda haber incurrido (8).

Pretender distinguir entre «genuina indemnización» y «sustitución de la prestación imposible por su equivalente pecuniario», aunque puedan darse diferencias cuantitativas, es empresa estéril, porque también en el caso de la indemnización de daños y perjuicios estamos ante un caso de sustitución de la prestación, ya que en lugar del originario objeto de la obligación se coloca otro que está constituido por el monto económico que hay que entregar al acreedor para resarcir los daños que le origina la no percepción de aquél. Cumplimiento *in genere* en lugar de cumplimiento *in natura*, pero, en todo caso, como dice GIORGIANNI, transformación de la obligación originaria en la obligación de resarcir el daño (9).

Por otro lado, intentar semejante distinción en base a considerar que el resarcimiento de los daños sufridos dependerá «de su efectiva existencia y de la responsabilidad en que el deudor pueda haber incurrido», resulta esfuerzo baldío, porque es obvio que de indemnización no cabe hablar sin daño del acreedor y culpa del deudor (dejando a un lado los supuestos de asunción del *casus* y de responsabilidad objetiva); por lo que deberá concluirse que cuando existan prejuicios el deudor deberá resarcirlos, y cuando se den el pago del valor de la prestación también se hace en concepto de indemnización, ya que no existe otro camino jurídicamente adecuado para reemplazar al cumplimiento *in natura* ni cabe excluir el precio de la prestación dentro del cómputo de la indemnización, en cuanto la pérdida de la misma es el principal daño directo que ha sufrido el acreedor, con independencia de que existan o no otros daños directos o indirectos y ganancias frustradas (*damnum emergens* y *lucrum cessans* como contenido posible pero no necesario de todo resarcimiento) (10).

En realidad, cuando el párrafo segundo del artículo 1.135 del Código Civil habla de que «la indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido», está diciendo dos cosas que no son excluyentes o contradictorias sino complementarias. Una, que existe propia y genuina indemnización (la Ley la nomina así expresamente); y la otra, que en la fórmula legal lo determinante es la referencia al criterio de

(8) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 506.

(9) GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1959, pág. 159

(10) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, págs. 234 y sigs.

la última cosa desaparecida, mientras que la mención del valor es algo que podría haber obviado sin mayor problema, simplemente con que la norma hubiera hablado, a los mismos efectos, de que «la indemnización se fijará en función de la última cosa que hubiese desaparecido». En consecuencia, como bien dice ALBALADEJO, la expresión legal no significa que en vez de la última prestación hecha imposible se haya de dar simplemente su valor, sino que se indemnizarán los daños y perjuicios por su incumplimiento, pero que para calcularlos se toma en cuenta (como no podría ser de otra manera, añadimos por nuestra parte) el valor de lo que habría recibido el acreedor por la prestación frustrada, valor al que habrá que sumar otros perjuicios que, además del de no percibirlo, acarree al acreedor la falta de ingreso de la prestación en su patrimonio (11).

Siguiendo la pauta del pensamiento de POTHIER que habla de que «las dos cosas han perecido *sucesivamente* por falta del deudor» y del artículo 1.135 de nuestro Código Civil que, aunque no utiliza dicho adverbio, contempla similar situación al centrar la regla que establece sobre la circunstancia de «la *última* cosa que hubiese desaparecido», hasta aquí nos hemos venido ocupando del supuesto más interesante y problemático de la imposibilidad de todas las prestaciones producida una tras otra de manera sucesiva. Resta ahora considerar sucintamente el punto menor de la imposibilidad coetánea o simultánea de todas las prestaciones disyuntivamente debidas.

RAMS ALBESA sostiene en torno a esta materia una curiosa posición. Sobre la base de que si la elección es una facultad acordada o reconocida al deudor para el cumplimiento normal de la obligación alternativa, no puede pretenderse que por falta de otro punto de referencia se mantenga tal facultad como derecho derivado de una no concentración de la obligación alternativa, estima que en este caso el deudor puede ofrecer al acreedor la reparación debida tomando como base el valor del contenido que él estime procedente, pero ello no impide que el acreedor demande por daños y perjuicios al deudor y tome como base de su reclamación el contenido que más utilidad le hubiera reportado o simplemente prefiriese; por lo que concluye que «no se puede hablar aquí de una elección, ya que en definitiva la solución estará en manos del juez, el cual, a falta de norma expresa y ante la imposibilidad de extraer una regla analógica, tendrá que acudir a su propio arbitrio» (12).

Severas objeciones dogmáticas cabe hacer al planteamiento transcrito. Pretender que no es posible el mantenimiento de la facultad de elección

(11) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, pág. 186.

(12) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, págs. 349-350.

como circunstancia derivada de una no concentración de la obligación alternativa, aparte de lo insólito del lenguaje, se halla muy cerca de una *contradictio in terminis*, pues si por exigencia conceptual mínima y por expreso mandato legal (art. 1.134 CC) la facultad de elección se pierde cuando la originaria obligación alternativa se concentre en una única prestación que sobrevive, resulta de lo más natural y obligado que no produciéndose semejante concentración subsiste incólume el *ius electionis*.

Igualmente, estimar que en la hipótesis en estudio (destrucción simultánea de todos los objetos debidos por culpa del deudor correspondiéndole a él la elección) el deudor puede ofrecer la indemnización que quiera y el acreedor reclamar la que le parezca, por lo que, en definitiva, será el juez quien decida en base a su arbitrio, es algo que ni tiene explicación adecuada ni viene al caso. Ni el acreedor ni el juez tienen nada que decir al respecto, porque por el hecho de que todas las prestaciones debidas desaparezcan contemporáneamente, el deudor no pierde su facultad de elección (en cuanto no hay concentración ni mucho menos extinción de la obligación alternativa), sino que la conserva, por más que ahora semejante elección ya no tenga como punto de referencia los objetos originarios sino las indemnizaciones sustitutorias. *Ex profeso*, prescindimos de los alegatos del autor que se comenta en el sentido de que no existe norma expresa (precisamente las cosas ocurren de esta manera por no existir norma expresa, ya que la solución que pretende es la que necesitaría de claro establecimiento legal) y de la imposibilidad de extraer una regla analógica (*sic*), hipótesis esta última que no hace falta ni resulta posible, ya que la solución viene impuesta por la sustancia misma de la obligación alternativa.

En efecto, en el supuesto que nos ocupa de pérdida de todas las cosas por culpa del deudor y elección concerniente al mismo, habiendo ocurrido todas las pérdidas de manera simultánea, la obligación, al no producirse concentración alguna, continúa siendo alternativa, por más que ahora la disyunción se plantee entre las distintas indemnizaciones que han reemplazado a las iniciales prestaciones, y, en consecuencia, el deudor tampoco ha perdido el derecho de elección que *ab origine* le correspondía.

Si, según hemos tenido ocasión de referir anteriormente, aun en el supuesto de imposibilidad prestacional sucesiva resulta muy difícil justificar dogmáticamente la fórmula legal de que el deudor haya de indemnizar en razón de la última prestación destruida y pierda su derecho de elección, no faltando autores, como GIORGI, que defienden la pervivencia de éste, ¿qué decir ahora, en el caso de imposibilidad prestacional coetánea, cuando no existe previsión legal y resulta la subsistencia del *ius electionis* de la propia estructura alternativa de la obligación y nada exige o justifica su desaparición? Como escribe RUBINO, si las dos prestaciones resultan imposibles contemporáneamente, no se puede afirmar que la obligación alternativa

devenga simple ni procede arrebatar la elección al deudor; lo único que sucede es que ésta se transfiere de las dos prestaciones *in natura* a los respectivos equivalentes en dinero, comprensivos también del pleno resarcimiento del daño (13). Este es, asimismo, el parecer, entre nosotros, de SANCHEZ REBULLIDA (14) y de ALBALADEJO (15).

Y difícilmente podría ser de otro modo, ya que no se alcanza a ver la razón, una vez excluida la idea de la pérdida como sanción a la culpa del deudor que requeriría de específica mención legal, por la que el deudor que podía elegir en el caso del cumplimiento por equivalente de la obligación alternativa, a menos que se tenga la peculiar e indemostrable concepción de RAMS de que la facultad de elegir inicial del deudor está acordada o reconocida solamente para el cumplimiento y desarrollo normal de la obligación alternativa (16), ya que todo coadyuva y nada impide considerar que, como escribiera hace muchas décadas LAROMBIÈRE, «si las cosas perecen coetáneamente por culpa del deudor, sin que quepa determinar cuál ha perecido la última, el deudor conserva la facultad de pagar a su elección al precio de una u otra» (17).

2. ELECCION CORRESPONDIENTE AL ACREEDOR

Trátase aquí del caso de que todas las prestaciones han devenido imposibles por causas imputables al deudor, y al acreedor corresponde la elección. Sin duda, es éste el supuesto más simple y lineal de todos los que se han venido considerando, hasta el punto de que los autores que se ocupen de él lo resuelven con breves y acrílicos comentarios. Así, GIORGI nos dirá que «el acreedor conservará su derecho de elección si ambas cosas han perecido al mismo tiempo por culpa del deudor» (18); y, entre nosotros, MUCIUS SCAEVO LA se limita a decir que «se aplicará el artículo 1.136, y la elección del acreedor recaerá entonces sobre el precio» (19), mientras que para Díez-PICAZO «la existencia de culpa del deudor es decisiva, porque si la elección corresponde al acreedor, el deudor tiene un deber de diligencia que recae sobre la conservación de todas las prestaciones comprendidas en el plan (20).

(13) RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Comentario del Codice civile a cura di Scialoja e Bianca*, Bolonia-Roma, 1957, págs. 122-123.

(14) SANCHEZ REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, 1985, pág. 107.

(15) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, pág. 187.

(16) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, págs. 349-350.

(17) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, II, Bruselas, 1862, pág. 7.

(18) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, IV, *op. cit.*, pág. 450.

(19) MUCIUS SCAEVO LA, *Código Civil*, XIX, *op. cit.*, pág. 834.

(20) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 507.

El párrafo tercero del artículo 1.194 del *Code Napoléon* establece al respecto que si han perecido ambas cosas y el deudor ha incurrido en culpa, «el acreedor puede exigir el precio de una u otra, a su elección»; y en los mismos términos se expresa el artículo 1.181 del Código Civil italiano de 1865. Por lo que hace al vigente Código Civil de Italia, a tenor de su artículo 1.290, cuando ambas prestaciones se hayan hecho imposibles y exista culpa del deudor, «si la elección correspondía al acreedor, éste puede pedir el equivalente de la una o de la otra». También nuestro Código Civil sigue la misma pauta al disponer en la regla tercera de su artículo 1.136 que «si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio».

En la hipótesis, pues, de culpa del deudor y elección del acreedor parece de todo punto razonable el tratamiento legal de que debiendo responder el deudor de la desaparición (con indiferencia de que ésta sea sucesiva o simultánea) de ambas prestaciones y sustituidas las mismas, en consecuencia, por las oportunas indemnizaciones de daños y perjuicios (así debe entenderse aquí también el término «precio» que utiliza la Ley española), corresponda (*rectius*, siga correspondiendo) al acreedor la facultad de optar por una u otra indemnización.

Sabido es que si la elección concierne al acreedor y una de las prestaciones alternativas debidas se hace imposible por culpa del deudor, puede aquél optar entre la prestación que subsiste y el resarcimiento del daño que le ocasione la desaparición de la primera. Pues bien, siendo esto así, resulta del todo natural y lógico que si la segunda prestación también se hace imposible por hecho imputable al deudor, aquella opción del acreedor se traslade automáticamente a los dos montos resarcitarios que ahora existirán, ya que sería de todo punto absurdo que lo que se predica respecto a la frustración culposa de una de las prestaciones no se predique asimismo en relación a la desaparición también imputable de la otra, permaneciendo incólumes todos los demás presupuestos del caso. Aparte de que, como escribe RUBINO, si el acreedor que ostenta la elección puede escoger el equivalente de una u otra prestación cuando sólo una ha devenido imposible por culpa del deudor y la otra por caso fortuito, *a fortiori* podrá hacerlo cuando ambas resulten imposibles por culpa del deudor, sin que deba necesariamente atenerse a aquélla que devino imposible la última (21).

Estas últimas palabras merecen una reflexión y nos pueden servir para apuntalar *a posteriori* la crítica que en páginas anteriores hacíamos al dictado legal de que cuando la elección corresponda al deudor y todas las prestaciones perezcan por su culpa, ni el acreedor puede exigir, ni el propio deudor puede optar por otra indemnización que no sea la correspondiente

(21) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 123.

a la prestación que desapareció en último lugar. Decíamos, en efecto, que no se alcanza a ver razón suficiente para que la norma imponga que desaparecidas sucesivamente las diversas prestaciones de una obligación alternativa no pueda el deudor, al que corresponde el derecho de elegir, optar por la indemnización de aquélla que considere oportuno; y concluíamos que no parece, en consecuencia, que la regla del artículo 1.135 de nuestro Código Civil esté dotada de mayor racionalidad o justificación.

Ahora se ve, si cabe, todavía más claro. ¿Por qué el legislador permite elegir entre una y otra indemnización cuando la elección corresponda al acreedor y, en cambio, niega semejante posibilidad en el supuesto de que dicha facultad concierna al deudor? Ya se ha visto que los argumentos de la concentración de la obligación alternativa y de la culpa del deudor en el caso de la imposibilidad sucesiva no servían cuando la elección correspondiera a dicho deudor; y es en este lugar donde encontramos un apoyo suplementario para esta tesis de exclusión.

En efecto, ¿qué razón válida existiría para que si la elección correspondiera al deudor, éste no pueda elegir, y, por el contrario, si la opción está atribuida al acreedor, el mismo pueda escoger? En ambas hipótesis existe culpa del deudor y en ambas también la imposibilidad imputable de una de las prestaciones debe desencadenar la obligación del resarcimiento del daño a cargo de dicho deudor; pretender que en una opera la concentración y en otra no, cuando en las dos la *fattispecie* es la misma, supone tratar de manera diferente lo que en sustancia es igual, y considerar que en la primera el deudor pierde el *ius electionis*, cosa que no le sucede al acreedor en la segunda, tiene un punto de incoherencia y absurdo.

Porque afirmar o negar la concentración en función de que la facultad de elegir corresponda al deudor o al acreedor, no parece tener mucho sentido, igual que tampoco lo tiene arrebatar en un caso aquella facultad al deudor y conservársela al acreedor en el otro, cuando en ambos, además, la imposibilidad se ha producido por causa imputable al deudor. Ciertamente que el artículo 1.134 de nuestro Código Civil habla de que «el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable», pero no menos cierto también que la misma regla debe predicarse cuando ello ocurra y la elección corresponda al acreedor, porque la norma está pensada, de manera fundamental, según se tuvo ocasión de ver en su lugar, para el supuesto de que habiendo desaparecido la posibilidad de realizar una de las prestaciones debidas en razón de un acontecimiento fortuito, subsista la posibilidad de que sea ejecutada la otra y la misma se mantenga hasta el instante mismo en que tenga cumplimiento *in specie* la obligación alternativa.

La hipótesis que aquí contemplamos es otra, pues hace referencia a la situación que resulta cuando todas las prestaciones debidas han devenido

imposibles por culpa del deudor en el momento en que se contempla la realización del vínculo obligatorio. En tal momento, ni tiene sentido operar con la tesis de la concentración de la obligación alternativa, ya que todas y cada una de las prestaciones desaparecidas han sido sustituidas por las respectivas indemnizaciones, ni parece haya de tener relevancia alguna el hecho de que la elección corresponda al acreedor o al deudor, habida cuenta que la poco razonable restricción de éste a la necesidad de satisfacer el equivalente pecuniario de la última prestación frustrada ya se ha visto que no es cómodo ni adecuado relacionarla con la culpa del deudor.

Y es que resulta difícil, por no decir imposible, razonar que el acreedor pueda elegir entre las distintas indemnizaciones, mientras al deudor se le niega similar posibilidad, cuando en uno y otro caso no se da diferencia básica alguna para justificar tan disímil tratamiento jurídico. Es más, si se opera con la tesis de la concentración de la obligación alternativa, la misma solución debería predicarse en uno y otro supuesto; pero si lo que se contempla es la culpa del deudor, aparte de que también se da en ambos, arrebatada a éste la facultad electiva y conservársela al acreedor, puede suponer, en el primero de dichos supuestos, una forma un tanto *sui generis* de sancionar al obligado, ya que, según antes se apuntaba, pudiera suceder que el acreedor tenga mayor interés en recibir aquella prestación que ahora, con la fórmula legal, ya no puede escoger el deudor ni él reclamar, por pertenecer, *ex definitione*, el derecho de elegir a éste.

Si el legislador hubiera arrebatado tanto al acreedor como al deudor el *ius electionis* en el caso de frustración de las dos prestaciones por culpa del deudor, habría cometido, en nuestra opinión, el error dogmático de hacer desaparecer una facultad que tiene pleno sentido subsista desde la óptica de la peculiar naturaleza jurídica de la especie obligatoria en que opera, pero quizá se hubiera equivocado menos que al disponer que la pierda el deudor y la conserve el acreedor, ya que en este caso al error conceptual viene a sumarse la injusticia de un trato diferenciado sin razón jurídica suficiente. Rectamente miradas las cosas, en el supuesto que nos ocupa, el deudor debería conservar la facultad de elegir entre los equivalentes económicos de las prestaciones imposibles en los mismos términos en que la mantiene el acreedor; pero no es así, y sería lamentable, como por desgracia parece debe concluirse, que toda la explicación descansase en que hubo un texto de POTHIER que trató de una determinada manera la hipótesis de la elección del deudor mientras nada dijo en relación a la hipótesis contraria de la elección del acreedor.

También aquí hay que desechar el parecer de RAMS ALBESA de que «sólo manejando una terminología impropia puede hablarse de mantenimiento de la facultad de elección cuando se contempla el supuesto de pérdida de todos los contenidos de la prestación», por lo que se trataría «del ejercicio de una

facultad del acreedor distinta de la facultad de elección que le fue atribuida en la constitución de la obligación alternativa, por la que simplemente se determina la base-valor sobre la que deberá calcularse el montante de la indemnización por daños o perjuicios derivados de la evidente responsabilidad contractual contraída» (22).

Ya hemos dicho en otro lugar que admitir la existencia del *ius electionis* cuando es posible el cumplimiento *in natura* de las prestaciones y negarlo cuando procede su cumplimiento por equivalente es algo que no tiene mayor sentido ni conduce a resultado alguno jurídicamente apreciable, máxime cuando la regla tercera del artículo 1.136 del Código Civil habla con toda claridad de «la elección del acreedor» y el mismo RAMS ALBESA se ve obligado a reconocer que «aquí lo que se da es una pluralidad de opciones, para el acreedor..., al resarcimiento del daño» (23). En realidad, el hecho de que ahora la elección deba hacerse entre prestaciones indemnizatorias no supone ninguna modificación sustancial ni desnaturalización de la misma, sino tan sólo el mero cambio de su contenido material; antes, el acreedor podía optar entre una u otra de las prestaciones originariamente contempladas, mas al sobrevenir la imposibilidad de todas ellas, su opción cambia de referencia objetiva y ahora se dirige a las indemnizaciones sustitutorias, pero sin que la misma pierda nada de su caracterización esencial, ya que, como con acierto resalta DE CRESCENZIO, «cuando los objetos se han perdido, ambos por culpa del deudor, es *natural* que el derecho de elección del acreedor pase de las cosas al precio de ellas» (24).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Zaragoza

(22) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., págs. 379-380.

(23) *Ibid.*, pág. 380.

(24) DE CRESCENZIO, «Obbligazione», en *Enciclopedia giuridica italiana*, XII-1, Milán, 1923, pág. 258.

Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos)

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES: INTRODUCCION.—II. FACULTAD DE SUBROGACION EN CASO DE DESISTIMIENTO Y NO RENOVACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (ART. 12.1 Y 2 LAU): A) SIGNIFICADO. B) REQUISITOS. C) MOMENTO DE LA SUBROGACIÓN EN EL ARRENDAMIENTO O, EN SU CASO, DE SU EXTINCIÓN. D) PAGO DE LAS RENTAS. E) NO CONTESTACIÓN PERO PERMANENCIA EN LA VIVIENDA. F) EL ANTIGUO ARRENDATARIO, ¿SIGUE SIÉNDOLO? G) ¿ES POSIBLE VOLVER A APLICAR EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. H) ¿ES EXIGIBLE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA PARA EL CASO DE DESISTIMIENTO?—III. FACULTAD DEL CONYUGE DEL ARRENDATARIO QUE ABANDONA LA VIVIENDA ARRENDADA: A) SENTIDO. B) PRESUPUESTOS DE LA FACULTAD DE SUBROGARSE. C) CONSECUENCIAS DE LA NO NOTIFICACIÓN. D) MOMENTO DE LA EXTINCIÓN O DE LA SUBROGACIÓN. E) PAGO DE LAS RENTAS.—IV. REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CONCERTADO POR UNO SOLO DE LOS ESPOSOS.—V. ATRIBUCION DE ESTAS FACULTADES A LOS COMPONENTES DE LAS PAREJAS QUE CONVIVEN *MORE UXORIO*.

I. ASPECTOS GENERALES: INTRODUCCION (1)

El precepto cuyo estudio va a ocuparnos a continuación es reflejo y consecuencia de una de las preocupaciones que, en los últimos años y

(1) El artículo 12 LAU se aplica no sólo a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados una vez en vigor la Ley en que se inserta, sino también, tal y como

siguiendo los designios de los artículos 39.1, y 47 de la Constitución de 1978, ha inquietado al legislador español, si bien dentro de un movimiento más general que ha afectado a gran parte de las legislaciones europeas (2): la protección de la vivienda familiar. Concretamente, es esta idea la que fundamentó ya las normas contenidas en los artículos 1.320, 1.321, 96 ó 103 del Código Civil, fruto de las recientes reformas del Derecho de Familia (3), cuya regulación se ve ahora completada por lo dispuesto en los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994.

Coherentemente con ello, el precepto a analizar está emplazado en el título II de la LAU, que lleva por rúbrica «De los arrendamientos de vivienda», y, dentro de él, en el capítulo II, que trata «De la duración del contrato».

Su contenido podemos sistematizarlo siguiendo dos criterios diferentes:

- Teniendo en cuenta quiénes son los sujetos favorecidos por él, sus tres primeros apartados se proponen defender de ciertos actos llevados a cabo por el arrendatario a su esposo; mientras que el último, remitiéndose a los anteriores, lleva a cabo lo propio, pero respecto de la persona con la que el inquilino mantuviera una relación de afectividad similar a la de cónyuge. Se origina así una equiparación a estos efectos entre el matrimonio y las uniones de hecho, equiparación a la que ya se había llegado, dentro del marco del Derecho Privado, en algún otro texto legal (4), siendo lo realmente novedoso

resulta de la disposición transitoria 1.^a1.2.^o de la misma, a los concertados a partir del 9 de mayo de 1985, y en virtud de la disposición transitoria 2.^aa) 2, a los anteriores a dicha fecha. Vid. ALBACAR LÓPEZ, J. L.: *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la nueva Ley y legislación vigente*, Trivium, Madrid, 1995, pág. 73.

Por otra parte, sea cual sea la interpretación del artículo 149.1.8.^o de la Constitución que se siga respecto a las materias sobre las que las Comunidades Autónomas con Derecho Foral pueden legislar (vid. sobre ello GUILARTE ZAPATERO, V.: *Actualidad y perspectivas del pluralismo legislativo en el Derecho Civil español. Lección inaugural del curso 1993-1994*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1993, págs. 25 y sigs.), estará incluido el contenido del artículo 12 LAU puesto que configura una base de la relación contractual del arrendamiento de la vivienda (la protección del derecho constitucional a la vivienda), tal y como ha puesto de manifiesto HIDALGO GARCÍA, S.: «Disposición final primera», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 805 y sigs., concretamente págs. 822-823.

(2) Vid. artículos 215 (Ley 65/570, de 13 de julio de 1965) y 1.751 (Ley 62/902, de 4 de agosto de 1962) del Code Civil francés y artículo 215 (Ley de 14 de julio de 1976) del Code Civil belga.

(3) Concretamente, los artículos 1.320 y 1.321 del Código Civil proceden de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo; los artículos 96 y 103, de la que efectuó la Ley 30/1981, de 7 de julio.

(4) Vid. disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre modificación del Código Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores; artículos 6 y 8 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Aunque con matizaciones, incluso podría citarse con anterioridad la disposición adicional 10 de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

en el precepto que analizamos, entre otros de los que componen la nueva LAU (5), la extensión de su aplicación a las parejas del mismo sexo (6).

- Desde el punto de vista de la **naturaleza de los actos** ante los que es posible reaccionar con las medidas establecidas en esta norma, sus dos primeros números configuran, en favor del esposo arrendatario, una forma de defensa alternativa a la que le brinda el artículo 1.322, en relación con el 1.320 del Código Civil (7), puesto que se refiere a supuestos previstos tanto por éstos como por aquéllos: el desistimiento y la no renovación del contrato; el tercero le ofrece protección allí donde no llegan a dársela los artículos del Código Civil últimamente expresados por aludir a conductas del inquilino que no pueden ser comprendidas por ellos y ante las que, hasta ahora, el esposo del arrendatario se veía desprotegido: nos referimos al abandono.

A pesar de tener distinta naturaleza, todos estos actos (no renovación, desistimiento y abandono) tienen algo en común: influyen en la duración del contrato de arrendamiento, pudiendo provocar, los primeros, su extinción por voluntad del titular, y el último (el abandono), la posibilidad del arrendador de resolver el contrato por la vía del artículo 27.2.f) LAU, con lo que el cónyuge o compañero, y los hijos en su caso, podrían verse en la calle si no fuera porque el legislador se ha preocupado de establecer mecanismos que impiden llegar a ello.

A los cuatro apartados que constituyen el artículo antecede un encabezado («Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario») que, como claramente se desprende de la simple lectura del precepto, no responde exactamente al contenido del mismo. Por una parte, porque no se regula en él propiamente el desistimiento o el vencimiento del contrato (8), sino las consecuencias que de ellos se derivan cuando son llevados a cabo por la sola voluntad del esposo que ostenta la calidad de arrendatario en favor del que no es tal; por otra, porque, inex-

(5) Vid. los siguientes preceptos de la LAU: artículo 16.1.b), artículo 24 y disposición transitoria 2.ª.B).7.

(6) Sin embargo, la doctrina, en general, no admite que pueda hablarse de unión de hecho si falta la nota de heterosexualidad. Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992, págs. 107-108.

(7) Aplicables dada su ubicación, sin ninguna duda, cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial vigente entre los esposos.

(8) Con carácter general el desistimiento es regulado en el artículo 11 LAU, y la no renovación o renuncia a la prórroga —a la que la rúbrica se refiere con la expresión «vencimiento»— en los artículos 9 y 10, de modo que aunque el arrendatario esté casado deberá atenerse a las normas que en estos preceptos se determinan si se propone desistir o no ejercitar sus derechos de prórroga.

plicablemente —sobre todo si tenemos en cuenta la importante novedad que la atención al mismo supone—, no hace la más mínima alusión al supuesto de abandono a pesar de dedicarse a él, como hemos visto, un apartado en exclusiva.

Adelantando lo que más detalladamente diremos con posterioridad, baste apuntar en estas consideraciones generales que la protección a la vivienda familiar se lleva a cabo en todos los supuestos mediante la concesión al esposo o compañero no titular del arrendamiento de la facultad de subrogarse en la relación arrendaticia, de modo que si la ejercita debidamente el contrato del que pasará a ser arrendatario será exactamente el mismo que aquel en el que anteriormente figuraba como tal el que desistió, no renovó o llevó a cabo el abandono, lo que implica que el arrendamiento durará sólo el tiempo que reste para completar el plazo inicialmente pactado y en las mismas condiciones en que se acordó. A pesar de ello, estimamos que no puede tratarse de ver en este precepto un sucedáneo —aunque con un ámbito subjetivo más reducido, en cuanto sólo el cónyuge o el compañero pueden subrogarse— de la cesión del artículo 24 de la anterior LAU, puesto que existe una diferencia esencial entre dicha cesión —que, como el supuesto que estudiamos, no requería el consentimiento del arrendador— y la figura que se regula en el artículo 12 de la LAU actual, y es que la subrogación que en virtud de este último se produce no requiere consentimiento del titular (9) del arrendamiento dirigido en este sentido (10).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que aunque hablamos de protección de la vivienda familiar, al único que se le reconoce el derecho a través del cual tal protección se logra es al cónyuge o al compañero, no a los hijos.

(9) Otro supuesto en el que tampoco es preciso el consentimiento de la parte a la que se subroga es el regulado por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (*BOE* 4 abril 1994), cuyo artículo 2 determina en su primer párrafo que «el deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil».

(10) En contra, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Hora, Valladolid, 1994, *op. cit.*, págs. 143, 146 y 147.

Respecto a los créditos o deudas existentes entre el arrendatario originario y el arrendador, y vencidos antes de la subrogación, estima CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *Comentarios a la LAU*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 274, que aquél no se libera de sus deudas y éste podrá ejercer la facultad de resolver el arrendamiento contra el nuevo arrendatario, que sólo podrá evitarlo si paga por tercero, lo cual no quiere decir que el débito se le haya transferido; tampoco se transmiten al nuevo arrendatario los créditos de dinero que el anterior tuviera contra el arrendador a no ser que se le cedan expresamente, pero sí adquiere los créditos derivados de prestación al uso útil (art. 1.554 CC).

Por otra parte, este precepto no se aplica en todo supuesto de arrendamiento familiar (caso de los arts. 1.320 y 1.322 CC), sino sólo cuando media una situación de crisis matrimonial, si es que el arrendatario estaba casado, o de ruptura de la pareja de hecho, si esta fuera la hipótesis previa. Destaca así en la nueva LAU que a pesar de su reducido número de artículos dedique dos a la protección del arrendamiento de vivienda familiar en casos de crisis matrimonial (arts. 12 y 15 LAU), lo que demuestra la gran importancia social del problema y la necesidad de resolverlo.

Concretando más, el artículo 12 LAU se aplicará, en caso de matrimonio, cuando la crisis no haya trascendido jurisdiccionalmente o cuando habiendo trascendido el Juez aún no se haya pronunciado sobre la adjudicación del uso de la vivienda (en el auto de medidas provisionalísimas, auto de medidas provisionales o sentencia), lo cual conllevará la aplicación del artículo 15 LAU.

Por último, es necesario que el arrendamiento haya sido concluido por uno solo de los esposos o de los convivientes *more uxorio*, no por los dos, tal y como se deduce de las expresiones utilizadas por el precepto: el arrendatario, cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, cónyuge del arrendatario, persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario... (11). Pero deberá tenerse en cuenta que respecto al carácter común o privativo del arrendamiento cuando media matrimonio, habrá que estar a las normas del régimen económico-matrimonial correspondiente.

II. FACULTAD DE SUBROGACION EN CASO DE DESISTIMIENTO Y NO RENOVACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (ART. 12.1 Y 2 LAU)

A) SIGNIFICADO

Toda reflexión que sobre los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la nueva LAU pueda realizarse (12) ha de tomar como punto de partida el artículo 1.320 del Código Civil.

(11) También entre estas consideraciones generales cabe indicar que no establece la vigente LAU, a diferencia de la anterior en su artículo 99.1, caso 5.º, si el arrendador ante estos supuestos de subrogación puede incrementar la renta al nuevo arrendatario, lo cual hace pensar que no le asiste este derecho. Ello sin perjuicio, claro está, de que se siga aplicando el artículo 18 de esta Ley respecto a su actualización.

(12) Dice el artículo 12 LAU en sus apartados 1 y 2:

«1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge».

«2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto.

Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato si la misma no estuviere ya abonada».

Dicho precepto (13), nacido de la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, goza de una importancia especial en la materia que aquí se va a tratar, puesto que tiene como finalidad evitar que la arbitrariedad o mala fe de uno de los cónyuges pueda llevar a que el otro se vea privado de la vivienda en que el matrimonio venía alejándose (14), y ello independientemente de la naturaleza del derecho en virtud del cual la familia ocupaba ésta (propiedad, arrendamiento, usufructo...) y de quién ostente la titularidad de la misma (en otras palabras, ya sean cotitulares ambos cónyuges o uno solo de ellos el titular). Con el objeto de lograr tal fin, el artículo 1.320 del Código Civil exige para disponer de la vivienda habitual y de los muebles de uso ordinario de la familia el consentimiento de ambos esposos (consentimiento y asentimiento si sólo uno es el titular) o, en su caso, autorización judicial (15).

Consecuentemente con lo hasta ahora apuntado, cuando el derecho a través del cual la familia basada en el matrimonio goza de la vivienda es el de arrendamiento, el artículo 1.320 del Código Civil implica la indisponibilidad del mismo sin que conste el doble consentimiento a que acabamos de referirnos o la autorización del Juez, aunque sólo uno de los cónyuges sea su titular (16), supuesto que es el que aquí nos interesa.

(13) Vid. Díez-PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 1505 y sigs.; ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil*, PPU, págs. 132 y sigs.; HERRERO GARCÍA, M. J.: «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, págs. 299 y sigs.

(14) Vid. DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «La protección de la vivienda familiar en los derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado», *RDN*, enero-marzo 1983, págs. 147 y 139; HERRERO GARCÍA, M. J.: «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 301 y sigs.; ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, cit., págs. 23 y sigs.; DE LA CARCABA FERNÁNDEZ, M.: «La protección de la vivienda familiar en el artículo 1.320 del Código Civil», *RCDI*, 1987, págs. 1433-1434.

(15) Vid. recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, *RA*, núm. 10330, que refiriéndose al artículo 1.320 CC dice: «El citado artículo habla de "disponer de los derechos sobre la vivienda", por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda». Respecto a la naturaleza obligacional o real del arrendamiento, aunque es un tema que excede del objeto de este trabajo, puede verse el estado general de la cuestión en: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho de arrendamiento», *Estudios sobre Derecho de cosas*, I. *Temas generales*, 2.ª edición, ampliada, Montecorvo, 1985, págs. 471 y sigs.

(16) Frente a la solución implantada por el legislador español, en otros países, concretamente en Francia, a pesar de existir un artículo equivalente a nuestro 1.320 del Código Civil (arts. 215.3 Code Civil), la protección de la vivienda familiar arrendada

Pues bien, entre los actos que por privar a la familia del goce de la vivienda que habitualmente ocupa tal titular no puede realizar por sí sólo, están el desistimiento y la negativa a su renovación (17). Esto es así porque tanto el uno como la otra suponen la extinción de la relación contractual y, por consiguiente, la salida de la familia de la que hasta entonces era su vivienda.

En este contexto el artículo 12.1 y 2 de la LAU vendría a establecer una consecuencia de la falta de consentimiento del cónyuge no arrendatario en estos actos: se concede a éste la facultad de subrogarse en la relación arrendaticia siempre que en el plazo de quince días conteste el requerimiento que al efecto puede hacerle el arrendador, de modo que si no lo hace o lo hace con respuesta negativa el arrendamiento quedará extinguido.

Ahora bien, el artículo 1.322, párrafo 1.º, del Código Civil estableció en 1981 otra consecuencia derivada de tal falta de consentimiento en los casos en que medie matrimonio: la anulabilidad (18) de los actos de disposición sobre la vivienda familiar llevados a cabo por un cónyuge sin consentimiento del otro. Tal anulabilidad implica que, en caso de instarse, tales actos carecerán de todo efecto y el arrendamiento continuará como hasta entonces.

Ante ello, debemos preguntarnos si el artículo 12 LAU ha venido a sustituir en estos casos el artículo 1.322 CC y, si no es así, cuándo se aplica el uno o el otro.

cuando el titular del arrendamiento es uno solo de los esposos (incluso cuando el contrato se celebró antes del matrimonio) se lleva a cabo por la vía de considerar a ambos cotitulares de este derecho, lo cual implica también la exigencia del consentimiento de los dos (art. 1751 Code Civil).

(17) O dicho de otro modo, la negativa expresa al derecho de prórroga configurado por los artículos 9 y 10 de la LAU. *Vid.* al respecto: GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 9. Plazo mínimo», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. op. cit.*, págs. 75 y sigs., y del mismo autor, «Artículo 10. Prórroga del contrato», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, op. cit.*, págs. 103 y sigs.; PRATS ALBENTOSA, L.: «Artículo 9. Plazo mínimo», y «Artículo 10. Prórroga del contrato», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, op. cit.*, págs. 95 y sigs., y págs. 107 y sigs. respectivamente; ROJO AJURIA, L.: «Artículo 10», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 139 y ss., y 151 y ss., respectivamente; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Artículo 9. Plazo mínimo» y «Artículo 10. Prórroga del contrato», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, *op. cit.*, págs. 177 y sigs., y 219 y sigs., respectivamente; SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9 a 16», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, EDESA, Madrid, 1995, págs. 103 y sigs.; FUERTES LOJO, J. V.: «Artículo 9» y «Artículo 10», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 («BOE» del 25)*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 49 y sigs., y 55 y sigs. respectivamente.

(18) *Vid.* GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda calificación)», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 935 y sigs., especialmente págs. 972 y sigs.

Respecto a la primera cuestión, no creemos que el artículo 12 LAU haya derogado al 1.322 CC (19), y ello porque a pesar de que el primero es ley especial y además posterior con relación al segundo, no existe incompatibilidad entre ambos (20): el artículo 1.322 CC únicamente establece la anulabilidad del acto llevado a cabo por el arrendatario sin el consentimiento de su esposo, de modo que el hecho de que dicho acto sea anulado o no depende sólo de la voluntad de éste; el artículo 12 LAU vendría a otorgar al cónyuge del arrendatario que no optó por solicitar la anulación una facultad (la de subrogarse en el arrendamiento) que implica una mayor protección en su favor por parte del ordenamiento jurídico.

Respecto a la otra pregunta que nos formulábamos más arriba, un examen comparativo de ambos preceptos nos lleva a determinar su respectivo campo de aplicación. Concretamente, estimamos que el artículo 1.322 CC será aplicable tanto a las situaciones de normalidad de la vida del matrimonio como a los supuestos de crisis matrimonial. La primera de las afirmaciones no requiere aclaración alguna, pero sí es conveniente que realicemos alguna observación con relación a la segunda: En caso de crisis matrimonial, la no renovación o el desistimiento sin consentimiento serán una manifestación de la misma; si el cónyuge opta por aplicar el artículo 1.322 CC, es decir, por solicitar la anulabilidad del acto, el desistimiento y la renovación no tendrán efecto y el titular del arrendamiento seguirá siendo el cónyuge que no renovó o desistió; ahora bien, ante ello la reacción más probable de este cónyuge será abandonar la vivienda sin más, con lo que para evitar la resolución del contrato por el arrendador se aplicará el artículo 12 LAU y el esposo no titular se subrogará en el arrendamiento. Por tanto, podemos concluir que el artículo 1.322 CC, aunque aplicable, no basta, no es suficiente para proteger la vivienda en casos de crisis y es preferible que el cónyuge no titular opte desde un principio por ejercitar la facultad que le concede el artículo 12.1 y 2 LAU esperando el requerimiento del arrendador.

Pasando al artículo 12 LAU, como acabamos de ver, se aplicará sin duda alguna cuando exista una situación de crisis matrimonial y el titular pretenda dejar la vivienda o, lo que es lo mismo, dejar de convivir con su cónyuge (21). Sin embargo, en circunstancias de normalidad de la vida

(19) En contra, FINEZ, J. M.: «Artículo 12», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cívitas, Madrid, 1995, *op. cit.*, pág. 174; CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio...», *op. cit.*, pág. 253

(20) *Vid* Díez-PICAZO JIMÉNEZ, L. M.: *La derogación de las leyes*, monografías Cívitas, Cívitas, Madrid, 1990, págs. 68 y sigs. sobre la derogación en general, y págs. 285 y sigs. sobre la derogación tácita en particular.

(21) Creemos que al igual que el artículo 1.322 CC se aplicará sobre todo en casos de normalidad, el legislador al redactar el artículo 12 LAU pensaba en su aplicación en casos de crisis y abandono de la vivienda.

conyugal existen argumentos en favor y en contra de su aplicación; precisamente entre los primeros encontramos las siguientes: *a)* El derecho de subrogación que se concede en el artículo 12 LAU, en cuanto no requiere el consentimiento del arrendador, constituye una excepción al principio, inspirador de la reforma y recogido en el Preámbulo de la Ley, de no admitir la subrogación *inter vivos* sin consentimiento del arrendador, principio que se manifiesta en el artículo 8 LAU (22); pues bien, en cuanto excepción, el artículo 12 LAU deberá ser objeto de interpretación estricta. *b)* A su vez, la excepción que supone conceder la facultad de subrogarse sin el consentimiento del arrendador únicamente se justifica de forma plena si con ella se trata de proteger al cónyuge o conviviente que por la conducta del arrendatario puede quedarse sin vivienda, lo cual no cabe cuando el arrendatario se queda en ésta, pues entonces no podrá aplicarse el artículo 27.2.f) LAU. *c)* El respeto a las perspectivas tenidas en cuenta por el arrendador que contrató con uno y no con el otro. *d)* El hecho de que sirviéndose del artículo 12 LAU los esposos o convivientes pueden perseguir defraudar al propietario: colocando como titular al esposo o conviviente insolvente, cambiando el rumbo de las subrogaciones... *e)* Por último, y como réplica al argumento que como veremos inmediatamente puede esgrimirse en favor de la otra posibilidad, el número 3 del artículo 12 LAU exige expresamente el abandono porque es ese el único hecho positivo que se requiere. Por otra parte, en contra de la aplicación del artículo 12 LAU a los supuestos de normalidad de la vida del matrimonio, podemos citar: *a)* Que el abandono no se exige por la letra del precepto, a diferencia del número 3 de este mismo artículo. *b)* Que el artículo 24.1 LAU anterior tampoco lo exigía (23). *c)* Que si exigiera el abandono, aunque el arrendatario se marchase de la vivienda, nada impediría que regresase a ella en caso de reconciliación y no recuperaría la titularidad del arrendamiento.

A nosotros nos convence más la primera de las posturas defendidas, sin embargo reconocemos que los argumentos que pueden esgrimirse

(22) El artículo 24 LAU anterior admitía la cesión *inter vivos* sin consentimiento del arrendador en favor no sólo del cónyuge, sino también de ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales e hijos adoptivos menores de dieciocho años al tiempo de la adopción que convivieran con el inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento en la vivienda arrendada con dos años de antelación en general y de cinco años cuando de hermanos se tratase, no exigiéndose plazo alguno cuando el cesionario fuera el esposo. Esta cesión debía ser notificada fehacientemente al arrendador, para su eficacia, dentro de los dos meses de realizada.

(23) Sin embargo, FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 412 y sigs., estimaba que había de abandonarse, manteniendo esta misma opinión respecto al artículo 12 de la LAU actual en «Artículo 12», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994* («BOE» del 25), op. cit., pág. 63.

en favor de la segunda, sobre todo el último de ellos, también son de peso (24).

Ante todo esto podemos concluir que cuando la vivienda familiar viniera gozándose en virtud de un derecho de arrendamiento del que fuera titular solo uno de los cónyuges y éste desistiera o no renovase el contrato con los requisitos expresados, el artículo 12.1 y 2 LAU ha venido a ofrecer al esposo no titular una nueva forma de reaccionar ante ello, ya que podrá optar no sólo por solicitar la anulación del acto (art. 1.322.1.º CC), con lo que el arrendamiento continuará en las mismas condiciones en que estaba antes y con el mismo titular, sino también por subrogarse en el lugar que ocupaba su cónyuge en el contrato arrendaticio, de modo que, entonces, la manifestación de la voluntad de desistir o la renuncia a la prórroga por el titular producirán ciertos efectos que no serán los propios de tales actos: por una parte, la atribución de una nueva facultad al cónyuge no arrendatario, que permitirá la **continuación del mismo** contrato con un nuevo titular que se colocará en el lugar del antiguo; por otra, la pérdida por el cónyuge hasta ese momento arrendatario de la condición de tal. Por consiguiente, a falta de autorización judicial, sólo en el caso de que el desistimiento o la declaración de no renovación de un cónyuge se realice con el consentimiento del otro, ya sea expreso, tácito, anterior o posterior, serán válidos como tales y producirán los efectos que les son propios (lo cual es acorde con el art. 1.320 CC).

B) REQUISITOS

Los requisitos que han de cumplirse para que el esposo no titular del arrendamiento llegue a subrogarse en el mismo se determinan en los números 1 y 2 del artículo 12 de la LAU, estableciéndose en el primero el presupuesto de hecho que posibilita el nacimiento del derecho de subrogación del cónyuge no titular del arrendamiento y su consecuencia, y en el segundo, los pasos a seguir para que ésta se haga realidad. Más concretamente, es necesario:

1. Que el cónyuge titular del arrendamiento haya efectuado una decla-

(24) Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *op. cit.*, págs. 144-145, estima que «bastaría con el desistimiento sin necesidad de que materialmente el cónyuge abandone el domicilio familiar, es decir, sin necesidad de estarse en presencia de un supuesto de crisis conyugal». Estiman que el artículo 12 se aplicará a los supuestos de crisis matrimonial: LEÓN-CASTRO, J.-DE COSSÍO, M.: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995, pág. 72.

ración que exprese su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, conforme a lo determinado por la misma Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 9, 10 y 11 LAU) (25).

Concretamente, la posibilidad de desistir por parte del arrendatario está recogida por el artículo 11 LAU (26) y, en todo caso, ha de haberse ejercitado por el titular en la forma y únicamente en los casos que este precepto determina, es decir, sólo cuando la duración pactada haya sido superior a cinco años, hayan pasado igualmente cinco años y el arrendatario haga saber su voluntad de desistir al arrendador con una antelación de dos meses.

En cuanto a la «no renovación» del contrato, con tal expresión el artículo 12 de la LAU se refiere a los casos en que el titular del arrendamiento no ejercita el derecho de prórroga que le corresponde, en los términos de los artículos 9 y 10 de la LAU:

- El primero de ellos establece que en los arrendamientos de duración pactada inferior a cinco años el arrendatario tiene derecho a que el contrato se prorrogue por período de un año hasta llegar al plazo de duración configurado como mínimo por la LAU (cinco años); sin embargo, la prórroga no tendrá lugar si, con al menos quince días de antelación al final del plazo inicialmente pactado o al final de la última anualidad de prórroga, el titular del arrendamiento manifiesta al arrendador su voluntad de no renovarlo, lo cual supondrá el fin del arrendamiento.

(25) Frente a ello, FINEZ, J. M.: «Artículo 12», *op. cit.*, pág. 178, cree que la facultad de continuación en el arrendamiento se da en todo tipo de desistimientos, tanto en los que cumplen los requisitos del artículo 11 LAU como en los que denomina «desistimientos irregulares». También es esta la opinión de SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9-16», *op. cit.*, pág. 133, y de FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 12», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *op. cit.*, pág. 63. Nosotros pensamos que esto sólo será posible si el arrendador acepta el desistimiento irregular.

(26) Este era el único supuesto previsto por el artículo 13.1 y 2 del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* 21 febrero 1994).

Vid. sobre el actual artículo 11 LAU: GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *op. cit.*, págs. 127 y sigs.; PRATS ALBENTOSA, L.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 111 y sigs.; ROJO AJURIA, L.: «Artículo 11», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cívitas, Madrid, 1995, *op. cit.*, pág. 167; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *Comentario a la LAU*, Aranzadi, Pamplona, 1995, *op. cit.*, págs. 233 y sigs.; FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 11», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *op. cit.*, págs. 58 y sigs. SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9 a 16», *op. cit.*, págs. 125 y ss. Respecto al desistimiento en general, *vid.* RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991, especialmente págs. 48-50.

- El segundo supuesto (art. 10 LAU) comprendido en la «no renovación» es aquel en el que el arrendatario —no habiendo manifestado el arrendador con un mes de antelación su voluntad de no renovar el contrato—, con una anticipación mínima de un mes al vencimiento del mismo y cuando éste hubiera durado al menos cinco años, comunica al arrendador que no desea que se prorrogue por plazos anuales hasta tres años más, o hace lo mismo con un mes al menos de antelación al término de cualquiera de las prórrogas anuales respecto a la o las restantes. También de este modo se extinguirá, por voluntad del arrendatario, el arrendamiento.

Por consiguiente, no es posible extender la aplicación del artículo 12 LAU, en sus números 1 y 2, a los casos en que la relación arrendaticia concluye por otras causas (arts. 27 y 28 LAU) dadas las diferencias entre éstas y aquéllas, puesto que los actos que nos ocupan suponen la extinción de la relación contractual por la mera voluntad de una de las partes, sin necesidad de justificación alguna (27).

2. Que el desistimiento o la declaración de no renovación se haya realizado sin el consentimiento del esposo no arrendatario ni autorización judicial, lo cual, como ya dijimos, implica que éste pueda optar entre pedir que se anule el acto, de acuerdo con el artículo 1.322 del Código Civil, o ejercitar la facultad que en este artículo se confiere.

3. Además es preciso que el cónyuge no titular cuyo consentimiento se omitió conviviera con el titular del arrendamiento.

Para que pueda apreciarse la existencia de convivencia a los efectos de este artículo no es preciso que los cónyuges estén juntos, bastará con que conserven el *animus* de reunirse cuando están ausentes. Unicamente faltará la convivencia en el caso de cese efectivo de la misma en el sentido de los artículos 82.5, 86 y 102.1 del Código Civil (28).

No dice el precepto si la convivencia ha debido mantenerse durante un determinado tiempo ni si la misma ha debido desarrollarse en la vivienda familiar (29); sin embargo, creemos que la cuestión ha de resolverse en el mismo sentido que lo era por el artículo 24 de la LAU derogada (30) y

(27) Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, op. cit., págs. 178, 378 y 379; en cuanto a los requisitos para que el desistimiento sea válido, vid. págs. 49-50 de esta misma obra.

(28) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1990, op. cit., pág. 137.

(29) Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: «Artículo 70», *Comentario al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 322, que subraya la importancia de la vivienda familiar como domicilio conyugal.

(30) Vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Bosch, Barcelona, 1994, op. cit., págs. 404-405.

entender que no se precisa plazo alguno de convivencia (31), pero sí que ésta se desarrolle en la finca arrendada (32).

Por otra parte, estimamos que el cónyuge que desistió o no renovó deberá dejar la vivienda (si es que no lo hizo antes) en el momento para el que está previsto que sus declaraciones produzcan efecto (33), ya que si el antiguo arrendatario sigue habitando allí con su cónyuge convertido en actual arrendatario el desistimiento sólo aparentemente habrá sido sin consentimiento de su esposo, de modo que lo más probable es que lo que con dicho acto se haya perseguido sea defraudar al arrendador, ya colocando como nuevo titular del arrendamiento al cónyuge insolvente (34), ya posibilitando la subrogación por causa de muerte de personas distintas a las que de otro modo hubiesen tenido dicho derecho (35). Esto explica también que, como hemos dicho ya, el desistimiento al que se refiere este artículo se dé en situaciones de crisis familiar cuando el arrendatario se propone dejar de convivir con su familia, tal y como antes defendimos.

Como consecuencia de la concurrencia de todas estas circunstancias surge en favor del cónyuge del titular del arrendamiento el derecho de continuar él mismo en su beneficio (segundo inciso del núm. 1 del precepto que estudiamos), de modo que si se decide a ejercitar la facultad que se le ofrece su subrogación en el contrato se impondrá al arrendador de forma forzosa, independientemente de lo que él prefiera. Tal ejercicio ha de lle-

(31) Salvo que estemos ante el arrendamiento de vivienda de convivientes de hecho, pues entonces habría que estar a lo establecido al respecto en el número 4 de este artículo 12 LAU.

(32) Así lo cree también FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 12». *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, op. cit., pág. 61.

(33) En contra, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», op. cit., págs. 144-145; FINEZ, J. M.: «Artículo 12», op. cit., pág. 175.

(34) Las rentas derivadas del arrendamiento de la vivienda familiar son cargas del matrimonio, por lo que en el régimen de separación ambos cónyuges han de contribuir a las mismas en proporción a sus respectivos patrimonios, si no se estableció otra cosa, de acuerdo con los artículos 1.438 y 1.318 del Código Civil; pero en principio, frente al arrendador, será responsable el titular del arrendamiento (art. 1.440 CC).

Si el régimen que rige la economía del matrimonio es el de sociedad de gananciales, responderán primeramente los bienes del arrendatario, pero también los bienes comunes por encontrarnos ante una de las cargas de la sociedad (arts. 1.362 y 1.369 CC), lo cual requiere que la demanda se dirija también contra el cónyuge no arrendatario. Por último, y dada la sujeción de los bienes de los esposos a las cargas del matrimonio que establece el artículo 1.318 del Código Civil para todo régimen económico-matrimonial, también los bienes del cónyuge no arrendatario podrán responder de las rentas que resten sin cobrar.

(35) Recordamos que en el caso de la cesión del artículo 28 de la Ley de Arrendamientos Urbanos derogada también se estimaba por la doctrina que el cedente había de abandonar la vivienda, no pudiendo convivir con el cesionario. Vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, op. cit., págs. 412 y 414.

varse a cabo siguiendo los pasos que a estos efectos establece el número 2 de este artículo 12 LAU. Sin embargo, antes de pasar a verlos hemos de hacer una advertencia, cual es que hay que partir de que el cónyuge no titular del arrendamiento no haya pedido la anulación de la no renovación o del desistimiento llevado a cabo por el arrendatario, tal y como le permitiría el artículo 1.322 del Código Civil, puesto que esta medida que para proteger la vivienda familiar determina dicho precepto es alternativa e incompatible con la que aquí estudiamos.

Pues bien, las formalidades a las que antes nos hemos referido son las siguientes:

1. Requerimiento que el arrendador ha de dirigir al cónyuge del arrendatario con la finalidad de que éste manifieste su voluntad de subrogarse en el arrendamiento.

A diferencia de lo que ocurría con el artículo 13.2 del Proyecto de LAU, el que ahora analizamos, no impone al arrendador la obligación de requerir al esposo del arrendatario, sino que deja a su voluntad hacerlo o no («... podrá... requerir...»); no obstante, el resultado es el mismo, ya que ni en la redacción provisional ni en la definitiva se establece sanción alguna al arrendador que no requiere, puesto que, como veremos, el requerimiento opera en su propio interés.

Por otra parte, si no se le obliga a requerir, menos aún se fija un plazo para hacerlo, de donde se deriva que el requerimiento podrá llevarse a cabo cuando se quiera, independientemente del tiempo transcurrido desde la comunicación del arrendatario; sin embargo, el que el arrendador deje transcurrir sin requerir correrá en su propio perjuicio, pues lo que a él le conviene es saber cuanto antes si el cónyuge del arrendatario va a subrogarse o no en el arrendamiento para, en caso negativo, actuar en consecuencia.

Si el cónyuge no titular, a causa de no haberle hecho el requerimiento el arrendador, permanece en la vivienda una vez llegado al momento en que la declaración de no renovación o de desistimiento debería ser eficaz, estimamos que existirá una situación de precario en favor de dicho esposo, de modo que una vez requerido si no contesta en el plazo de quince días el contrato quedará extinguido desde el momento que luego veremos. Si contestara dentro del plazo afirmativamente, tendrá lugar la subrogación de éste en el contrato (36).

2. El cónyuge del titular del arrendamiento debe contestar en el plazo de quince días desde dicho requerimiento.

(36) De todos modos, tal y como pone de manifiesto SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9-16», *op. cit.*, pág. 135, nada impide que el esposo no arrendatario se adelante al requerimiento del arrendador y le manifieste su voluntad de continuar o abandonar el arrendamiento.

No se dice si es necesario que el requerimiento y la contestación al mismo se hagan de forma fehaciente, tal y como hacía el artículo 24 de la derogada LAU respecto a la notificación de la cesión que había de dirigirse al arrendador y que fue entendido por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la misma había de ser clara y auténtica (37). Pensamos que en la nueva LAU debería haberse exigido también este carácter al requerimiento y a la contestación, sobre todo teniendo en cuenta que ésta ha de realizarse en un determinado plazo a contar desde aquél y que de este modo la claridad y autenticidad afectarían también al contenido del requerimiento y al de la notificación (38). Llama la atención que incluso la exigencia de que el requerimiento fuera de fecha cierta que aparecía en Proyecto de LAU, haya sido también omitido en el texto definitivo. Sin embargo, estimamos que ante su ausencia primará la necesidad de la certeza y, con ello, la fehaciencia (39).

3. Para que se produzca la subrogación la contestación del cónyuge ha de ser afirmativa.

En el caso de que no se conteste al requerimiento o la respuesta al mismo sea negativa, el contrato de arrendamiento se extinguirá.

C) MOMENTO DE LA SUBROGACIÓN EN EL ARRENDAMIENTO O, EN SU CASO, DE SU EXTINCIÓN

Hemos dicho que el artículo 1.322 del Código Civil puede aplicarse tanto si existe crisis como si no, con las observaciones oportunas en el primer caso. Si según este precepto el desistimiento o no renovación sin consentimiento es un acto anulable, podrá ser ratificado por el asentimiento posterior; si así ocurre, el efecto del desistimiento o no renovación tendrá lugar al día siguiente de concluido el plazo de preaviso de los artículos 9, 10 y 11 LAU, y ello aunque tal asentimiento haya tenido lugar mucho después. A este respecto, la no contestación en el plazo o la contestación negativa al ejercicio de la subrogación equivale al asentimiento al acto

(37) Vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, *op. cit.*, págs. 406-407.

(38) Esto último, en lo que se refiere al requerimiento, ha sido también observado por GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia», *op. cit.*, pág. 147.

(39) El Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de octubre de 1991, RA, núm. 6917, y de 25 de octubre de 1993, RA, núm. 7657 (entre otras), ha entendido que para que exista fehaciencia no es precisa la constancia por escrito, bastando la forma verbal siempre que pueda probarse plenamente la declaración de voluntad y ésta sea expresa, no tática o presunta.

llevado a cabo por el titular, y por consiguiente la extinción del arrendamiento se producirá con la conclusión del plazo de preaviso. Si esto es así, si se ejercita la facultad de subrogación, la misma habrá de entenderse producida desde ese mismo momento.

D) PAGO DE LAS RENTAS

Dice el último inciso del párrafo 2.º del artículo 12 LAU que «el cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato si la misma no estuviera ya abonada». Lo confuso de tal redacción permite defender distintas interpretaciones (40), sin embargo nosotros estimamos que lo más coherente es entender dicha frase en el sentido siguiente:

El cónyuge no titular únicamente deberá pagar la renta hasta la extinción del contrato si se subroga en el arrendamiento y desde que tiene lugar dicha subrogación. El otro esposo, hasta entonces arrendatario, dejará de estar obligado al pago de las rentas, salvo las correspondientes al tiempo que quedara hasta que concluyese el plazo del preaviso, pues hasta ese momento sigue siendo arrendatario. Creemos que esto es así porque la extinción en caso de no contestación se produce no cuando han pasado los quince días desde el requerimiento, sino en el momento de conclusión del plazo de preaviso, y ese tiempo le corresponde pagarlo al arrendatario que desistió o no renovó (41).

No puede defenderse que el legislador con la expresión «hasta la extinción» haya querido decir «hasta el término del plazo para contestar desde el requerimiento», ya que tal interpretación podría llevar a resultados injustos, pues si el arrendador tardó en requerir varios meses no tiene por qué pagar el cónyuge las rentas correspondientes a los mismos cuando ese tiempo ha transcurrido por la negligencia de aquél.

Tampoco que el no titular tenga que pagar, si no contesta, desde el requerimiento hasta que transcurrieran los quince días sin contestar o, aún más,

(40) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., págs. 148 y sigs., que partiendo de que el arrendamiento se extingue al pasar los quince días desde el requerimiento, distingue las siguientes posibles interpretaciones: 1. El esposo no titular paga, si no contesta, hasta el momento de la extinción (en todo caso, aunque el arrendador tarde en requerir, incluidos los meses intermedios). 2. El esposo que se subroga paga hasta la extinción. 3. El cónyuge que no contesta deberá pagar desde el requerimiento hasta la extinción (no, por consiguiente, los meses intermedios en los que no requirió el arrendador). 4. Deberá pagar desde el requerimiento hasta que abandone la vivienda.

(41) Tal es el significado que ha de darse al inciso final: «si la misma no estuviera ya abonada».

hasta que se vaya de la vivienda, pues nos parece que esto es demasiado interpretar partiendo de esta frase, sobre todo si tenemos en cuenta que el proyecto lo decía así expresamente y tal dicción ha sido suprimida (42).

En consecuencia:

- Las rentas que median desde la comunicación de la voluntad de desistir o de no renovar hasta el fin del plazo de preaviso corresponderá pagarlas al cónyuge que desistió o no renovó.
- Si el esposo no titular contesta afirmativamente dentro del plazo de quince días desde el requerimiento del arrendador, pagará las rentas a partir de la conclusión del plazo de preaviso, puesto que desde entonces es arrendatario.
- Si contesta dentro del plazo de quince días desde el requerimiento negativamente, no deberá pagar nada.
- Si no contesta en el plazo, dado que no se determina sanción, no cabe imponer ninguna al cónyuge no titular, lo cual no siempre llevará a resultados injustos si se tiene en cuenta que dados los plazos de preaviso el arrendador puede evitar requiriendo enseguida al esposo no titular que éste permanezca en la vivienda una vez extinguido el contrato, es decir, una vez concluido el tiempo de preaviso. De todos modos, creemos que hubiese sido deseable que el legislador hubiese establecido expresamente una sanción.

E) NO CONTESTACIÓN PERO PERMANENCIA EN LA VIVIENDA

Si a pesar de haberse extinguido el contrato por no contestación el arrendador no opta por el lanzamiento del cónyuge no titular, hasta que llega ese momento se entenderá, si no pagaba nada, que éste ha permanecido en precario en la vivienda. En estos casos, también podríamos preguntarnos si podría evitarse la extinción del contrato, estimando que se ha producido una subrogación tácita, si el cónyuge que permanece en la finca paga las rentas cuyos recibos se extienden a su nombre (43), o si, por el

(42) Concretamente, decía el texto del proyecto: «Cuando el cónyuge no conteste en el plazo de un mes... el arrendamiento quedará extinguido y el cónyuge obligado al pago de dicho mes».

(43) *Vid.* para la legislación anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1985, RA, núm. 2262: «El lícito deducir el consentimiento del arrendador para la cesión gratuita prevista en el artículo 23.2 LAU de la mera pasividad en el ejercicio de las acciones que puedan incumbirle en tanto no transcurra el tiempo de prescripción de las acciones... La realidad de hecho de la ocupación del piso por el ahora recurrente lo es también de derecho como consecuencia de la cesión gratuita —no existe constancia alguna de su onerosidad— prevista en el artículo 23.2 LAU, pues aquella ocupación

contrario, ha de pensarse que en tal hipótesis estaríamos ante un nuevo contrato por haberse extinguido por falta del requisito de la contestación el arrendamiento del que el otro cónyuge desistió. Nos parece más probable esto último, ya que el artículo establece, sin excepción, la extinción.

F) EL ANTIGUO ARRENDATARIO, ¿SIGUE SIÉNDOLO?

Es preciso preguntarse si el nuevo arrendatario lo es junto al que lo fue en un principio y desistió.

Pensamos que únicamente será arrendatario el esposo del que desistió, puesto que el artículo 12.1 de la LAU dice claramente que el arrendamiento continúa «en beneficio de dicho cónyuge», no de ambos y, por otra parte, hemos caracterizado la figura que aquí se regula como una manifestación de la subrogación, lo cual implica que el anterior titular deje de serlo para que otro pase a ocupar su lugar.

G) ¿ES POSIBLE VOLVER A APLICAR EL ARTÍCULO 12 LAU?

Otra cuestión que podemos plantearnos es si el cónyuge que no renovó o desistió tiene la facultad del artículo 12 LAU en el caso de que el nuevo arrendatario, su esposo, posteriormente manifieste su voluntad de no prorrogar el contrato o de desistir sin consentimiento.

A este respecto debemos recordar que el artículo 24 de la anterior LAU únicamente otorgaba la facultad de ceder al «inquilino que hubiese celebrado el arrendamiento», de modo que no podía ceder el cesionario» (44). Frente a ello, el artículo que nos ocupa no otorga la facultad de subrogarse al cónyuge del arrendatario que haya celebrado el contrato de arrendamiento, sino al cónyuge del arrendatario sin más, de modo que no habiendo duda de que el subrogado al primero lo es, la respuesta ha de ser afirmativa, siempre que se den los presupuestos exigidos por dicho artículo.

durante más de diez años pagando los recibos de la renta, así como los de la luz, gas y teléfono, domiciliados en el piso, acredita la existencia de una auténtica cesión, expresamente consentida por la propiedad, siendo de recordar al respecto la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que el consentimiento requerido —tanto para la cesión propiamente dicha como para el traspaso de locales de negocio— puede ser verbal o escrito, expreso o tácito, teniendo eficacia el prestado de cualquiera de estas formas al no establecer la Ley limitación alguna con tal de que se evidencie de modo fehaciente».

(44) Vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, op. cit., pág. 403.

H) ¿ES EXIGIBLE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA PARA EL CASO DE DESISTIMIENTO?

Otra duda que nos plantea el texto del precepto al ponerlo en relación con el artículo 11 (45) de la LAU es si el cónyuge arrendatario que desistió tendrá que indemnizar al arrendador a pesar de que su esposo se subroga en el arrendamiento (46). Para resolver este problema pueden tenerse en cuenta varias consideraciones. Así, en favor de la indemnización puede alegarse que: cuando el arrendatario desiste, y no nos encontramos en el supuesto del artículo 12 de la LAU, éste debe indemnizar, independientemente de que el arrendador encuentre nuevo inquilino de forma inmediata de modo que la vivienda no llegue a estar desocupada; puede ocurrir que el nuevo inquilino resulte insolvente, supuesto en el que, pese a estar ante una de las cargas del matrimonio, le será más costoso al arrendador llegar a cobrar, y en este sentido resultará perjudicado. Frente a ello, podría esgrimirse que: el arrendador no sufre perjuicio en cuanto la vivienda seguirá arrendada y cobrando sus rentas, de modo que no habrá daño que indemnizar; en los casos de subrogación del anterior artículo 24 de la LAU no se preveía indemnización alguna; la subrogación del esposo no supone la conclusión de un nuevo contrato por no extinguirse el anterior.

Creemos que el criterio a seguir es el de la no exigencia de indemnización si se produce la subrogación fundándonos en la última de las razones expresadas, es decir, porque en estos casos el desistimiento no extingue la relación contractual.

(45) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 11. Desistimiento del contrato», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, op. cit.*, págs. 131-132, según el cual este precepto ha de entenderse en el sentido de que, en el caso de existir pacto sobre la indemnización a entregar por el arrendatario que desiste al arrendador, ésta no puede superar el montante correspondiente a un mes de renta por año del contrato que reste por cumplir; pero si nada se convino al respecto, habrá de abonarse dicha indemnización máxima.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1990, RA, núm. 5768, el artículo 56 de la LAU derogada imponía la obligación de pagar las rentas hasta que terminase el plazo pactado al arrendatario que desalojara espontáneamente el inmueble con la finalidad de que la validez y cumplimiento del contrato no quedase al arbitrio de una de las partes; en sentido semejante se explicaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, RA, núm. 9456.

(46) Vid. sobre la indemnización el artículo 11.2.º LAU.

III. FACULTAD DEL CONYUGE DEL ARRENDATARIO QUE ABANDONO LA VIVIENDA ARRENDADA

A) SENTIDO

Dentro de la misma atmósfera de protección de la vivienda familiar, se mueve el número 3 del artículo 12 de la nueva LAU (47), pero ahora para impedir la resolución del contrato de arrendamiento cuando su titular, sin haber mediado desistimiento o manifestación expresa de no renovación y habiendo quebrado la unidad familiar a causa de una crisis matrimonial que suponga separación de hecho de los cónyuges, haya abandonado la vivienda. En estos casos, y con las concreciones que veremos, el arrendador podría alegar la causa del artículo 27.2.f) de la LAU o, incluso, la del número 1 del mismo precepto (puesto que el arrendatario ha incumplido con su obligación de utilizar la vivienda), lo que significaría el inmediato desalojo de la misma de la familia de éste; sin embargo, para evitar tal situación se da la posibilidad al cónyuge que permaneció en la vivienda abandonada por su esposo de subrogarse en su lugar en el contrato de arrendamiento.

B) PRESUPUESTOS DE LA FACULTAD DE SUBROGARSE

Según se desprende del tenor literal de esta norma, la misma será aplicable en los casos en que el cónyuge titular del arrendamiento de la vivienda familiar abandone ésta sin haber hecho manifestación alguna de su voluntad de no renovar o de desistir, lo cual hace que sobre aquí toda referencia al artículo 1.320 del Código Civil, si bien esta conducta del arrendatario podría dar lugar a un resultado semejante al de los actos de disposición a que se refiere el citado precepto, en cuanto, de no ser por la introducción del artículo 12 LAU, tal proceder haría posible la resolución del contrato por el arrendador.

Sin embargo, además de éste al que acabamos de aludir, son necesarios otros requisitos que el precepto no menciona pero no por ello menos importantes, y que además han de darse simultáneamente: a) Una situación de

(47) Dice el número 3 del artículo 12 LAU: «3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.

Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes»

crisis matrimonial que haya provocado la separación de hecho de los esposos (48); b) La inexistencia de hijos dependientes del arrendatario que residieran en la misma finca arrendada. Respecto al primero, es necesario porque en los casos en que el titular abandona la vivienda por otros motivos, tales como razones de trabajo, ir a atender a un familiar enfermo, etc., en virtud del principio de unidad familiar se estima que la misma continúa ocupada por su titular a través de las personas de su cónyuge o hijos que de él dependen (art. 7 LAU) (49), de modo que no podrá resolverse el contrato a instancias de arrendador alegando falta de uso [art. 27.2.f) LAU] (50), por lo que tampoco podrá estimarse que la vivienda haya sido abandonada. Por consiguiente, es necesario que exista una situación de ruptura familiar (51), pero esto no basta, ya que —pasando al segundo requisito— si permanecen en la finca arrendada hijos dependientes (52) del titular, aunque exista separación de los esposos, resultará que la vivienda sigue ocupada por el arrendatario a través, ya no de su cónyuge separado legalmente o de hecho, pero sí de sus hijos, razón por la que, paralelamente a lo que indicábamos más arriba, el arrendatario no podría resolver el contrato con base en el artículo 27.1.f) o número 2 de la nueva LAU, con lo que no sería posible que el derecho a la vivienda de la familia se viera atacado a través de esta vía por no existir abandono (53); si, por el contrario, no hubiese hijos dependientes del arrendatario, estaríamos claramente

(48) Vid. sobre la separación de hecho LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, Bosch. Barcelona, 1990, *op. cit.*, págs. 199 y sigs.

(49) Vid. DÁVILA GONZÁLEZ, J.: «Artículo 7. Condición de arrendamiento de vivienda», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 61 y sigs.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Artículo 7. Condición de arrendamiento de vivienda», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 80 y sigs.

(50) Sobre el artículo 27.2.f) de la LAU actual, vid. SERRANO GARCÍA, J.: «Artículo 27. Incumplimiento de sus obligaciones», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 361 y sigs.; CLEMENTE MEORO, M.: «Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, págs. 267 y sigs.

Respecto al artículo 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos derogada, vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I. *op. cit.*, pág. 395.

(51) Vid. REBOLLEDO VARELA, A.: «La vivienda familiar y la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1984-2, *op. cit.*, pág. 506.

(52) Por hijos independientes hay que entender, según VALLADARES RASCÓN, E.: «Artículo 7. Condición de arrendamiento de vivienda», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, *op. cit.*, pág. 147, los hijos menores y también los emancipados y los mayores que dependan económicamente de sus padres.

(53) Vid. CARRASCO PERERA, A.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio...», *op. cit.*, pág. 254, el cual alega para mantener también en estos supuestos la facultad de subrogación del cónyuge no arrendatario que, de no ser así, podría alegar el arrendador la existencia de una cesión incontestada [art. 27.2.c) LAU], que llevaría igualmente a la resolución del contrato.

ante uno de los casos de posible aplicación de los preceptos que acabamos de señalar, y el arrendador podría resolver el arrendamiento por falta de uso, lo que supondría que el cónyuge no arrendatario y los hijos no dependientes se quedarían sin alojamiento, aunque, claro está, lo que le interesa a la LAU es no tanto la protección de los segundos como la del primero.

A ello se une que al tratarse de situaciones de crisis matrimonial que aún no han desembocado en una demanda de nulidad, separación o divorcio —como consecuencia de la cual podría dictarse una sentencia en la que el uso de la vivienda se adjudicara al cónyuge no titular del arrendamiento (art. 15 LAU)— (54), o que al menos todavía no han sido resueltas jurisdiccionalmente y en las que, además, el abandono no ha ido acompañado de desistimiento —lo que haría nacer en su beneficio la facultad de los núms. 1 y 2 del artículo 12 LAU, comentados anteriormente—, nos encontramos con que el cónyuge no titular abandonado quedaría totalmente desamparado, razón por la que se establece expresamente a su favor este derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento.

En cuanto a la forma de ejercitar el derecho de subrogación, no se precisa requerimiento del arrendador, lo cual es lógico: por una parte, porque nadie mejor que el cónyuge que permanece en la vivienda conoce la situación en que se encuentra su matrimonio, y por otra, porque el arrendador no ha recibido ningún preaviso que le permita tener noticia de los deseos del titular de dejar la vivienda. Por ello, simplemente se exige que el esposo no titular notifique por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse, escrito que ha de ser recibido por éste en el plazo de un mes desde el abandono de la vivienda por el esposo titular (el cual, como hemos dicho, ha de ir unido a la separación de hecho). Creemos, al igual que dijimos para el número 2, que la notificación deberá ser fehaciente y en ella habría de figurar también la fecha de la misma, aunque nada se establece sobre esto.

Obviamente, uno de los mayores problemas con los que se ha de encontrar la aplicación de este precepto será el de cómo demostrar el tiempo que ha pasado desde el abandono o, dicho de otro modo, el día en que éste se produjo, dado que hasta que el cónyuge abandonado llega a tener conciencia y certeza de que se encuentra en tal situación suele haber pasado un tiempo más o menos largo. Por eso creemos que hubiera sido más justo que el plazo de un mes para la recepción de la notificación comenzara a contar no desde que la fecha en que tuvo lugar el abandono, sino desde que el esposo abandonado se reconoce como tal; pero no se nos escapa que esta solución

(54) Sin que nazca una situación de cotitularidad solidaria, como determinaba el Proyecto de LAU en su artículo 15. *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 15. Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 193.

haría aún más difícil el problema de la prueba por referirse ésta a hechos puramente subjetivos.

Además, desde el punto de vista del arrendador, ¿cómo puede éste estar seguro de que el cónyuge titular del arrendamiento ha abandonado la vivienda y no la ha dejado sólo provisionalmente? ¿No podría el cónyuge no titular aprovechar una salida de su esposo por un cierto tiempo para defraudarle y ocupar su lugar en el arrendamiento? Como vemos, la cuestión no es fácil de resolver.

C) CONSECUENCIAS DE LA NO NOTIFICACIÓN

Del segundo párrafo de este número se deduce que en caso de que el cónyuge que permaneció en la vivienda no cumpliera, tal y como se exige en el primero, el requisito de la notificación, el arrendamiento quedará extinguido. Esto quiere decir que la introducción por el legislador en la LAU de la norma contenida en el número 3 y en cuanto a ella se remite, el 4, del artículo 12, impide la aplicación del artículo 27.2.f) LAU cuando el arrendatario estuviera casado o conviviera maritalmente con otra persona de igual o distinto sexo. Es decir, el arrendador es privado de la facultad de solicitar la resolución del contrato por haber dejado de estar destinado a satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario, ya que el arrendamiento se extingue *ipso iure*, automáticamente, si el arrendador no recibe la notificación del arrendatario manifestando su voluntad de subrogarse en el plazo de un mes (55). A su vez, esto implica que la causa resolutoria del artículo 27.2.f) LAU sólo actuará, además de en el caso en que el arrendatario abandonara la vivienda junto con toda su familia, cuando éste fuera soltero y no conviviera *more uxorio* con nadie en el momento de abandonar la vivienda.

Del mismo modo quedará extinguido el arrendamiento si la notificación se realiza y recibe en el plazo, pero comunicando el deseo de no subrogarse.

D) MOMENTO DE LA EXTINCIÓN O DE LA SUBROGACIÓN

Paralelamente a lo que ocurre con los supuestos de no renovación y desistimiento ya analizados, creemos que el momento en que ha de producirse la subrogación ha de ser el mismo en que en otro caso se produciría

(55) Esto quiere decir que para expulsar de la vivienda al esposo o conviviente no titular habrá de invocar en el juicio de cognición no el artículo 27, pues el arrendamiento ya se ha extinguido, sino el artículo 12 LAU.

la extinción, es decir, el del abandono. Que tal ha de ser el momento en que, en su caso, se extinguirá el contrato, puede deducirse del principio del precepto cuando dice: «si abandonara... podrá continuar», a lo que se une que de no existir este artículo 12.3 LAU la causa de resolución del artículo 27.2.f) LAU podría actuar desde el momento del abandono.

E) PAGO DE LAS RENTAS

Si el arrendador no recibe la notificación en el plazo de un mes desde el abandono, el cónyuge del arrendatario (56) deberá pagar al arrendador la renta correspondiente a ese mes en concepto de sanción. Esto último porque si se sabe abandonado y no notifica, se entiende que no lo hace para evitar ser él arrendatario y tener que pagar él directamente las rentas, siéndole mucho más beneficioso no decir nada, seguir en la vivienda y que su esposo siga figurando como arrendatario.

Estimamos que la LAU sólo impone el pago de la renta correspondiente a un mes porque supone que el arrendador se entera en el momento del abandono, es decir, cuando éste se produce (lo cual es bastante difícil), de modo que pasado un mes podrá expulsar al cónyuge no titular. Pero si no se entera hasta un tiempo después, la sanción será por todos los meses en que el arrendador ignorase el abandono y el cónyuge o conviviente hubiese permanecido en la vivienda.

Si la notificación en la que se manifiesta la voluntad de continuar en el arrendamiento se recibe por el arrendador en el plazo fijado, la subrogación tendría lugar también en el momento del abandono, tal y como vimos más arriba, y el mes de renta a que se refiere el precepto lo deberá pagar únicamente el nuevo arrendatario como tal, no el ex arrendatario.

Si el arrendador recibe la notificación del cónyuge no titular dentro del plazo, pero la misma comunica el deseo de éste de no subrogarse, dicho esposo no deberá pagar el mes de renta al que se refiere el precepto; le corresponderá pagarlo al ex arrendatario por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, puesto que desde que abandonó la vivienda dejó de ser el arrendatario.

(56) O como consecuencia del número 4 de este artículo 12 LAU, el compañero del arrendatario.

IV. REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CONCERTADO POR UNO SOLO DE LOS ESPOSOS

Además de estas novedades que de forma directa establece el precepto de cuyo estudio nos ocupamos en materia de arrendamiento de la vivienda de la familia cuando ésta se funda en el matrimonio, es preciso preguntarse si el mismo implica o no indirectamente una toma de postura del legislador respecto al tema del carácter común o privativo de la locación cuando el contrato fue celebrado por un solo cónyuge en estado de casado.

Este problema ha sido debatido por la doctrina con especial detenimiento cuando el régimen económico-matrimonial vigente al contratar es el de gananciales, cuestionándose entonces concretamente si el derecho de arrendamiento es propio del esposo contratante o ganancial.

Al respecto parece predominar la postura de aquellos (57) que estiman que el derecho de arrendamiento que tiene por objeto la vivienda familiar en estos casos tiene carácter ganancial, en virtud de los artículos 1.346.1, 1.347.3 y 1.362 del Código Civil, lo cual quiere decir que aunque sólo uno de los esposos haya celebrado el contrato, los dos resultarán ser titulares materiales del arrendamiento (58); lo mismo ocurriría según estos autores

(57) Vid., entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, Bosch. Barcelona. 1990, págs. 415-416; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *op. cit.*, pág. 140, y «Efectos patrimoniales que respecto de terceros produce la situación de crisis matrimonial», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 212 y sigs.; REBOLLEDO VARELA, A.: «La vivienda familiar y la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1984-2, págs. 503 y sigs.; BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 353 y sigs., y «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendatario sobre la misma», *ADC*, 1988, págs. 877-878. DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1984, págs. 139-140; SEJAS QUINTANA, J. A.: «Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de separación o divorcio matrimonial», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, *op. cit.* pág. 317; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano concertado por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1987, pág. 431; GARRIDO DE PALMA, V. M., y otros: *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil*, Reus, Madrid, 1985, pág. 74; BATLLE, M.: «Cuestiones de Derecho matrimonial», *RCDI*, 1960, págs. 594-595; FUENTES LOJO, J. V.: «Artículo 12», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *op. cit.* pág. 62.

(58) También utiliza la distinción entre arrendatario formal y material MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «Inquilino formal e inquilino real: notas sobre una solución jurisprudencial (Comentario a la Sentencia de 7 de mayo de 1985)», *ADC*, 1986,

si la vivienda se alquiló por uno de los novios, pero con vistas al futuro matrimonio (59). Esta tesis queda reforzada por los artículos 1.346.4 y 1.347.4 del Código Civil, que exigen la existencia de arrendamientos gananciales o privativos (60), y con la presunción del artículo 1.361 de este cuerpo legal.

Frente a este sector doctrinal, otro (61) menos numeroso estima que el derecho de arrendamiento concertado en las condiciones apuntadas tiene carácter privativo, apoyándose en que «la sociedad de gananciales, en cuanto al acervo común, se construye sobre la idea de bienes que representan una ganancia o beneficio, atribuibles por mitad al disolverse aquélla» (62), y dicha atribución no aparece, respecto al arrendamiento, en los artículos 1.406.4 y 1.407 del Código Civil, ni en el activo del inventario (art. 1.397 CC) se recoge el derecho arrendaticio, pues no es evaluable (art. 81 LAR). De este modo, se considera que «el arrendamiento cumple una función dirigida a cubrir una necesidad familiar más que a la creación de un derecho inventariable considerado como ganancia o beneficio, necesidad que se va a cumplir con independencia de la privatividad o no de dicho derecho» (63); y se concluye que el derecho de arrendamiento concertado por un solo esposo durante la sociedad de gananciales queda incluido en el artículo 1.346.5 del Código Civil entre los derechos patrimoniales no transmisibles

pág. 687, estimando, para un supuesto de retracto, que el primero es el que firmó el contrato y en el mismo figura como tal arrendatario, y que el segundo es el que en realidad ocupa la vivienda y paga las rentas.

(59) *Vid.* en favor de esta postura y resolviendo un recurso de amparo la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1986, de 31 de octubre, *BJC*, núm. 67, noviembre 1986, págs. 1277 y sigs.

(60) *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Efectos patrimoniales que respecto de terceros produce la situación de crisis matrimonial», *op. cit.*, pág. 212.

(61) *Vid.* FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, págs. 264 y sigs.; FUENTES LOJO, J. V.: *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 398-399, y sobre todo pág. 403, el cual cita a su favor la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1987 (*RA*, núm. 5917), que niega la facultad de ceder, de acuerdo con el artículo 24 de la LAU anterior, a la mujer cuando fue el marido quien celebró el contrato de arrendamiento.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional exigió el requisito de la notificación al arrendador por estimar que existe subrogación en el contrato de arrendamiento celebrado por uno solo de los cónyuges durante el matrimonio al ser atribuido el uso de la vivienda arrendada al cónyuge no titular del mismo en la Sentencia 126/1989, de 12 de julio (*BJC*, núm. 100/101, agosto-septiembre de 1989, págs. 1286 y sigs.). De ello se puede deducir que en esta Sentencia no estima que haya cotitularidad en el arrendamiento concertado de la forma señalada.

(62) *Vid.* FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, *op. cit.*, pág. 265.

(63) *Vid.* FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, *op. cit.*, pág. 265.

inter vivos (64), con lo que el titular del arrendamiento será siempre aquel que suscribiera el contrato (65).

Adelantando que somos partidarios de la primera de las tesis expuestas, antes de justificar nuestra opción llevaremos a cabo una crítica de la segunda.

Hemos visto cómo los autores que estiman que el derecho de arrendamiento no puede tener carácter ganancial se basan en el concepto mismo de bien o derecho ganancial y en que carece de valor económico y, por consiguiente, no puede evaluarse e incluirse en el inventario como un bien más a repartir.

Respecto a lo primero, decir que no sólo las ganancias y beneficios obtenidos por los cónyuges constituyen la masa común, aunque a ellos se refiera expresamente el artículo 1.344 del Código Civil. Como ha señalado LACRUZ BERDEJO(66), tal precepto no sirve «para dar idea de la composición del patrimonio común y, paralelamente, de los bienes propios de los partícipes, objeto, el uno y los otros, de sendas enumeraciones que pretenden ser exhaustivas en los artículos 1.347 y 1.346, respectivamente»; añadiendo este autor que, «en principio, se entiende que los bienes nuevamente adquiridos se adscriben al titular de los medios empleados en conseguirlos: a la comunidad, si los medios son consorciales, y al esposo, si los aportó él». En el supuesto que estudiamos el derecho de arrendamiento se adquiere como contraprestación del pago de una renta que se satisface con dinero común, no privativo del esposo que firmó el contrato, y puede quedar incluido, tal y como hemos dicho que defiende la primera de las posturas expuestas, en el número 3 del artículo 1.347 del Código Civil como derecho ganancial.

(64) Dice FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar...», *op. cit.*, pág. 266, que este fundamento «...no contradice la dicción del artículo 1.347.3.º, pues aparte de la especial naturaleza del arrendamiento en sí, el pago de rentas con bienes gananciales no implica necesariamente el carácter privativo o ganancial. son aspectos distintos, y si en este caso no surge un crédito a favor del consorcio, como sucede con los supuestos de los números 4 y 8 del citado artículo 1.346, ello es debido a que con tal derecho se cubre una necesidad esencial de la familia, uso y disfrute de una vivienda por todos los miembros, pero que no prejuzga el carácter del derecho».

(65) También se encontraban argumentos en favor de esta tesis en la anterior LAU. estimándose que el derecho del cónyuge no titular, adquirido en virtud de los artículos 58 (subrogación *mortis causa*) y 24 (cesión *inter vivos*, sin necesidad de consentimiento del arrendador y a título gratuito), derivaba de la Ley, no del carácter ganancial del arrendamiento. *Vid.* en este sentido FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar...», *op. cit.* págs. 265-266. Sin embargo, contra esta conclusión cabía argumentar, tal y como hacía REBOLLEDO VARELA, A.: «La vivienda familiar y la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1984-2, *op. cit.*, pág. 508, que dichos preceptos sólo eran aplicables cuando ambos cónyuges no eran titulares del arrendamiento; y esto precisamente es lo que ocurre, según él, cuando el mismo es ganancial, aunque sólo uno de ellos figure formalmente como arrendatario.

(66) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 397.

Tampoco estamos de acuerdo con que el derecho de arrendamiento carezca de valor económico y, por tanto, no sea evaluable. El derecho de arrendamiento tiene un valor que es, en principio, aquel que se paga como renta, de modo que éste será el que habrá de asignársele al inventario de la liquidación de la sociedad de gananciales. No hay problema cuando la locación se pactó por equis años y por equis pesetas de renta en total pagándose ésta por adelantado (lo cual es permitido por el art. 17 de la actual LAU): en estos casos el derecho de arrendamiento valdrá la parte de la renta satisfecha proporcional al tiempo que reste por cumplir. Sin embargo, lo normal es que aunque en el contrato se determine un plazo de uno o más años, las rentas se paguen no por anualidad o anualidades, o por el total del tiempo pactado, sino por meses, de modo que aunque el valor total del arrendamiento sea el número de meses que dura el contrato por la renta que se paga cada mes (67), resultará que la sociedad de gananciales va pagando su derecho arrendaticio a medida que la familia va disfrutando del mismo, con lo cual a la hora de evaluarlo nos encontraremos con que parte del derecho aún no ha sido pagado por la sociedad de gananciales. Entonces una de dos: o de la masa común se entrega al esposo el dinero correspondiente para que pague las rentas que quedan, o él mismo las paga de sus fondos propios; en el primer caso se asignará al derecho de arrendamiento el valor apuntado más arriba; en el segundo, el esposo adjudicatario recibe un derecho de un determinado valor y, a su vez, la obligación de pagar las rentas restantes equivalentes al valor del derecho, por lo que uno y otra quedan compensados y el total de la situación que recibe será cero (68).

Sin embargo, aún queda otro factor a tener en cuenta a la hora de evaluar el derecho de arrendamiento:

(67) Y así es precisamente como se valoran los arrendamientos a efectos tributarios en el artículo 10.2.e) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y en el artículo 48 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. *Vid. COSTA ESPAÑA, R.: Comentarios a las leyes tributarias y financieras dirigidos por Narciso Amorós Rica*, t. VII-1.º, *Impuesto sobre transmisiones y operaciones societarias*, EDESA, Madrid, 1991, págs. 450-452, que aunque referidas a la regulación anterior (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, y Reglamento aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre) son aplicables a la actual.

(68) En realidad lo mismo ocurre cuando a uno de los esposos se le adjudica el piso que había servido de vivienda familiar y que era de naturaleza ganancial por haberse adquirido durante la vigencia de la sociedad a plazos, pagándose el primero de ellos con dinero común (art. 1.356 CC), y aún restan por pagar los últimos plazos: o se le adjudica por todo su valor, pero entregándose dinero común suficiente para hacer frente a los plazos aún no satisfechos; o se le incluye en su lote por su valor, restándole los plazos que se compromete a pagar el adjudicatario.

El paso del tiempo unido a la inflación, pero también otras circunstancias, pueden llevar a que el valor del derecho de arrendamiento sea superior a los que se pague como renta. Esto era algo casi consustancial a los contratos celebrados bajo el imperio de la LAU anterior, en los que la prórroga forzosa para el arrendador y la pérdida galopante de valor del dinero llegó a convertir en ridículas las rentas que se abonaban a éste, de modo que las mismas quedaban —y siguen quedando para los contratos aún vigentes— muy por debajo del valor real del derecho del arrendatario. Por tanto, aquí el derecho de arrendamiento no sólo valdrá la suma de las rentas que queden por pagar cuando éstas se satisfacen por meses, sino también este plus que cada mes se ahorra el inquilino en comparación a lo que pagaría si celebrase el contrato de nuevo en ese momento, plus que también habrá que tenerse en cuenta al evaluar el derecho de arrendamiento inventariado al realizar la liquidación de la sociedad de gananciales (69).

En los contratos celebrados bajo la nueva LAU es más difícil que se de esta situación dada la actualización de las rentas que contempla su artículo 18. Pero también cabe pactar la no actualización —puesto que no estamos ante un derecho que favorezca al arrendatario (art. 6 LAU)— o que la misma no se lleve a cabo según el IPC a partir del sexto año de duración del contrato (art. 18.2 LAU), o que se trate del arrendamiento de una vivienda suntuaria que se regirá en primer lugar por lo pactado por las partes (art. 4.2.2.º LAU), o que el precio de los alquileres aumente por encima del IPC, o que la zona en la que se encuentre la vivienda se revalorice... En todos estos supuestos el derecho de arrendamiento experimentará un aumento de valor sobre la renta, el cual será ganancial porque ganancial es tal derecho. De no ser así, es decir, si se estimara que el derecho de arrendamiento fuera privativo, este incremento, por no proceder de la industria o trabajo de los esposos, no podría ser ganancial, sino privativo de su titular, lo que nos llevaría a que se si se cediera el derecho de arrendamiento de vivienda —concertado por uno de los cónyuges durante el matrimonio cuyas rentas eran pagadas con fondos gananciales— a título oneroso (tal y como permite el art. 8.1 LAU) el precio obtenido de la cesión sería privativo, nunca ganancial: la injusticia de esta solución salta a la vista (70).

(69) Así nos encontramos que en los casos de arrendamientos celebrados al amparo de la LAU de 1964 era relativamente frecuente que el arrendador tratase de obtener la renuncia a la prórroga forzosa por una suma cuantiosa que ingresaba en la masa ganancial precisamente porque ganancial era el derecho del que procedía: el derecho arrendaticio. *Vid.* DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, 1986, pág. 415; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano...», *op. cit.*, págs. 429 y 436.

(70) Si el derecho de arrendamiento fuera privativo y ese aumento de valor experimentado por el mismo fuera consecuencia del trabajo o la industria de los esposos o

Demostrado que no sólo los beneficios y las ganancias son gananciales y que el derecho de arrendamiento tiene un valor, hemos de exponer las razones que nos sirven de fundamento para defender que cuando el contrato es celebrado por uno solo de los esposos durante el régimen de sociedad de gananciales el derecho arrendaticio tiene naturaleza ganancial, de lo cual, a su vez, se deriva que ambos esposos sean sus titulares materiales.

El punto de partida de nuestro razonamiento lo constituye el artículo 1.361 del Código Civil, de acuerdo con el cual el derecho arrendaticio ha de considerarse de carácter común mientras no se demuestre lo contrario, sin que encontremos razones que justifiquen la no aplicación de este precepto al supuesto que estudiamos. Por consiguiente, la pregunta que a continuación debemos realizarnos es: ¿Cuándo quedará desvirtuada tal presunción de ganancialidad? A diferencia de lo que ocurre con el régimen de separación de bienes en el de sociedad de gananciales la naturaleza de los bienes o derechos adquiridos a título oneroso durante su vigencia, no se determina en función del sujeto que figure como adquirente —razón por la que del hecho de que sólo sea un cónyuge el contratante no puede deducirse que el derecho de arrendamiento sea privativo—, sino del carácter de la contraprestación, que en este caso estaría constituida por el alquiler pagado a costa de los fondos comunes, lo que nos lleva de nuevo a defender el carácter ganancial del derecho (art. 1.347.3 CC). Podría oponerse aquí que esto último (pago de las rentas como fondos comunes) ocurre, no porque el derecho de arrendamiento sea ganancial, sino porque estamos ante la forma de satisfacer una necesidad de la familia que, como tal, constituye una carga de la comunidad (art. 1.362.1 CC); sin embargo, cabe replicar que tampoco esto configura el derecho arrendaticio como privativo ni deja ineficaz el hecho de que la contraprestación sea ganancial, sino que sólo nos justifica por qué ésta es ganancial.

Si esto es así, ¿existiría algún caso en el que celebrado el contrato por uno de los esposos el arrendamiento fuera privativo suyo? Podría entenderse que la locación tendría carácter privativo si el cónyuge contratante al celebrar el contrato manifestara que el derecho que en ese momento se constituye tendrá tal naturaleza y, además, que cuenta en este punto con el acuerdo de su esposo, acuerdo que sería necesario por dos razones:

1.^a Porque tal contrato supone la disposición de fondos comunes para el pago de las rentas (arts. 1.375 y 1.377 CC), sin que pueda quedar

de uno de ellos, se aplicarían los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, de modo que la sociedad de gananciales sería acreedora del esposo titular por tal incremento. Esto ocurrirá frecuentemente cuando se trate de arrendamientos rústicos o de locales de negocio.

comprendido en la potestad doméstica (que según el art. 1.319 CC puede ejercitar cada cónyuge sin el consentimiento del otro) por ser un acto de administración extraordinaria (71).

2.^a Porque así quedaría exceptuado el artículo 1.347.3 del Código Civil.

Sin embargo, esta posibilidad nos parece muy dudosa, ya que estaríamos ante una auténtica aplicación inversa del artículo 1.355 del Código Civil, posibilidad ésta que no se acoge por parte de la doctrina a la que nos unimos (72) dado que el artículo 1.355 configura expresamente una fuente de ganancialidad, no de privatividad, y es la Ley quien determina y crea dichas fuentes de forma taxativa. Por ello, podemos concluir que siempre que el arrendamiento de vivienda familiar se concierte durante el régimen de la sociedad de gananciales, deberá considerarse ganancial (a no ser que el cónyuge contratante se comprometa a pagar las rentas con su capital propio).

Cuando el contrato se celebre vigente el régimen de separación o participación, ¿podría pensarse que son ambos esposos titulares aunque sólo uno de ellos lo firmase? En estos casos, dado que no hay artículo semejante al 1.347.3 CC que con base en el objeto nos permita afirmar la titularidad de ambos, la única posibilidad que nos permitiría defender tal postura sería entender que del hecho de que lo arrendado sea la vivienda familiar, necesariamente se deriva que aunque contrate uno lo hacen los dos. El problema es que tampoco encontramos normas de derecho positivo en las que apoyarnos y no creemos que el supuesto pueda quedar comprendido en el artículo 1.319 del Código Civil, aplicable a todo régimen económico-matrimonial (73), razones por las que hemos de concluir que en esta hipótesis

(71) Así lo estima LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 285. *Vid.* nuestros argumentos en la nota 73.

(72) *Vid.*, entre otros, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 127 y sigs.; RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, *op. cit.*, págs. 186 y sigs., y «Comentario a la Resolución de la DGRN de 25 de septiembre de 1990», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 25, enero-marzo 1991, núm. 661, pág. 27; GIMÉNEZ DUART, T.: «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1982, pág. 121.

(73) No estamos de acuerdo con GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario», *op. cit.*, pág. 141, cuando afirma que la conclusión de que el contrato de arrendamiento celebrado por un cónyuge vigente el régimen de separación será de su exclusiva titularidad «puede quedar desvirtuada por el juego del artículo 1.319 del Código Civil, aplicable a cualquier tipo de régimen económico-matrimonial, y en cuya virtud es posible sancionar que la actuación individual repercuta sobre ambos cónyuges creando una cotitularidad arrendaticia que no se disciplinará desde la óptica de la ganancialidad, sino de la proindivisión que el artículo 1.441 prevé».

sólo será titular el que contrató (74). Por otra parte, si lleváramos a estos límites el carácter conjunto del arrendamiento, la aplicación de las normas especiales de la LAU (arts. 12, 15 y 16) terminaría dependiendo de la voluntad del arrendatario (75).

Lamentablemente, a pesar de la necesidad de aclarar de una vez por todas este problema y de que su promulgación hubiera sido una ocasión propicia para solucionarlo, la nueva LAU se mantiene en silencio al respecto y su regulación es compatible con las dos posturas expresadas sobre el carácter ganancial o no del arrendamiento.

El artículo 1.319 CC establece que cada cónyuge puede realizar actos dirigidos a atender las necesidades ordinarias de la familia. La palabra «ordinarias» cumple en este precepto la misión de delimitar cuáles son esas necesidades: son las necesidades de carácter habitual, en el sentido de periódicas, que se repiten, ya sean vitales o no. Pero también la expresión «ordinarias» limita el *quantum* del gasto que la satisfacción de tal necesidad representa: ha de ser un gasto módico (*vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 284). Nosotros pensamos que, además, el vocablo citado se refiere al carácter habitual, periódico y repetitivo, no ya de la necesidad en sí, sino del acto (negocio o contrato) que ha de realizarse para satisfacer esa necesidad, lo cual justifica que en estos casos se levante la exigencia de que actúen ambos esposos para obligar el patrimonio común y los privativos, en régimen comunitario, o el de cada cónyuge, en régimen de separación. (Piénsese que la potestad doméstica originariamente se refería a las compras que hiciese la mujer de cosas que por su naturaleza estuvieran destinadas al consumo de la familia —anterior art. 62 CC—). Otra limitación de la potestad doméstica viene determinada por la expresión «encomendadas a su cuidado»: las atenciones familiares han de estar encomendadas al cuidado de uno solo de los cónyuges, precisamente aquel que actuó, por los usos sociales o el acuerdo de ambos.

Pues bien, volviendo al supuesto que nos ocupa, observamos que la de vivienda constituye una necesidad vital y habitual de la familia. Sin embargo, el *quantum* que supone satisfacer tal necesidad a través de la celebración de un contrato de arrendamiento no creemos que pueda calificarse de moderado, sobre todo si tenemos en cuenta adónde ha llegado el precio de los alquileres en general, y especialmente en algunas ciudades, y lo multiplicamos por el número de meses en que habrá que pagar esas rentas. Además, ¿hasta qué punto los usos sociales conceden a uno solo de los esposos la facultad de decidir por sí solo la vivienda que será arrendada para ser habitada por la familia? Lo normal es que la elección de la vivienda y las condiciones del arrendamiento sean meditadas por ambos, aunque por razones de comodidad el contrato lo firme uno sólo.

Con base en estos argumentos, estimamos que la celebración del contrato de arrendamiento no puede calificarse de acto de administración ordinaria, sino extraordinaria. De esta misma opinión es LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV: *Derecho de Familia*, vol. 1.º, 1990, *op. cit.*, pág. 285.

(74) No ocurre así en el Derecho francés o belga, en los que los artículos 1.751 y 215, respectivamente, de sus Códigos Civiles imponen el carácter común de cualquier arrendamiento de vivienda familiar, independientemente del régimen vigente en el momento de su celebración e, incluso, de que aún no se hubiese celebrado el matrimonio.

(75) Así lo afirmaba BENAVENTE MOREDA, P.: «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar...», *op. cit.*, pág. 878, si bien refiriéndose a los artículos 24 y 58 de la LAU anterior.

Si se piensa, como es nuestro caso, que el arrendamiento celebrado por uno de los esposos en régimen de gananciales es ganancial, aún podrían adoptarse las siguientes posiciones:

- Entender que el artículo 12 no puede aplicarse como tal porque se refiere únicamente al supuesto de que sólo uno de los cónyuges sea arrendatario material, y aquí lo son los dos. Sin embargo, ¿habría que aplicar, a pesar de todo, las formalidades del artículo 12 LAU? El desistimiento o la no renovación será nulo si falta el consentimiento del no titular; como este consentimiento puede ser tácito o posterior al acto (pues cabe la posibilidad de confirmarlo), al arrendador le convendrá requerir al no titular para ver si consiente o no el acto dispositivo de su esposo y exigir la salida de la vivienda del no titular en el segundo caso; además, este requerimiento servirá para que el esposo del arrendatario tenga conocimiento de la conducta de su cónyuge, pues podría ignorarla. Si no contesta en el plazo de quince días se entiende que está de acuerdo con el acto de su consorte y el arrendamiento se extinguirá.

Por su parte, el abandono de la vivienda por el titular formal del arrendamiento no puede implicar la extinción del mismo cuando no se notifica al arrendador tal situación, quedando uno de los titulares materiales en la vivienda arrendada.

Entender que el artículo 12 llama arrendatario al que lo sea formalmente, es decir, al que firmó el contrato, independientemente de que también el otro lo sea desde el punto de vista material. Entonces la aplicación del artículo 12 permitiría:

- En caso de desistimiento o no renovación, la conversión del arrendamiento ganancial en privativo, con la posibilidad de que con base en el artículo 1.322 CC se solicite la anulación del acto y las cosas queden como estaban.
Desde esta perspectiva, el abandono daría al esposo no titular la posibilidad de convertirse en único titular material y formal del arrendamiento, siguiendo los pasos del artículo 12 LAU, o dejar las cosas como estaban si no lo hace, ya que es difícil justificar por qué si no se abandona la vivienda por uno de los titulares materiales y no se notifica el abandono del otro se tenga que extinguir el arrendamiento. Por consiguiente, estamos ante verdaderos resultados dispositivos del arrendamiento: el Derecho pasa materialmente de un patrimonio conyugal a otro.
- Entender que en las hipótesis de desistimiento o no renovación el arrendamiento sigue siendo ganancial (importante a efectos de liqui-

dación y partición: sobre todo, por ejemplo, si el que ha abandonado la vivienda lo ha hecho porque le era imposible soportar a su esposo o sencillamente porque éste le había echado de casa), pero su titular formal pasa a ser el otro cónyuge (importante a efectos de subrogación, pago de las rentas, 1.384 CC —acto de administración del derecho—...). A estos efectos habría que cumplimentar las formalidades exigidas por el precepto, so pena de extinción. Se mantiene así ganancial el arrendamiento, pero adecuado a la nueva situación de separación de hecho de los cónyuges, lo cual favorece también al arrendador. Esta podría ser la mejor solución y ante ella no cabría pedir la nulidad del acto (art. 1.322 CC) porque el titular con su conducta no pretendería disponer del arrendamiento, sino de su titularidad formal.

En caso de abandono, también habrá que seguir los pasos del artículo 12 LAU, so pena de extinción.

Se observará que hasta ahora sólo hemos hablado de arrendamiento de vivienda familiar (76). Sería posible, sin embargo, pensar en otros arrendamientos que pudieran estar incluidos en el artículo 2 de la LAU (77) y de los que fuera titular un solo cónyuge (por ejemplo, el de la vivienda que por motivos laborales habita uno de los esposos por tener su lugar de trabajo en localidad distinta a aquella en la que se encuentra el domicilio familiar). Respecto de estos otros arrendamientos, ¿tendría el cónyuge no arrendatario las facultades que en caso no renovación, de desistimiento o de abandono por el titular atribuye el artículo 12 de la LAU? No lo creemos así, puesto que en estos supuestos no se da la *ratio* que justifica que el legislador, a pesar de haber suprimido las cesiones del artículo 24 de la anterior LAU, siga atribuyendo el derecho de subrogarse al esposo no titular: proteger al cónyuge e hijos que habitan la vivienda que constituye el hogar familiar, de modo que no queden desamparados a causa de actos arbitrarios del arrendatario. Por tanto, el esposo que no tiene vinculación alguna con la vivienda de cuyo arrendamiento se ha desistido

(76) Según DE LA CARCABA FERNÁNDEZ, M.: «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1.320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1441, la vivienda habitual de la familia «es aquel bien, en la mayoría de los casos inmuebles, donde se desarrolla con regularidad la vida de familia basada en un matrimonio en tanto sea ocupada por cualquier familia en sentido estricto y en tanto no se haya solicitado o producido la separación legal, nulidad o divorcio del matrimonio o su disolución por muerte».

(77) Vid DÁVILA GONZÁLEZ, J.: «Artículo 2. Arrendamiento de vivienda», *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 24; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Artículo 2. Arrendamiento de vivienda», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 44.

o respecto a la cual se ha producido el abandono no podrá subrogarse en el lugar del que era titular.

V. ATRIBUCION DE ESTAS FACULTADES A LOS COMPONENTES DE LAS PAREJAS QUE CONVIVEN *MORE UXORIO*

El legislador, haciéndose eco de la solución por la que el Tribunal Constitucional se había decantando en las últimas resoluciones (78), en el sentido de extender, con base en el artículo 39.1 de la Constitución, a las parejas que hubieran convivido maritalmente sin haber mediado matrimonio (79), los derechos que el artículo 58.1 de la LAU anterior concedía

(78) Vid. STC 222/1992, de 11 de diciembre, *BJC*, núm. 141, enero de 1993, págs. 18 y sigs.; STC 6/1993, de 18 de enero, *BJC*, núm. 142, febrero de 1993, págs. 53 y sigs.; STC 47/1993, de 8 de febrero, *BJC*, núm. 143, marzo de 1993, págs. 120 y sigs. La primera resuelve un recurso de inconstitucionalidad; las siguientes, sendos recursos de amparo. Vid. también, defendiendo el criterio de estas SSTC, GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J.: «La inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (La subrogación *mortis causa* del cónyuge supérstite y del que hubiera convivido *more uxorio* con el arrendatario). Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la familia, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial», *Actualidad Civil*, núm. 4/24-30 enero 1994, Doctrina, págs. 49 y sigs., especialmente págs. 72 y sigs., que tras manifestarse de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que con estas sentencias dicho Tribunal se desliga del mandato del artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (puesto que a la inconstitucionalidad del art. 58.1 LAU no sigue su nulidad) y crea una situación de inseguridad jurídica derivada de la integración en dicho precepto de nuevos supuestos —para evitar su inconstitucionalidad— sin determinar las circunstancias de efectividad de la norma integrada, lo que podría llevar a una inconstitucionalidad mayor que la propia inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Sin embargo, la solución de la STC 222/1992 citada, en un principio no fue considerada como la más acertada por este mismo autor, puesto que en su opinión suponía prolongar aún más la eficacia legal indefinida del artículo 57 LAU anterior, referente a la prórroga forzosa. Vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La interpretación y reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos operada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Colección doctrina y jurisprudencia, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, págs. 63 y sigs.

Tampoco convencen los argumentos del Tribunal Constitucional en estas sentencias a CHINCHILLA MARÍN, C.: «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Aranzadi Civil*, junio 1995, págs. 29 y sigs.

De todos modos, acordeamente con la doctrina del Tribunal Constitucional en estas sentencias, el artículo 16.1.b) de la nueva LAU ha recogido expresamente este derecho de subrogación *mortis causa* en favor de las parejas que hubiesen convivido *more uxorio*, determinando expresamente los requisitos que han de concurrir para su aplicación.

(79) Vid. sobre las parejas de hecho en general: ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Cívitas, Madrid, 1986, págs. 51 y sigs., y 351 y sigs.; PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: «Las uniones extramatrimoniales (Doctrina del Tribunal Constitucional. Aplicación del art. 96 del Código Civil. Cuestiones proce-

a los cónyuges (80), extiende en el último número del precepto que estudiamos lo dispuesto en los apartados anteriores a las uniones de hecho (81).

Lo primero a destacar del texto definitivo, frente al del Proyecto, es que ha introducido una especificación que impide el surgimiento de dudas respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la norma, ya que aclara expresamente que la pareja conviviente puede ser de personas de distinto sexo o de homosexuales (82), pues es esto lo que ha de entenderse con la expresión «con independencia de su orientación sexual».

También hemos de destacar aquí que en el número 4 del artículo 12 LAU se concede el derecho de subrogación al conviviente sólo en los casos de desistimiento y abandono, sin mencionar el de no renovación. Creemos que esto se debe a un olvido del legislador. En el Proyecto de Gobierno de febrero de 1994 únicamente se dispensaba protección al arrendamiento de vivienda familiar mediando no matrimonio, frente al desistimiento y el abandono. En la redacción definitiva se incluyeron los supuestos de no renovación en el número 1, es decir, para cuando existiera matrimonio; pero al llegar al número 4 la obsesión del legislador por extender las facultades concedidas al cónyuge, también al conviviente *more uxorio*, «independientemente de su orientación sexual», hizo que olvidase incluir los casos de no renovación, manteniendo en este punto la redacción del artículo 13.4 del

sales)», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, op. cit., págs. 433 y sigs.; ALBERDI, C.: «Las uniones de hecho», *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Familia*, op. cit., págs. 59 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, 1989, págs. 392 y sigs., BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, op. cit., págs. 91 y sigs., y LASARTE ALVAREZ, C., en el prólogo a la obra citada en último lugar, págs. 11 y sigs., especialmente págs. 12-15; CHINCHILLA MARÍN, C.: «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», op. cit., págs. 21 y sigs.

(80) Por su parte, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: *Las uniones matrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1994, págs. 156, 160 y sigs., con anterioridad a la nueva LAU, había abogado no sólo por el derecho del conviviente no titular a subrogarse por muerte de su compañero arrendatario (art. 58 LAU anterior), sino por la aplicación de todos los derechos que se reconocen al cónyuge no titular (por ejemplo: sería aplicable el art. 24 LAU de 1964; si el no titular fuera la parte más necesitada de protección o se quedara con los hijos comunes, podría obtener de los tribunales que se le concediera continuar con el uso de la vivienda —art. 96 CC—; sería necesario demandar a ambos convivientes en caso de desahucio).

(81) Dice el último número del artículo 12 LAU: «4 Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

(82) Esta equiparación del matrimonio a la pareja de hecho, incluso a las uniones de personas del mismo sexo, ha sido objeto de una crítica general por los autores. *Vid.*, entre otros, SERRANO ALONSO, E.: «Artículos 9-16», op. cit., pág. 134; FINEZ, J. M.: «Artículo 12», op. cit., págs. 181-182.

Proyecto. Sin embargo, creemos que ha de llevarse a cabo una interpretación correctora del precepto y entender incluidos también estos supuestos en caso de uniones de hecho.

Como puede observarse, los requisitos de convivencia son más rigurosos que de haber mediado matrimonio en cuanto se exige que ésta haya durado al menos dos años si no hubieran tenido descendencia común, caso en el que no se requiere plazo alguno.

Los dos años de convivencia no es preciso que se desarrollasen en la vivienda arrendada, pues con tal exigencia se pretende asegurar que realmente se está ante una pareja estable. Lo que sí es necesario es que en el momento del desistimiento, no renovación o abandono se conviva en la vivienda arrendada (83).

Creemos además que aunque el artículo 7 LAU se refiere al cónyuge y no al compañero, si se quiere ser coherente con la intención del apartado del que tratamos habrá que entender también a los supuestos de convivencia *more uxorio* las observaciones que sobre la necesidad de crisis conyugal hicimos al tratar del abandono. De lo que no cabe duda es de la aplicación del artículo 7 LAU cuando existen hijos dependientes del conviviente arrendatario en la vivienda arrendada.

De todos modos, el problema principal que suscitará la aplicación de este número del artículo 12 será precisamente el de la prueba (84) de la fecha en que comenzó la convivencia y el de su duración, a lo cual pueden contribuir los Registros de parejas creados recientemente en algunos municipios. Dicha prueba corresponderá, evidentemente, al conviviente que pretenda continuar con el arrendamiento.

Por último, en los supuestos de desistimiento y no renovación, si el arrendador desconoce la existencia de la persona del conviviente, de éste deberá partir la iniciativa de notificar a aquél su voluntad de continuar o no en el arrendamiento, puesto que no cabe esperar el requerimiento a que se refiere el número 2 de este artículo 12 LAU (85).

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ
Profesora Ayudante de Facultad
Universidad de Valladolid

(83) Vid. FINEZ, J. M.: «Artículo 12», *op. cit.*, pág. 182.

(84) Puesto que, a diferencia de lo que ocurre cuando existe matrimonio, aquí no se presume la convivencia.

(85) Seguimos en este punto a FINEZ, J. M.: «Artículo 12», *op. cit.*, pág. 183.

DICTAMENES Y NOTAS

«Unas notas de recuerdo
sobre la conservación de la garantía
patrimonial y la protección
del derecho de crédito:
Para una revisión de un texto
clásico» (*)

SUMARIO: I. BASES DE PARTIDA DE ESTAS NOTAS.—II. EL AUTOR.—
III. REFERENCIA AL TEMA DE LA OBRA.—IV. EL CONTENIDO DE LA
OBRA: A) DISTRIBUCIÓN DE LAS MATERIAS Y PUNTOS RELEVANTES.—V. SOBRE EL
TRATAMIENTO DADO A LA OBRA POR EL AUTOR: A) ASPECTOS FORMA-
LES. B) ASPECTOS DE FONDO.—VI. IDEAS CRÍTICAS SOBRE LA OBRA Y EL
TEMA: A) PERFIL ESTRUCTURAL. B) PERFIL FUNCIONAL.—VII. TEMAS SUGERI-
DOS AL INVESTIGADOR DEL DERECHO.—UN RESUMEN FINAL.

I. BASES DE PARTIDA DE ESTAS NOTAS

Unas palabras previas en cuanto a la peculiaridad de un encargo en su día recibido y a la situación fáctica originada por dificultades concretas de tipo subjetivo y de tipo objetivo en orden al cumplimiento por el firmante de la tarea encomendada parecen aquí y ahora necesarias.

Referidas aquellas dificultades a los *aspectos aludidos*, en principio superiores a las de otros posibles aspectos, a mi juicio la apariencia parecía estar *en favor* de una mera presentación de un texto como objeto de comentario, sin ulteriores precisiones. Lo que no parecía nada claro

(*) NICOLA DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Azione surrogatoria Azione revocatoria. Sequestro conservativo)*. UTET, Torino, 1973.

era la significación (*quid iuris*) de una tal presentación y comentario y la eficacia previsible en un ámbito jurídico español caracterizado por los embates de la transición política, la nueva Constitución de 1978 y la aparición como «en cascada» de sucesivas leyes de reforma que afectaban a todos y cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico privado español.

Situado en tal contexto el comentario inicialmente dibujado para la obra aquí objeto de estas «Notas», era comprensible que los grandes temas clásicos del Derecho Privado —muy en especial entre ellos los relativos al «Derecho de Obligaciones»— iban a ir quedando aparcados y a la espera de una oportunidad para un «volver» sobre ellos.

Tornada la calma tras las turbulencias de las interpretaciones y comentarios sobre los distintos sectores de la normativa civil reformada, era lógico confiar en que de nuevo nuestros autores volvieran a los estudios específicos y a los comentarios concretos a las viejas normas sustantivas en materia relativa al «derecho de crédito».

Buena parte de las dificultades originadas por la obra objeto de estas notas provenían de que tenía *en su contra* la propia situación fáctica española, **basada en una normativa (civilística y procesalista) codificada esencialmente distinta (1) a la italiana** que servía de base a N. DISTASO, autor del texto objeto de estas «Notas», y **desarrollada** por la doctrina española de forma tradicional, en el sentido de quedar enmarcada dentro del habitual tratamiento *clásico* de los «remedios conservativos» del derecho de crédito (2).

(1) Cabría decir, en resumen, que la normativa referente a la *materia* objeto del texto comentado por N. DISTASO era —y es— en el Código Civil español sustancialmente *idéntica* a la regulación del derogado Codice Civile italiano de 1865 y, por tanto, *diferente* a la del Codice Civile italiano de 1942 que sirve de fondo al libro de N. DISTASO.

La normativa italiana *referida* va contenida en el Libro VI («De la tutela de los derechos»), Título III («De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial»), Capítulo V («De los medios de conservación de la garantía patrimonial»): Artículos 2.900-2.906.

(2) Digna de resaltar la salvedad del profesor Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN: *primero*, en su obra (**fundamental**) ya clásica *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (Introducción: «Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias»), ed. Tecnos, vol. I, Madrid, 1970, págs. 730 y sigs.; *después*, en su obra —en colaboración con el profesor GULLÓN BALLESTEROS— *Sistema de Derecho Civil*, vol. II («Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular»), ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 253 y sigs.; 262 y sigs. **Actualmente** dicha obra aparece en su cuarta edición, ed. Cívitas, 2 vols., de 455 y 851 págs. respectivamente, Madrid, 1933: Para un comentario detenido de la misma, *vid.* mi artículo «Un repaso selectivo a un texto clásico (una relectura de los fundamentos de Derecho Civil patrimonial de Luis Díez-Picazo)», en esta misma REVISTA, núm. 625, noviembre-diciembre 1994, págs. 2686-2718.

Respecto de los **aspectos procesales**, tampoco la comparación con los viejos textos españoles del siglo pasado era nada favorable, dado que determinados *puntos* muy concretos de la obra objeto de estas «Notas» —tanto *procesales propiamente dichos* (medidas cautelares) como *concursales* (revocatoria en tema de quiebras)— eran tratados en el texto en función de una normativa italiana muy moderna y actualizada (3).

El hecho concreto de las referidas *dificultades de todo tipo* a la hora de abordar el volumen objeto de estas «Notas» no ha incidido ni en el interés ni en la importancia del texto, quizá hoy envejecido materialmente, pero que ha adquirido la *pátina* de un texto con solera. O de otro modo, lo que perdió en actualidad lo ha ganado en «clasicidad».

II. EL AUTOR

N. DISTASO ejercía las funciones —en el momento de aparición del volumen comentado— de profesor agregado de Derecho Civil y era además consejero del Tribunal Supremo de Italia.

El autor había publicado años atrás algunas otras obras juveniles: *una*, relativa al análisis estructural y funcional de la garantía *específica* constituida por la *hipoteca* (4) [seguía en ella los pasos iniciados por S. PUGLIATTI sobre la relación entre el derecho sustantivo (o material) y el procedimiento ejecutivo] (5), y *otras*, en materia de *simulación* y de *obligaciones en general* (6). Ninguna otra referencia ni al autor ni a su obra, ni siquiera en los modernos *manuals* de los modernos tratadistas italianos (RESCIGNO, GALGANO, A. TORRENTE y P. SCHLESINGER).

No obstante lo expuesto, entiendo que al autor y a su obra hay que resituarlos correctamente y darles el lugar que se merecen. Cabe recordar aquí que también Italia ha sufrido sucesivas reformas de sus leyes civiles,

(3) Me refiero en especial a los siguientes **textos**: CODICE DI PROCEDURA CIVILE, aprobado por el REGIO DECRETO 28 octubre 1940, núm. 1443 (G.U., núm. 253, 28 de octubre de 1940); CODICE DI PROCEDURA PENALE, aprobado por el REGIO DECRETO de 19 de octubre de 1930, núm. 1399 (G.U., núm. 253, suplemento de 29 de octubre de 1930), y la disciplina de la quiebra —FALLIMENTO—, aprobada por el REGIO DECRETO de 16 de marzo de 1942, núm. 267 (disciplina del fallimento, del Concordato preventivo, della amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa).

(4) V. su *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milano, 1953.

(5) V. S. PUGLIATTI, «I rapporti unisoggettivo», en su *Diritto Civile*, 1958, págs. 518 y sigs.

(6) V. *Simulazione dei negozi giuridici*, Utet, Torino, 1960: voz «Simulazione», en el *Novis Dig. It.*, tomo XVII, Utet, Torino, 1957, págs. 359 y sigs.; «Le obbligazioni in generale», Utet, Torino, 1970; «Le obbligazioni pecuniarie», en revista *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXXII-1, 1969, págs. 428 y sigs.

merecedoras de los comentarios correspondientes, y los grandes temas *clásicos* del Derecho de Obligaciones quedaron asimismo un tanto relegados. Quizá hay tengamos una posible explicación del desconocimiento de esta obra, que, a mi modesto modo de ver, *continúa teniendo* una evidente importancia y un singular atractivo.

III. REFERENCIA AL TEMA DE LA OBRA

El volumen objeto del comentario aparece distribuido en un *Prólogo* (págs. 1-5), una parte *primera* dedicada a la ACCION SUBROGATORIA —con dos capítulos (págs. 9-118)—, una parte *segunda* relativa a la ACCION REVOCATORIA —con cinco capítulos (págs. 121-305)—, una parte *tercera* destinada al SECUESTRO CONSERVATIVO (un capítulo: págs. 309-341), un *Índice* de autores, un *Índice* alfabético y un *Índice* relativo a los artículos de las leyes citadas en la obra.

Si hubiera que efectuar un acotamiento de **los puntos de mayor relevancia e interés**, necesariamente iba a desbordar los límites marcados para este pequeño trabajo. La interconexión entre los **aspectos sustantivos (materiales) y procesales (formales)** es demasiado trascendente y visible, lo que evidencia la amplitud de una investigación en tal sentido.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos, voy a proceder a una voluntaria *reducción de la temática* que el texto va apuntando y a *una selección de aquellos temas, argumentos o repercusiones* en el ámbito inmobiliario que me han parecido relevantes.

IV. EL CONTENIDO DEL VOLUMEN

El aspecto relativo al **contenido** del volumen, en relación con la *distribución de las materias* del mismo, viene a ser, en esquema, como sigue:

Consideraciones introductorias

1. El *punto de partida* de N. DISTASO es el de considerar **bajo el mismo perfil funcional de «medios de conservación» de la garantía patrimonial** a los tres *remedios* objeto de análisis de la obra —la acción subrogatoria, la acción revocatoria, el secuestro conservativo—. Los tres institutos están respectivamente coordinados por su *finalidad práctica*. Observa el autor que las posibilidades de éxito de la acción ejecutiva pueden verse comprometidos por el comportamiento del deudor, y ante ese

posible comportamiento el ordenamiento jurídico *reacciona de diversas formas*:

- El *secuestro conservativo* va dirigido a impedir la destrucción o la ocultación material de los bienes, sustrayendo al deudor la disponibilidad de hecho de los bienes secuestrados (art. 2.906 CC italiano) (7).
- La *acción de simulación* va dirigida a neutralizar la ocultación jurídica de los bienes.
- La *acción revocatoria* va dirigida a neutralizar el efecto dañoso de las enajenaciones hechas por el deudor, con el resultado de sujetar a la ejecución forzosa el bien en cuanto al adquirente.
- La *acción subrogatoria* reacciona contra la inercia o la omisión del deudor al ejercitar sus derechos.

Es evidente que en todos los supuestos referidos se atiende *no* a la inmediata satisfacción del crédito, *sino a la simple conservación, en sentido lato*, de la garantía genérica del mismo, aunque sea en vista de la futura (o eventual) acción ejecutiva.

2. Sin embargo, de lo expuesto dice DISTASO que los institutos citados *no agotan* el campo de los *medios de conservación* de la garantía patrimonial, y cita *otros varios supuestos de tutela indirecta* de los derechos del acreedor *en la legislación italiana*

Los presupuestos y condiciones de tales remedios variados no siempre coinciden, pero señala DISTASO que no cabe negar que *todos ellos tienen una función unitaria*: la de dar al acreedor una tutela preventiva de su derecho asegurando la posibilidad de ejecutar en concreto la responsabilidad patrimonial del deudor.

Parte primera (acción subrogatoria)

El legislador italiano de 1942 *en su artículo 2.900* ha visto cómo se colmaban muchas lagunas del texto anterior de 1865, aunque con ello no han quedado resueltos de modo definitivo los graves problemas teóricos del instituto ni las cuestiones que habían preocupado a la doctrina y a la jurisprudencia.

— La **SECCION PRIMERA** está dedicada al examen de **la función, fundamento y naturaleza jurídica de la acción subrogatoria**. El autor pone de relieve, en primer lugar, **su finalidad** eminentemente conservativa

(7) V. en nuestro Derecho (arts. 1.397 y sigs. LEC).

y excluyendo su ejercicio cuando se trate de «derechos y acciones con contenido no patrimonial»; en segundo lugar, que el ejercicio de la acción es legítimo solamente si el deudor *descuida* ejercitar los derechos y acciones que le pertenecen contra un tercero, y en tercer lugar, que el requisito de que los derechos y acciones «deben tener un contenido patrimonial».

Para el autor, **la posición predominante en la doctrina** (PACCHIONI, BARASSI, MESSINEO, EULA, BIGLIAZZI-GERI, GIAMPICCOLO) **y en la jurisprudencia** (SS. de 9 agosto 1952, 30 octubre 1959, 30 junio 1960 y 17 febrero 1968) en Italia es la de entender *que la acción subrogatoria tiene una finalidad esencialmente conservativa*. De ahí que DISTASO afirme que el propósito al que esencialmente tiende la acción subrogatoria es el de la conservación de la garantía patrimonial, y su ejercicio puede llevar tanto al incremento como al mantenimiento de la originaria consistencia del patrimonio del deudor.

Para el autor es evidente cómo, **bajo el perfil funcional**, la acción subrogatoria es un medio conservativo cautelar, y la define como «un medio de tutela indirecta del derecho de crédito porque facilita la realización del mismo **coactiva e inmediatamente** (a través del ejercicio de la acción ejecutiva) o **mediatamente** (a través del ejercicio de la acción cautelar)».

En cuanto al **fundamento jurídico** de la acción subrogatoria, DISTASO opina que *lo que se tutela* a través de la acción subrogatoria *es el mismo derecho de crédito*, del cual se previene una potencial lesión asegurando la posibilidad de su futura realización. Esta acción subrogatoria, como bien señala NICOLO, «es un instrumento conservativo de tutela del derecho de crédito, dirigido a prevenir un daño futuro y a asegurar la actuación futura del derecho de crédito».

En cuanto a **la naturaleza jurídica** de la acción subrogatoria, dice DISTASO que la doctrina es unánime al considerar que no se trata de una acción típica de contenido particular: el acreedor que acciona *ex acción subrogatoria* *ejercita* pura y simplemente *la misma acción que corresponde al deudor contra el tercero*. Esto es, *no hay* un tipo de acción con un contenido uniforme, sino que *en la acción subrogatoria se dan cada una de las singulares acciones en concreto* pertenecientes al deudor que —en lugar de éste— son ejercitadas por el acreedor. Gráficamente lo expresa NICOLO (8): en relación con los terceros, el acreedor no ejercita acción alguna. Por todo ello, la doctrina italiana (GIAMPICCOLO, NATOLI), más que de acción subrogatoria en sentido técnico, habla de una «**legitimación subrogatoria**», es decir, de una potestad atribuida al acreedor de ejercitar

(8) V. NICOLO, «Azione surrogatoria», en el *Commentario del Codice Civile* da SCIALOJA-BRANCA (Tutela dei diritti, sub art. 2.900), Bologna, 1953, págs. 1-180, en especial pág. 20.

un derecho ajeno con eficacia inmediata para el titular. Esta *subrogación en el ejercicio* de un derecho ajeno se produce mediante lo que BUCCISANO (9) ha llamado un «acoplamiento de relaciones».

En orden a la **calificación jurídica del poder perteneciente al acreedor** que acciona *ex acción subrogatoria*, las soluciones tradicionales de la doctrina italiana giran en torno a los dos esquemas de la *sustitución procesal* (postura de la jurisprudencia) y de la *representación*.

Con el examen de los **variados aspectos procesales resultantes de la actuación del acreedor**, el autor pone fin a esta **SECCION PRIMERA**.

— La **SECCION SEGUNDA** analiza los **presupuestos y las condiciones de ejercicio de la acción subrogatoria**. Tras unas brevísimas precisiones introductorias, el autor —siguiendo a NICOLO— distingue entre **presupuestos** (momento **estático**) y **condiciones** (momento **dinámico**) de la legitimación subrogatoria.

En orden a los **presupuestos**, DISTASO exige tres: el crédito, el peligro de insolvencia y la inercia del deudor. El examen de cada uno es muy detallista y pormenorizado.

El crédito.—Presupuesto esencial para que surja la legitimación subrogatoria es *la cualidad del acreedor*. DISTASO insiste (con la doctrina dominante) en esta necesidad de la cualidad de *acreedor*: es necesario no aislar el presupuesto **estático** de la cualidad de acreedor del presupuesto **dinámico** del interés específico en evitar un daño. La cualidad de acreedor debe entenderse *en sentido amplio*.

El requisito de la patrimonialidad.—El artículo 2.900 exige que el derecho que el deudor olvida hacer valer tenga un contenido patrimonial. Para NICOLO es una exigencia que *no es* «grandemente apreciable», y observa que la necesidad del carácter patrimonial del derecho vendría ya *implícita* en la finalidad misma del instituto, dirigido a la conservación de la garantía genérica del crédito. Para NICOLO (10) la patrimonialidad es un requisito que se refiere al *objeto* del derecho, no ya al resultado inmediato del relativo acto de ejercicio creado por el acreedor. Sin embargo, observa DISTASO que *esta opinión* de NICOLO no toma en cuenta la noción de *estado* de la persona (tema sustraído a la disposición individual) ni las disposiciones legales vigentes (arts. 248, 249 y 267) y *es contradicha* por otras autorizadas opiniones (11).

La condición o requisito de que el crédito sea «no inherente» a la persona, no contemplada hoy en el vigente artículo 2.900 CC italiano, es entendida por NICOLO, más que como una nota conceptual fija, como una

(9) V. *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, pág. 103.

(10) V. «Azione surrogatoria», en el *Commentario...*, cit., págs. 92 y sigs.

(11) V., entre otros, CICU, BETTI, NATOLI, BIGLIAZZI-GERI.

cualidad que se determina en relación a la naturaleza y al contenido de los derechos respecto de lo que es la estructura y la función de la acción subrogatoria. Es decir, solamente un criterio *teleológico*, fundado en la valoración de los intereses en conflicto, puede ayudar al intérprete, ya sea en la formulación de criterios abstractos, ya sea en la resolución de los problemas concretos.

Considera DISTASO *inadmisibile* la legitimación del acreedor respecto de los derechos reales y los otros derechos de carácter absoluto (ligados al *status* del sujeto) de todos los actos en los que se exterioriza la facultad de disposición del derecho y los actos de disfrute que comportan la gestión del bien objeto del derecho del mismo y de los derechos potestativos.

Para el autor, donde la intervención subrogatoria tiene más amplias posibilidades de aplicación es en el campo de los *derechos de crédito*, distinguiendo entre ellos los de carácter primario y los de carácter secundario, y analizando el *objeto* del derecho cuando la incertidumbre deriva de un «*facere*» o un «*non facere*» del deudor.

La inercia.—A diferencia de la acción revocatoria, que presupone la existencia de un comportamiento *activo* de deudor del que deriva un peligro de daño para los intereses del acreedor, la acción subrogatoria se funda en un comportamiento *omisivo* del deudor que justifica la intervención sustitutiva del acreedor a los fines de conservar la garantía genérica del crédito.

Es por tanto un requisito básico de la acción subrogatoria *el no ejercicio* del derecho por parte del deudor. Ha podido escribir autorizadamente GIAMPICCOLO que no basta la situación de peligro, es necesario que la misma esté *en relación causal* con una conducta omisiva del obligado que determine o agrave (si ya existía) aquel peligro: donde falta tal extremo, no hay lugar a la intervención del acreedor *ex* acción subrogatoria (12).

No se requiere que la inercia sea imputable ni que sea culposa.

El *que la inercia sea objetivamente justificada* divide a la doctrina: DISTASO, siguiendo a GIAMPICCOLO, entiende que *donde no se presente* el extremo del descuido (inercia objetivamente *injustificada*) del deudor, *falta* sin más un presupuesto de la potestad subrogatoria.

Para la *valoración concreta* de la inercia y *el tiempo* de la misma: son cuestiones de mero hecho a valorar por el Juez conforme a las reglas de la experiencia.

La inercia debe ser *actual y efectiva*. No es necesario que sea total, pudiendo ser *parcial*.

En cuanto a **los elementos característicos constitutivos de la inercia**, DISTASO sigue a la doctrina autorizada y afirma que el elemento *discrecional*

(12) V. GIAMPICCOLO, voz «Azione surrogatoria», en *Encicl. del Dir.*, Milano, 1959, tomo IV, págs. 950-961: en especial págs. 953 y sigs.

de la inercia no está en su gravedad o en su duración, sino en el *peligro* que el retraso puede causar al acreedor; que ninguna inercia —aun prolongada— puede dispensar del ulterior requisito del *perjuicio*. Por todo ello entiende, con SACCO, que el requisito de la inercia se compone de *dos elementos*: a) la circunstancia de que el deudor *no haya ejecutado* en el pasado un cierto acto de ejercicio del derecho, y b) la circunstancia de que el ejercicio omitido, prolongado hacia el futuro, *pueda perjudicar* al acreedor.

El peligro de insolvencia.—Solamente cuando para el acreedor se *perfila un peligro efectivo de lesión* a su derecho, esto es, un peligro de *insolvencia* del deudor, es cuando su interés en orden a la conservación de la garantía patrimonial deviene un interés protegido y justifica la intervención substitutiva *ex acción subrogatoria*.

El autor, siguiendo a BIGLIAZZI-GERI, dice que el *eventus damni* —al que el art. 2.900 no se refiere, a diferencia del art. 2.901 para la acción revocatoria— es un requisito que, pese al silencio de la Ley, debe considerarse necesario a los fines del ejercicio de la acción subrogatoria, esto es, precisamente en consideración al propósito esencialmente cautelar-conservativo de ella (13).

Ello no obstante, el autor, siguiendo a SACCO, cree se debe hablar de un *genérico* peligro de insolvencia del deudor y *no* ya de un «específico» peligro de pérdida de las garantías con las cuales pueda contar el acreedor (por ejemplo, con la acción subrogatoria no solamente se crean hechos *adquisitivos* de pérdida de derechos o hechos dotados de efecto retroactivo idóneos para eliminar pérdidas producidas con anterioridad).

— El autor entiende que entre el «*eventus damni*» y la inercia del titular del derecho debe subsistir un específico *nexo de causalidad*, el cual permita afirmar que el perjuicio al acreedor aparece como consecuencia inmediata y directa del comportamiento omisivo del deudor.

El ejercicio de la acción subrogatoria. Trata el autor de investigar, en orden al «acomplamiento de relaciones» en que la acción subrogatoria se desenvuelve, *cuál posición* asumen los tres sujetos interesados —acreedor, deudor, tercero— y *cuáles efectos* se sigue de ello para cada uno.

De las consideraciones precedentes derivan —en cuanto al **ejercicio** de la acción subrogatoria— una serie de *consecuencias* claras para NICOLÒ (14) —que acepta DISTASO—: *en relación con el titular del derecho, en cuanto al poder del acreedor de disponer de la pretensión por él ejercitada, en orden a la carga de la prueba y en orden a las reglas de competencia*.

— Examina finalmente el autor **otros supuestos de hecho análogo a la**

(13) V. BIGLIAZZI-GERI, «Dell'azione surrogatoria», en el *Commentario del Codice Civile*, Tutela dei diritti, Torino, 1964, págs. 4-85. en especial págs. 73 y sigs.

(14) Así en NICOLÒ, «Azione surrogatoria», en el *Commentario...*, cit., pág. 173.

acción subrogatoria a lo largo del Código Civil italiano y entiende que tales hipótesis presentan *dos afinidades sustanciales* con el instituto de la acción subrogatoria: *una*, en cuanto al aspecto funcional; *la otra*, en cuanto al aspecto estructural.

Parte segunda (acción revocatoria)

— La **SECCION PRIMERA** la desarrolla el autor examinando la **función y fundamento y la naturaleza jurídica de la acción revocatoria**, así como el **poder expectante del acreedor accionante en revocatoria**.

Los **orígenes históricos** y la derivación **romanística** de la acción revocatoria son examinados con rigor por DISTASO basándose en las investigaciones de los romanistas italianos (TALAMANCA, IMPALLOMENI).

Función de la acción revocatoria. De modo *genérico* va incluida como un medio dirigido a la *tutela conservativa* del derecho del acreedor (arg. 2.740 CC) (15). De modo *específico* se caracteriza por la manera a través de la cual permite al acreedor alcanzar el propósito común, que es el de la conservación de la garantía patrimonial.

Para DISTASO es obvio pueden hacerse las *afirmaciones* siguientes:

- *La declaración de revocación* opera directamente sobre el acto y sobre sus efectos específicos.
- *El tercero adquirente* conserva, aun después de tal declaración, la cualidad de propietario del bien objeto del acto fraudulento.
- *El sujeto pasivo* de la ejecución forzosa es el «tercero adquirente».

En síntesis: para DISTASO la acción revocatoria *no opera ningún retorno* del bien al patrimonio del deudor: el bien es afectado por la acción ejecutiva respecto del tercero adquirente. Lo cual viene a ser equivalente a *poner en duda la validez* de la adquisición del derecho por el tercero: el tercero, que sigue siendo «propietario», está expuesto a la acción ejecutiva **como si** el acreedor tuviere sobre el bien un derecho de preferencia.

La aplicación a unos *particulares tipos de actos* (constitución de derecho real de garantía, asunción de una obligación) de la acción revocatoria es analizada por el autor con especial rigor.

Fundamento de la ineficacia del acto. Para DISTASO parece claro que el fundamento radica en la misma *ilicitud* del comportamiento del deudor. Esto es la doctrina dominante, pero el autor dedica su atención a la posición de tres autores consagrados: NICOLÒ, BETTI y NATOLI.

(15) Es equivalente a nuestro artículo 1.911 CC español.

Posición de NICOLÒ. La ineficacia del acto es *originaria*. Por lo tanto, la acción revocatoria tiene naturaleza *declarativa*, puesto que consiste en la fijación de un vicio del acto coetáneo a su nacimiento.

Posición de BETTI. *El hecho constitutivo* de la acción revocatoria es *todavía hoy* —como lo era en el Derecho romano— *un ilícito*: el «**fraus creditorum**». Este consiste en la *consciencia*, en la *previsión* del perjuicio que el acto de disposición causa a la garantía patrimonial. El problema *central* es el de cómo sea configurable bajo el perfil subjetivo un ilícito que es cometido por un tercero adquirente.

Para BETTI la acción no puede ser de nulidad: es *de rescisión*, en *sentido lato*, porque tiende a *rescindir*, o sea, a paralizar los efectos del acto de disposición efectuado en la medida en que perjudique la garantía patrimonial de los acreedores accionantes. Por lo tanto, el pronunciamiento —de reintegración de la garantía patrimonial— sólo puede ser de carácter *constitutivo* de la ineficacia del acto.

Posición de NATOLI. Entiende que hay *siempre* un ilícito —contractual o extracontractual, según los casos— *a parte debitoris*: esto es lo que sustancialmente se admite cuando se exige su «consciencia» del perjuicio de los acreedores. En lo demás —y *exceptuada* la hipótesis de acto a título gratuito (la posición del destinatario es irrelevante)— se exige siempre que el *tercero adquirente* sea «partícipe» del ilícito del deudor. Lo cual se explica por este autor en razón del particularísimo *carácter doblemente relativo* de la ineficacia misma: entiende que en la declaración de revocación hay *una ineficacia doblemente relativa, limitada en un doble sentido*: *uno*, en cuanto a los sujetos, y *otro*, en cuanto al ámbito de aplicación.

Naturaleza jurídica de la acción revocatoria. Para DISTASO hay que *excluir* que se trate de una acción de nulidad o anulabilidad, ni de acción constitutiva, restitutoria o recuperatoria: tiene siempre una naturaleza *declarativa*, ya que con ella se tiende a fijar un vicio del acto coetáneo a su nacimiento.

Por lo tanto, la ineficacia del acto es *originaria*, en el sentido de que el acto ejecutado por el deudor está viciado desde el momento en que fue creado y el *vicio* es consecuencia de la *falta* de uno de los presupuestos necesarios para un ejercicio útil e ilimitado del poder de disposición.

— La **SECCION SEGUNDA** está dedicada a los **presupuestos** de la acción revocatoria, que vienen determinados en el artículo 2.901 CC italiano (16): *a*) la subsistencia de un derecho de crédito; *b*) el perjuicio acarreado por el acto de disposición a la garantía patrimonial de dicho débito («*eventus damni*»); *c*) un comportamiento subjetivo del deudor y

(16) Sin equivalente en nuestro Código Civil español.

—en caso de acto a título oneroso— también por parte del tercero («*consilium fraudis*»).

a) *La subsistencia del crédito*

La acción revocatoria es concedida solamente a quienes tengan un *derecho de crédito* contra el deudor. La cualidad de *acreedor* es, por tanto, un elemento esencial para la aplicación del instituto.

Los caracteres del crédito. El acreedor deberá probar la *existencia* del crédito, y para ello puede valerse de todos los medios de prueba judiciales o extrajudiciales. No cabe exigir al acreedor que accione *ex* acción revocatoria que tenga un título ejecutivo. Tampoco son necesarias las cuotas de *liquidez* y de *exigibilidad* del crédito —art. 2.901 CC—, lo que —para NATOLI— es una cosa conforme a la función *conservativa* de la acción. Como consecuencia, tampoco es necesario que el crédito sea *anterior* al acto del deudor: el artículo 2.901 CC ha innovado en este punto la regulación del Código Civil de 1865.

b) *El «consilium fraudis»*

Tradicionalmente viene llamándose así al elemento *psicológico* o *subjetivo* del acto de disposición creado en perjuicio del derecho del acreedor.

El Código de 1942 vigente, en su *artículo 2.901.1.º*¹, determina el contenido del «*consilium fraudis*» y exige una medida diversa de la intención fraudulenta, según que los actos de disposición ejecutados por el deudor sean *anteriores* o *posteriores* al nacimiento del crédito: si son *anteriores*, es necesario que *animus nocendi*, o sea, que el acto haya sido dolosamente preordenado con el fin de perjudicar al acreedor, exigiéndose un *dolo específico* (17); si sin *posteriores* —*supuesto normal*—, bastará el simple conocimiento en el deudor del perjuicio que el acto reportaría a los acreedores, lo que *no es equivalente a un dolo genérico* (18).

(17) V. NATOLI, «Azione revocatoria», en *Encicl. del Dir.*, tomo IV, Milano, 1959, págs. 888-901, en especial pág. 892, nota 6. «El acto debe aparecer como el instrumento de una maquinación preordenada para crear una situación de perjuicio para el futuro acreedor».

(18) V. NICOLO, «Azione revocatoria» en el *Commentario del Codice Civile* de SCIALOJA-BRANCA («Tutela dei Diritti», sub arts. 2.901-2.904), Bologna, 1953, págs. 181-271, en especial pág. 212: «Necesario el *conocimiento efectivo*, no basta la simple “previsibilidad” (*sic*); se trata de una previsión efectiva, no una posibilidad de previsión: si el deudor no tiene una tal consciencia, no cabe la admisión de la acción».

DISTASO considera que la posición de BIGLIAZZI-GERI es exacta al entender el «conocimiento» como simple «previsibilidad» (19) del daño: *por un lado*, en la práctica puede borrarse la distinción entre conocimiento efectivo y simple posibilidad de conocimiento; *por otro lado*, en la práctica la prueba del conocimiento efectivo en la mayoría de los casos deberá deducirse presuntivamente del grado de «previsibilidad» del resultado atendidas las circunstancias propias del caso concreto.

c) *El «eventus damni»*

1. El artículo 2.901 CC vigente habla de **«perjuicio a los derechos del acreedor»**, pero *no* de «daño». No obstante, la generalidad de la doctrina italiana considera que equivale esta expresión, en general, a un reconocimiento de la *amplia noción* del elemento objetivo de la acción revocatoria que bajo el Código Civil de 1865 habían elaborado doctrina y jurisprudencia. En tal sentido, el *elemento objetivo* debe ser entendido como *peligro de daño*.

Para NICOLÒ lo importante es que, como consecuencia del acto del deudor, la posibilidad de ejecución forzosa corra el riesgo de quedar frustrada en todo o en parte. Considera *prácticamente imposible* catalogar todas las hipótesis en las que puede producirse el necesario peligro del daño: se trata de *un elemento a señalar caso por caso*.

2. **El acto en que se traduce el comportamiento del deudor** debe ser *un acto jurídico en sentido técnico*, esto es, un verdadero «comportamiento» que agota su contenido en una manifestación de voluntad negocial.

Solamente cabe tomar en consideración los actos *inter vivos*, no los *mortis causa* (en éstos, *después* de la muerte del deudor, la tutela de los acreedores queda asegurada mediante un mecanismo *diverso*).

Solamente cabe sujetar a revocación los *actos válidos y eficaces*, esto es, idóneos para producir una modificación de la situación patrimonial del deudor en la cual se concrete el «*eventus damni*».

Por lo tanto, quedan *excluidos* los actos **nulos** (arg. art. 1.415 CC). ¿*Quid* respecto a los **actos simulados**? El autor se muestra *partidario de la admisibilidad* de la acción revocatoria contra los actos simulados, dado que la estructura formal del acto *aparente* se manifiesta en las relaciones de la vida como una realidad y despliega todos sus efectos *como si* fuese realidad.

DISTASO *diferencia* perfectamente las acciones de **SIMULACION y REVOCATORIA**: 1) por su naturaleza; 2) por los sujetos; 3) por los efectos, y 4) por la prescripción.

(19) Empleo *el mismo término italiano* usado por el autor, *sin equivalente* en nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

3. **El acto del deudor debe tener naturaleza dispositiva.** El artículo 2.901 CC declara sujetos a la acción revocatoria «los actos con los cuales el deudor ocasione perjuicio a los derechos de los acreedores», lo que evidencia el nexo de causalidad entre el acto del deudor y el «*eventus damni*» a su cargo.

El acto revocable debe tener carácter *dispositivo*, quedando *excluidos* los actos de administración. Lo que equivale a decir que debe tratarse de actos no sólo con relevancia modificativa (negativa) de la situación jurídico patrimonial del deudor (enajenaciones, constitución de derechos reales...), sino también que correspondan expresamente a la decisión arbitraria del mismo deudor (de «disposición», esto es, una decisión arbitraria sobre la suerte jurídica y económica del bien).

4. **El acto dispositivo efectuado por el deudor puede ser a título oneroso y a título gratuito** y la revocación puede afectar a unos y a otros, exigiendo la ley diferentes condiciones para ello. Mientras que **en los a título gratuito** basta considerar la sola posición del deudor, **en los a título oneroso** se presenta una mayor complejidad al exigir en el tercero adquirente o bien la *scientia damni* (acto posterior al crédito) o bien la *scientia fraudis* (acto anterior al crédito).

DISTASO intenta proceder a la individualización de *un criterio general distintivo* de los actos a título oneroso y de los a título gratuito. Dado que la ley no procede a precisar este criterio, la determinación de este punto corresponde al intérprete.

Pasa luego DISTASO al análisis de **una serie de supuestos específicos** para determinar si son constitutivos de actos a título oneroso o a título gratuito.

— La **SECCION TERCERA** se dedica al examen de la **actuación** de la acción revocatoria.

En primer lugar, con un minucioso análisis, DISTASO pasa revista a las **varias formas de actuación de la acción**, que pone en relación con la *función propia* de ésta. Explica así cómo la actuación de la acción revocatoria se desenvuelve *en dos fases*: *una*, cuyo objetivo es la declaración de ineficacia (relativa) del acto de disposición del deudor; *otra*, en orden a la realización de las medidas de tutela ulteriores que la ley reconoce al acreedor sobre la base de aquella declaración.

En segundo lugar, estudia DISTASO la **posición especial de los subadquirentes**. En el nuevo Código, artículo 2.901, *punto final*, se equipara sustancialmente la posición del *subadquirente* con la del *primer adquirente*. El autor distingue según los subadquirentes lo fueren de bienes inmuebles, de bienes muebles registrables o de bienes muebles no registrables.

Estudia seguidamente el autor los aspectos procesales relativos a la

legitimación activa, legitimación pasiva, carga de la prueba, competencia por razón del territorio, competencia por razón del valor, reconvenición y excepción revocatorias, ejercicio de la revocatoria y fijación judicial, y finalmente el punto de la relación de la acción revocatoria con las acciones de rescisión y de anulación.

— La **SECCION CUARTA** va dedicada por el autor a los efectos de la revocación. Para examinar genéricamente, *en primer lugar*, el punto de la relatividad de los efectos; *en segundo lugar* estudia las variadas posiciones de cada uno de los interesados —acreedores, deudor, terrenos subadquirentes—; *en tercer lugar* examina las repercusiones fiscales de la revocación; *en cuarto lugar* estudia la prescripción de la acción, y *en quinto lugar* analiza las causas de extinción del crédito y de la acción revocatoria y de las otras acciones de ella dependientes.

1. **Relatividad de los efectos.** Se habló anteriormente de la *ineficacia doblemente relativa* de la declaración de revocación en orden al acto dispositivo revocado. Ello comporta algunas *consecuencias* en orden al deudor y en orden al tercero adquirente ejecutado.

2. **La segunda fase de actuación de la acción revocatoria.**

Se dijo antes que la ineficacia del acto es *originaria* y que la acción tiene naturaleza *declarativa* ya que consiste en la fijación de un vicio del acto coetáneo a su nacimiento. En orden a las **consecuencias de ello derivadas respecto de los interesados**, el autor examina las *diversas posiciones*: **en orden al acreedor, en orden al deudor y en orden al tercero subadquirente.**

Finaliza DISTASO el examen de la acción revocatoria analizando los puntos 3, 4 y 5, relativos respectivamente a **repercusión fiscal de la acción revocatoria, prescripción de la acción y extinción del crédito y de la acción.**

— La **SECCION QUINTA** la dedica DISTASO al examen de las relaciones de la acción revocatoria con el Derecho de Quiebras y con el Derecho Penal.

1. Norma del artículo 2.904 CC italiano (20)

Constituye una norma *de reenvío* que excepciona aquellas disposiciones especiales que disciplinan —en distintas sedes— los temas relativos a la acción revocatoria en materia de quiebras y en materia penal.

(20) Sin equivalente en el Código Civil español.

2. Relación de la acción revocatoria con el Derecho de Quiebras

DISTASO entiende que la quiebra introduce determinadas *modificaciones* en la disciplina de la acción revocatoria y examina las *reacciones* de la quiebra.

El autor considera que existe *una doble reacción de la quiebra: por una parte*, al *modificar* algunos aspectos de la normativa de la acción; *por otra parte*, al disponer una serie de *presunciones* en orden a los presupuestos de la acción.

De las **presunciones** derivan unas *consecuencias*:

- *En unos casos*, puede no ser necesaria una declaración judicial de ineficacia, derivando automáticamente ésta de la sentencia declaratoria de la quiebra (es esta la llamada **ACCION REVOCATORIA ORDINARIA EN LA QUIEBRA**).
- En otros casos tales presunciones simplifican notablemente el ejercicio de la acción revocatoria, dispensando al accionante de probar sus presupuestos o consintiéndole probar hechos diversos más fácilmente demostrables (es esta la llamada **ACCION REVOCATORIA CONCURSAL**).

En cuanto a las **modificaciones** que la quiebra introduce en la disciplina de la **ACCION REVOCATORIA ORDINARIA**, analiza DISTASO las *repercusiones* en el ámbito sustantivo y en el ámbito procesal como sigue:

- *Desde el punto de vista sustantivo*. La modificación afecta a los *efectos* de la acción, ya en orden a los beneficiarios de la acción, ya en orden al tercero partícipe del acto declarado ineficaz.
- *Desde el punto de vista procesal*. La modificación afecta al *ejercicio en juicio de la acción* en orden a la legitimación activa y pasiva y en orden a la competencia.

3. Naturaleza de la ACCION REVOCATORIA CONCURSAL

Plantea la doctrina italiana más autorizada *la cuestión acerca de la identidad o no de naturaleza entre la acción revocatoria ordinaria y la acción revocatoria concursal*, con las *posiciones* encontradas que el autor resume seguidamente.

A) **Doctrina dominante** (FERRARA, DE MARTINI, PAJARDI, NICOLÒ, PICARRO). Entiende que la *acción revocatoria concursal* viene a ser expresión del mismo principio en que está inspirada la *acción revocatoria ordinaria* y

participa de su misma esencia. Dice muy gráficamente FERRARA (21) que «con estas denominaciones no se quiere expresar una duplicidad de acciones, sino más bien un diverso comportamiento *de la misma acción* por el juego de presunciones».

En el *plano procesal* (los *presupuestos* de la acción) es la Leg. Fall. (art. 66) la que no sólo no los modifica, sino que *remite* a las normas generales del Código Civil.

B) **Doctrina discrepante** (SATTA, BONELLI, MAFFEI ALBERTI). La opinión de la doctrina predominante es contestada desde un doble perfil, por un lado, y desde el elemento objetivo, por otro lado.

1) SATTA entiende que, *desde un punto de vista funcional*, la acción revocatoria ordinaria y la acción revocatoria concursal son una sola acción más o menos modificada en su ejercicio por la quiebra sobrevenida, pero que *desde el punto de vista de los presupuestos* ambas son acciones distintas.

2) BONELLI cree que no deberían *distinguirse* los acreedores entre anteriores o posteriores del acto, debiendo ser suficiente *en cuanto a todos indistintamente* la prueba de la *culpabilidad* en el perjuicio exigida o sólo al tercero contratante o también al deudor.

3) MAFFEI ALBERTI parte de la constatación de que existe *una discordancia absoluta* sobre la configuración del «*eventus damni*», considerado por la doctrina como *presupuesto necesario* de la acción revocatoria concursal, y precisamente se hace derivar de tal configuración la *identidad* entre acción revocatoria ordinaria y acción revocatoria concursal, llegándose a sostener incluso que en la acción revocatoria concursal el «*eventus damni*» consiste en la lesión de la «*par conditio creditorum*». Dado que *la realización de este principio* de la «*par conditio*» es un resultado que solamente puede obtenerse a través de la quiebra (también al final del procedimiento concursal), se pregunta en base a *cuáles criterios* puede determinarse cuándo un acto *anterior* a la quiebra sea o no lesivo de la «*par conditio*». Aquí *lo relevante* es el conocimiento o ignorancia de la subsistencia objetiva del estado de insolvencia. La acción revocatoria concursal lo que hace es tender a *la distribución de la pérdida* derivada de la quiebra entre los causahabientes del empresario devenido quebrado, pero sin tomar en consideración el carácter *dañoso* de los actos originados.

(21) V. FERRARA, *Il fallimento*, 2.ª ed., Milano, 1966 (1.ª ed., Milano, 1959, pág. 276); voz «Azione revocatoria fallimentare», en *Encicl. del Dir.*, vol. IV, 1959, págs. 901-925.

4. Acción revocatoria en el proceso penal

Es la acción que ejercitan los *titulares de los créditos derivados del delito* para obtener la revocación de los actos cometidos por el culpable en fraude de sus derechos.

El *fundamento* de esta acción es el mismo que el de la acción revocatoria ordinaria, con determinadas especialidades en orden a *agilizar* trámites procesales.

El *efecto típico* de la acción es determinado en relación a un conjunto de *presunciones*, según los actos ejecutados por el culpable lo fuesen *antes* del delito (presunción de ineficacia a *condición* de probar el dolo) o *después* del delito (la misma presunción en los actos a título *oneroso*, y presunción simple de ineficacia en los actos a título gratuito).

Parte tercera (secuestro conservativo)

DISTASO procede en la parte final de la obra a un examen panorámico de las *medidas de tutela cautelar provisional*, y en especial del **secuestro conservativo**.

1. El secuestro conservativo como medida cautelar provisional

DISTASO sigue a la doctrina más autorizada (CHIOVENDA, CALAMANDREI, CONIGLIO) y entiende que esta medida (secuestro conservativo) se obtiene a través del ejercicio de una acción *aseguradora*. Discuten los autores italianos acerca de si las *providencias cautelares en general* tienen como fundamento una *acción* o si más bien son *una medida más* de entre los amplios poderes instrumentales del Juez: *es predominante* la doctrina que considera a toda medida aseguradora o cautelar como *una pura acción*.

El secuestro conservativo es, por tanto, *una medida cautelar*, que nace al servicio de una providencia definitiva que se obtendrá en el *juicio sobre el fondo*: sirve para asegurar la indisponibilidad de los bienes que podrán ser objeto de ejecución. Pero esto *no equivale* a que el secuestro conservativo sea *un acto preparatorio de la ejecución*, sino que en sustancia consiste en *una anticipación del embargo* (22) —y, por tanto, de la acción ejecu-

(22) La palabra italiana «*pignoramento*» tiene diversos sentidos, pero *en sentido jurídico propio* es equivalente a la española «*embargo*». Para una aclaración en beneficio del curioso lector, remito a la distinción entre PIGNORAMENTO y PEGNO, y a la versión de A. FAVATA, *Dizionario dei termini giuridici*, ed. La Tribuna-Piacenza, 8.^a ed., 1983, págs. 230 y 236.

tiva— en el que de hecho automáticamente *se convierte* a continuación de la condena ejecutiva pronunciada sucesivamente (23). Como las restantes providencias cautelares, y a semejanza suya, también en el secuestro conservativo se da la *nota típica y característica* de la relación de *subsidiariedad* o de *instrumentalidad* que les liga a la providencia definitiva en previsión de la cual se han dado.

2. El secuestro conservativo como medio de conservación de la garantía patrimonial

El Código Civil de 1942 vigente coloca sistemáticamente al secuestro conservativo inmediatamente *después de* la acción subrogatoria y de la acción revocatoria. Y así lo dispone en sus artículos 2.905 y 2.906 (24).

DISTASO aclara que con esta normativa sobre el secuestro conservativo el Código Civil se limita a indicar su existencia y efectos sustantivos, procediendo a un doble *reenvío*: *una vez*, a las normas del Codice di Procedura Civile, y *otra vez*, a las reglas relativas al embargo.

Esta ubicación *sistemática* evidencia que el secuestro conservativo es un medio *de conservación* de la garantía patrimonial y que tiene su *fundamento* en la responsabilidad patrimonial del deudor. Dado este carácter «conservativo», se trata de un medio de *tutela indirecta* del derecho de crédito en cuanto que *conserva* el objeto de la responsabilidad del deudor y asegura —a través del éxito de la acción ejecutiva— la realización coactiva del derecho de crédito.

Como *típica medida cautelar*, el secuestro conservativo tiende a *asegurar* la garantía del acreedor sobre los bienes del deudor contra el peligro de sus-tracciones o enajenaciones de los bienes mismos. Su *punto esencial de referencia* es el peligro de no ser pagado que tiene el acreedor de tener que quedar a la espera de una providencia judicial que dé eficacia al título ejecutivo.

3. Las condiciones del secuestro conservativo

Son *requisitos o presupuestos* del secuestro conservativo: un crédito a garantizar y la posibilidad de un daño.

a) *Posibilidad del derecho* (crédito).—Pueden solicitar el secuestro conservativo quienes sean titulares de un derecho de crédito, cualquiera que fuere su origen, sea condicional o a término, líquido o ilíquido.

(23) V. sobre esta «conversión», CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3.^a ed., Milano, 1949, págs. 179 y sigs.

(24) Ambos preceptos *sin equivalentes* en el Código Civil español.

Puede solicitarse el secuestro conservativo tanto *durante la pendencia* del juicio en orden a la fijación de la ineficacia del acto de enajenación como *después* de obtenida la sentencia declaratoria de la ineficacia.

b) *Posibilidad del daño*.—Como al artículo 671 CPC, la denominada «*causa arresti*» consiste en el fundado temor de perder las garantías del crédito.

La *posibilidad del daño* puede deducirse —según constante jurisprudencia—, ya de elementos *objetivos* relativos a la consistencia del patrimonio del deudor, ya de elementos *subjetivos* determinados por circunstancias procesales y extraprocesales.

El llamado «*periculum in mora*» —que puede hacer fundada la posibilidad de un daño futuro con el fin de justificar la concesión del secuestro conservativo— puede deducirse —*en vía alternativa* y no necesariamente coexistente—, ya sea de elementos objetivos, ya sea de elementos subjetivos. La subsistencia de dicho «*periculum*» debe ser valorada con referencia a la situación del tiempo en que la providencia cautelar fue concedida y ejecutada.

4. Los efectos del secuestro conservativo

Por virtud del secuestro conservativo se sujetan los bienes que de él son objeto a *custodia* (art. 678, en relación con los arts. 520, 521, 546, 579 y 559 CPC). La *custodia*, a cargo del mismo deudor o de persona diversa, es un elemento constante en orden a *asegurar* la conservación y administración de los bienes.

El secuestro conservativo conlleva no sólo la *pérdida del goce o disfrute* de la cosa, sino también la *limitación* del poder de disposición del deudor secuestrado: crea sobre los bienes objeto de él un *vínculo de indisponibilidad* que da lugar a la *ineficacia* de eventuales enajenaciones y otros actos de disposición (art. 2.906.1.º CC).

A su vez, la ineficacia dicha conlleva una *remisión* a la normativa sobre el «embargo» (arts. 2.902-2.918 CC).

La *consecuencia* es clara: el vínculo de derecho sustantivo continúa *sicut et in quantum*, produciendo sus efectos entre quienes lo crearon y respecto de terceros (25). Derivan de aquí las *limitaciones jurídicas* al poder de disposición del deudor, las cuales afectan a los actos de enajenación y constitutivos de derechos reales limitados y a los actos constitutivos de derechos de prelación.

(25) Así, en ANDROLI, *Commento al Codice di procedure Civile*, vol. III, Napoli, 1947, págs. 51 y sigs., y vol. IV, Napoli, 1964, págs. 147 y sigs., y en el *Commentario del Codice Civile* (dir.: SCIALOJA-BRANCA), Bologna, 1960, págs. 272 y sigs.

La exposición pormenorizada de DISTASO en orden a la *remisión* a la disciplina del embargo y a la *incidencia* sobre los poderes del acreedor y los derechos del deudor puede ser sintetizada en relación con los *perfiles* de los actos de enajenación, del tratamiento jurisprudencial, de la eficacia *erga omnes* y las características de la «*realità*» (26) y de la conexión con la acción ejecutiva.

a) *Actos de enajenación*.—El *problema central* es el de determinar la *relación entre el poder del acreedor y el derecho del deudor*, esto es, el de explicar *cómo cabe conciliar* el hecho de la enajenación del bien embargado con la persistencia de la ejecución contra el deudor. El concepto de «ineficacia» adoptado por el Código Civil no parece aceptable, por lo que los autores italianos elaboran diferentes construcciones para explicar esta relación.

CARNACINI —entre otros— dice que *la propiedad se transmite siempre y con relación a todos, pero el bien pasa gravado con el embargo*, de tal modo que se tendría una ejecución contra un tercero por una deuda ajena aunque se hubiera promovido *formalmente* contra el deudor. De donde dicho autor deriva que *el embargo* —y con él la prohibición de enajenar— *no impide* los efectos normales de cada uno de los actos de enajenación a cargo del ejecutado, y en particular la transmisión del derecho afectado por el mismo embargo... El bien ya no continúa en el patrimonio del deudor, sino que «*transivit cum onere*», de tal modo que la situación de un inmueble embargado es *análoga* a la de un inmueble hipotecado en cuanto a la responsabilidad del tercero adquirente.

b) *Tratamiento jurisprudencial de los efectos sustantivos del secuestro conservativo*.—De las numerosas decisiones jurisprudenciales sobre este punto, señala DISTASO unas pocas en su calidad de relevantes.

c) *Eficacia «erga omnes» y características de la «realidad» en relación con el embargo*.—Analiza DISTASO la indisponibilidad ejecutiva derivada del embargo, sus características y efectos, y los coteja con los típicos que son propios de los llamados «derechos reales».

Entiende que *faltan* en el embargo aquellas manifestaciones típicas y características de los «derechos reales» cuales son el derecho de prelación (preferencia) y el derecho de persecución.

No hay un derecho de prelación o preferencia. Parte de la distinción de PUGLIATTI entre aspecto sustantivo y aspecto procesal *en orden* a la acción *ejecutiva* (cuyo ámbito de eficacia y su mecanismo efectivo son peculiares) y al derecho *de crédito* que está en la base del título ejecutivo de cada uno de los acreedores. Deduce DISTASO que *el derecho de garantía*

(26) Término sin *equivalente* en nuestro Derecho, es utilizado por DISTASO para describir los efectos característicos y propios de los *Derechos reales*

—en su aspecto *procesal*— se resuelve únicamente en la facultad de reclamar, pero no en el derecho de obtener, que no puede ser procesal.

En consecuencia, si —junto a los acreedores que han inscrito— pueden intervenir en la ejecución otros autores aun no privilegiados si la cualidad de acreedor *embargante* no atribuye un derecho especial de prelación en la distribución de la suma obtenida, si el acreedor *embargante* no hace valer otra cosa que *su derecho de crédito* que se encuentra *en concurso* con el derecho de los otros acreedores..., *es evidente*, concluye DISTASO, que *falta* al vínculo derivado del embargo la típica expresión de la «realidad» que es la *prelación*.

No hay un derecho de persecución. Pone de relieve DISTASO cómo es sintomático y simplista que no *aparece* en la hipoteca ni en la prenda *algo que es propio* del secuestro conservativo o del embargo: la *indisponibilidad* del bien. Por otro lado, la ineficacia del acto dispositivo está *condicionada* no sólo a la existencia del embargo, sino a la *permanencia* de éste.

Comporta el embargo *un vínculo de naturaleza procesal*, conexo en su función a la satisfacción de los acreedores, de tal modo que la *enajenación* del bien embargado *es ineficaz respecto al proceso*, pero es plenamente *eficaz en el campo del derecho sustantivo* donde no hay proceso.

Excluidos por tanto los efectos de la «rei-persecutoriedad» en cuanto a terceros —así como también los efectos de la prelación—, cabe *concluir* que del embargo *no surge ningún derecho real* a favor del acreedor embargante y de otros acreedores intervinientes en la ejecución.

d) *Conexión del embargo con la acción ejecutiva.*—A pesar de lo expuesto, dice DISTASO que queda pendiente de explicación la típica «indisponibilidad» del bien propia del embargo y que tal nota debe buscarse en la misma *función procesal* de la acción ejecutiva.

Entiende que, aunque *ligado* a la relación jurídica sustantiva, el *procedimiento ejecutivo* tiene una autonomía plena y completa: *autonomía estructural*, no *funcional*. El proceso ejecutivo tiene una *función instrumental* respecto de la relación jurídica sustantiva y los elementos de la relación jurídica procesal se contagian del destino ulterior, de la sujeción representada por la situación de responsabilidad aneja al derecho sustantivo.

En consecuencia, la «indisponibilidad» de los bienes embargados *va coordinada* a los fines de venta y de la asignación posterior a los acreedores, o sea, a los fines de la ejecución misma. Teniendo este *vínculo* del embargo *su fuente* en el poder jurisdiccional del Estado, dicho vínculo *subsiste* el tiempo suficiente para beneficio del accionante y para los fines preordenados por el órgano público.

V. SOBRE EL TRATAMIENTO DADO A LA OBRA POR EL AUTOR

Una exposición sumaria, abreviada, de lo que es el **contenido** de este volumen aquí objeto de «*re-visión*» nos ha permitido ya detectar la importancia del mismo y el interés de las numerosas cuestiones planteadas. Una *acotación* de los **puntos relevantes** y merecedores de especial comentario parece así posible, pero no oportuna en este momento, quedando en consecuencia *tan sólo indicada* tras la referencia a dicho contenido en el **epígrafe IV** precedente.

Entre los diferentes *puntos de vista* utilizados por el autor, parece aquí conveniente aludir a los aspectos **formales** y **de fondo** que han llamado mi atención, en la forma que sigue.

A) ASPECTOS FORMALES

De entre los aspectos **formales**, presentan interés los siguientes:

La técnica empleada por el autor

Es curioso *el comienzo* de cada una de las tres PARTES de la obra, que contienen —junto al *sumario*— una cuidada y seleccionada *relación bibliográfica*. En cuanto a esta relación de autores, es asimismo curioso observar que el orden de presentación no es *ni el alfabético* por autores *ni tampoco el estrictamente cronológico* según el año de publicación de la obra seleccionada en cada parte del volumen. Por otra parte, aunque aparentemente esta relación bibliográfica aludida pretenda ser completa, sin embargo a lo largo del texto aparecen *otras citas* de autores y de obras no incluidas en la relación, pero a los que se refiere con la típica expresión de las citas (*op. cit.*). Es notable la reducción «*ad maximum*» de los autores elegidos: prácticamente *sólo* los autores *italianos*.

Una de las primeras cosas que llaman la atención en esta obra comentada es la total ausencia de *notas a pie de página*. Lo que ocurre es que las citas van frecuentemente incorporadas en el mismo texto una y otra vez.

Relevante es también la forma *cíclica* de tomar y retomar las argumentaciones introductorias —«*corsi e ricorsi*»— y llevarlas y traerlas **en cada una** de las *partes* principales en que la obra va dividida.

Otra característica es la abundante información en orden a las *sentencias* del Tribunal Supremo de Italia (Corte de Cassazione), *presentados en la forma habitual de citación*, esto es, *sin alusión* a las circunstancias fácticas ni a la *ratio decidendi*.

El *tratamiento* de cada *sector* o *materia* analizada y, dentro de ella, los puntos examinados es prácticamente exhaustivo, agotando toda la argumentación. De lo cual se resiente la longitud y la densidad de alguno de los capítulos de la obra.

El deslinde de *los planos o perfiles* de cada materia en orden a las vertientes *estructural y funcional* (27) parece claro en la mente del autor, y en algunos casos se trasluce y evidencia en la distribución práctica efectuada.

La apoyatura *en la doctrina más autorizada* suele ser constante, reiterativa y fundamentada casi siempre en la tríada NICOLO-NATOLI-BIGLIAZZI GERI (con alguna aislada alusión a PUGLIATTI).

El planteamiento en la *forma piramidal*, de arriba a abajo, conlleva la densidad y el alargamiento de los capítulos que quizá podría obviarse con un recurso a *subdistinciones y separación* de temas. Es ese planteamiento el que conduce a un enorme *casuismo*, por la referencia inevitable a los puntos de la exposición.

Terminología y lenguaje del autor

La dicción expresiva, esto es, *el lenguaje* empleado por el autor es enormemente diáfana. La dicción es omnicomprendiva, de forma tal que recoge una rica casuística, con enormidad de detalles y superdistinciones.

La terminología es tremendamente sutil y de gran riqueza expresiva, con la introducción de numerosos «neo-logismos» incluso en la propia lengua italiana, sobre todo en el ámbito estrictamente **jurídico**. Valgan como muestra *ad exemplum* las siguientes *voces* (28): oponibilidad, experimentabilidad, previsibilidad, realidad (**realità**: referida al ámbito de los derechos reales o de cosas), etc. Un ejemplo prototípico de esta manera de hacer del autor es patente en la *voz capiente* (29), que, a mi juicio,

(27) A tener en cuenta el dato de que la distinción entre los perfiles *estructural y funcional* de un instituto es de muy reciente acogida entre los juristas *latinos*.

A su aplicación al *contenido del contrato* se refería en su día ANTONIO CATAUDELLA: V. su *Sul contenuto del contratto*, ed. Giuffrè, Milano, 1966. Sobre los particulares de dicha doctrina, v. **mi** *recensión* en esta REVISTA, núm. 477, marzo-abril 1970, págs. 591 y sigs., especialmente págs. 584 y sigs.

(28) Todas ellas **sin equivalente alguno** en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

(29) Si abrimos un diccionario normal italiano-español, veremos que para la *voz* «**capienza**», en la entrada o apartado **For.** nos indica «capacidad del patrimonio frente a las pasividades correspondientes». Si luego abrimos un **diccionario jurídico italiano** (v. gr., el de ANGELO FAVATA, anteriormente citado), veremos que no aparece el citado término.

Si de ahí pasamos a nuestro «Diccionario de la Lengua Española», de la Real Academia Española, vigésima edición, 1984, tomo II, pág. 1258, encontramos el término

puede y debe entenderse en la lengua española como equivalente a **solvente** o **solvable**.

Las peculiaridades y características apuntadas en cuanto a la terminología del autor solamente se han puesto de relieve a modo de constatación de *las dificultades prototípicas usuales* que encuentra aquel que pretenda traducir correctamente del italiano. Muy bien ha podido escribirse recientemente (30): «... *hubo un tiempo no demasiado lejano en que se pensaba que si para traducir del inglés se necesitaba saber inglés, para traducir del alemán, alemán y así sucesivamente, no hacía falta este requisito para traducir del italiano*, ya que, para hacerlo, con escribir bien en castellano y echar mano de vez en cuando de un buen diccionario bastaba; *vamos*, que como las lenguas son tan parecidas, las culturas tan similares, etc., *era un trabajo que cualquiera podía realizar...*» De donde resulta que para este comentarista lo importante fue tratar de conseguir que mi versión, comentario y notas del texto de DISTASO ofrecieran en conjunto un contenido **global** que diera *una imagen* del texto original *exactamente idéntica* a la que pudieran obtener los receptores italianos del propio texto italiano.

Repeticiones y erratas

Las superdiferenciaciones y el afán del detalle en el autor conllevan el riesgo inevitable de *repeticiones* (31), bastante numerosas en la obra comentada.

Las *citas bibliográficas, incorporadas* al propio texto de la obra, pueden inducir a ligeras erratas (32), más fáciles de subsanar si hubieran sido puestas a pie de página.

«solvente», que en su *acepción* 4. señala «Capaz de cumplir obligación, cargo, etc., y más en especial, capaz de cumplirlos cuidadosa y celosamente».

Intimamente relacionado con este punto, en orden a la diferencia entre **insolvencia** e **insolvabilidad**, *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, vol. II, Madrid, 1993, págs. 748 y sigs.

(30) V. ANGELICA VALENTINETTI, «Traducir del italiano», **Artículo** para el *dossier* titulado «El difícil lugar del traductor», en revista *Quimera*, núm. 140-141, octubre 1955, págs. 64-65 (subrayados míos: J. C. G.).

(31) Las denomino aquí con una **R**. Los números se refieren a los epígrafes o puntos del libro. Así, por ejemplo,: Consideraciones introductorias, págs. 1 y sigs. (**R.** = núm. 105, pág. 309); núm. 7, pág. 33 (**R.** = núm. 103); núm. 25, pág. 101 (**R.** = núm. 84, pág. 269); núm. 29, pág. 127 (**R.** = núm. 73, pág. 245, y núm. 88, pág. 275); núm. 30, pág. 131 (**R.** = núm. 32, pág. 138, y núm. 73, pág. 246); núm. 34, pág. 147 (**R.** = núm. 89, pág. 278); núm. 48, pág. 185 (**R.** = núm. 53, pág. 190); núm. 46, pág. 173 (**R.** = núm. 74, pág. 247); núm. 73, pág. 245 (**R.** = núm. 88, pág. 275).

(32) Así, por ejemplo: la cita de SACCO (pág. 100), la *autocita* del autor (núm. 113, pág. 334) y la referencia del artículo 524 CPC (*sic*) (pág. 113).

B) ASPECTOS DE FONDO

De entre los aspectos de fondo, son merecedores de especial atención los que siguen:

Presupuesto metodológico

Se acaba de apuntar el símil **geométrico**, alusivo a un planteamiento *piramidal* de la obra, en el sentido desde arriba hacia abajo, a modo de un presupuesto *dogmático-jurídico* no adornado de explicaciones o de argumentación que lo desarrolle. Si se me permite ahora un símil *vegetal*, entiendo que este texto vendría a ser a modo de un árbol robusto dotado de hojas perennes, efecto quizá de ese tratamiento completo de tipo dogmático.

Perfil genérico

El perfil *genérico* dado a este volumen («*conservación de la garantía patrimonial*») parece apuntar a una investigación relativa a proposiciones *de tipo general y aplicabilidad directa* a cualquier situación jurídica incardinada dentro del «Derecho de obligaciones». Ello es tan solo aparente, y quiebra por varias razones: *en primer lugar*, la «obertura» inicial de DISTASO no tiene un desarrollo específico y determinado; *en segundo lugar*, el paradigma normativo queda *reducido* tan solo al ordenamiento italiano (CC de 1942, Legge Fallimentare, etc.); *en tercer lugar*, el análisis y la cita de la jurisprudencia italiana, como antes se dijo, están efectuados bajo el prisma *dogmático*, pero sin argumentaciones críticas ni desarrollo particularizado de los diferentes supuestos de hecho; y *en cuarto lugar*, ese pretendido planteamiento *genérico* insinuado al inicio de la obra *no lleva a unas consideraciones globales conclusivas* en orden al gran tema de la «conservación de la garantía patrimonial».

Perfil específico

Reducida la exposición sobre el tema efectuado por DISTASO a la contemplación panorámica y prácticamente exhaustiva de toda la doctrina y jurisprudencia **italianas**, queda evidenciado el carácter *específico* y *particularizado* de la obra, en el sentido de reducirse su contenido tan sólo al *Derecho italiano*.

De haber acudido a una perspectiva *comparatista mínima*, podía haberse efectuado una visión conjunta o cotejo de todos los ordenamientos europeos del tipo *latino*: Francia (y sus paralelos del bloque del Código Napoleónico), Italia, Portugal, España. Una visión comparatista *media* habría incluido los ordenamientos europeos de tipo *germánico* (Alemania, Austria, Suiza...). Una visión comparatista *máxima* habría abarcado a los ordenamientos del ámbito anglosajón (Derecho del Reino Unido, Canadá, USA...).

Dentro de este planteamiento **específico**, lo que me llamó la atención fue *la total ausencia* de menciones de *autores españoles*. No parece que quepa decir que en los años de aparición de este volumen no había ninguna aportación original española en materia del «Derecho de Obligaciones». A este punto me he referido no hace mucho en esta misma REVISTA (33) al hacer un *balance* de la situación de la doctrina española en la década de los sesenta. Lo que no cabía era ignorar, ni entonces ni ahora, obras tan fundamentales para el Derecho de Obligaciones como las de los autores españoles A. HERNÁNDEZ GIL y L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

Desde este punto de vista *específico*, nada comparatista y exclusivamente italiano, el tratamiento concreto *de cada uno de los remedios clásicos* (*acción subrogatoria, acción revocatoria, secuestro conservativo*) y que da lugar a cada una de las partes del volumen, es completísimo, exhaustivo y magistral.

VI. IDEAS CRITICAS SOBRE LA OBRA Y EL TEMA

Referidas las precedentes consideraciones a los diferentes *aspectos* del volumen aquí comentado, parece conveniente dar una impresión personal del comentarista acerca de **los valores de la obra**, suministrando de paso al lector curioso los suficientes elementos de juicio para abordar la rica problemática presentada en este texto.

Esbozadas ya algunas consideraciones personales en los apartados precedentes, quiero finalizarlos con una alusión a la distinción entre **los perfiles estático y dinámico** bajo los que cabe contemplar los diferentes **remedios «conservativos»** de la garantía patrimonial analizados por DISTASO en su obra.

(33) V. en esta REVISTA, núm. 625, noviembre-diciembre 1994 (número conmemorativo de la reforma hipotecaria de 1994), págs. 2686-2718 (en especial págs. 2687-1689), bajo el título «Un repaso selectivo a un texto clásico. Una relectura de los fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», de L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 4.^a edición, ed. Cívitas, 2 vols. de 455 y 851 págs. respectivamente, Madrid, 1993).

A) PERFIL ESTRUCTURAL

Presenta *DISTASO en cada una de las partes de su obra* una nítida diferenciación entre los perfiles **estructural** (presupuestos de ejercicio) y **funcional** (actuación del remedio conservativo) *de cada uno* de los «medios de conservación» de la garantía patrimonial. Como su manera de hacer es un tanto «*oriental*», de repeticiones cíclicas, a veces enumera unos *requisitos* (o presupuestos de ejercicio), por ejemplo, *a), b), c)*, para luego alterar el orden de presentación enunciado y sin previo aviso; en otros casos se plantea tratar de la *actuación* del remedio, para luego hablar de los «*efectos*» del mismo. Todo ello viene englobado, a mi modo de ver, en esa contemplación un tanto oriental, un tanto arbórea, un tanto geométrica, del texto comentado.

Desde este punto de vista **estructural**, y dado el planteamiento dogmático-jurídico del autor, la forma aparente del texto es de una enorme densidad, acrecentada por la ausencia total de notas a pie de página y calificada por la inexistencia de matices en la argumentación.

En cuanto a la **ubicación** de las materias, nada que decir en principio respecto de su distribución, articulación y exposición. Alguna objeción cabría hacer en orden a ese presunto tratamiento inicial *genérico* —antes aludido— de los «medios de conservación» de la garantía patrimonial: es un planteamiento inicial que luego no se desenvuelve con rigor y que se reduce a una contraposición entre medios *directos* y medios *indirectos* de conservación de la garantía patrimonial (34).

En cuanto a la **acción subrogatoria**, cuando el autor habla de «*función*» se refiere a la *finalidad práctica* de la misma. Por ello, para tratar de desenredar el nudo que le oprime, al estudiar el *perfil funcional* de la acción tiene que acudir al remedio de la distinción entre la acción como *momento estructural* (!) del proceso ejecutivo o cautelar y el nexo *teleológico* de «instrumentalidad» (*sic*) entre ejercicio en vía subrogatoria de los derechos del deudor y acción ejecutiva o cautelar contra el deudor.

(34) V. una excelente presentación de los «**medios de defensa**» de las obligaciones en BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni* (IV, «Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione»), edit. A. Gufrè, Milano, 1955, págs. 143 y sigs. (ed. española, *con traducción y notas* de J. L. DE LOS MOZOS, *Teoría general de las obligaciones*, 2 vols., ed. RDP, Madrid, 1970, tomo II, págs. 349 y sigs.). Distingue BETTI entre medios *preventivos* y medios *conservativos* de las obligaciones e incluye —dentro de los últimos (págs. 148 y sigs., ed. italiana; y págs. 356 y sigs., ed. española)— a las medidas provisionales cautelares, al beneficio de la separación de bienes del difunto de los bienes del heredero (arts. 512-518 CC italiano) y a la acción de simulación (art. 1.415.2.º CC italiano). Todos dichos medios **conservativos** acompañan a los remedios *clásicos* del secuestro conservativo, acción subrogatoria y acción revocatoria.

Al referirse a la *naturaleza jurídica* de la acción subrogatoria, el análisis es muy completo y desciende hasta la delimitación de la calificación jurídica del *poder* perteneciente al acreedor que ejercita esta acción.

Muy completo es el tratamiento de los *presupuestos* y las *condiciones de ejercicio* de esta acción, pero al insertar en su exposición la bifurcación de perfiles *estático* y *dinámico* de la legitimación subrogatoria llega uno a encontrarse en algún punto un tanto desorientado y confuso. A este respecto, al proceder al análisis de la *fijación judicial* de los presupuestos de la legitimación subrogatoria, en conexión con el *ejercicio* (¿perfil funcional?) de la acción, ya no se sabe si se está refiriendo a un ejercicio *judicial* o a un ejercicio *extrajudicial* de la acción.

En cuanto a la **acción revocatoria**, parece que el *enquadre histórico* de la acción podría y debería ir *al final* del epígrafe inicial de la exposición y *antes* del epígrafe relativo a la «función» de la acción, no con posterioridad a la naturaleza jurídica de la acción (35).

Parece un tanto repetitivo o redundante analizar el punto de la naturaleza *dispositiva* del acto revocable y añadir otro punto sobre el carácter *dispositivo* del acto revocable (36).

Parece que en tema de *legitimación activa* cabría una cierta reordenación de las materias, evitando la alteración del orden expositivo normal y tradicional (acreedores-deudor-subadquirente) y reagrupando los puntos examinados (37).

Parece un tanto complicado seguir el hilo de la exposición en materia de acción revocatoria concursal en un tema ya de por sí complejo como es el de las quiebras. De ahí que podría considerarse preferible tratar de la naturaleza jurídica de dicha acción un poco más arriba (38). Con ello, y con alguna aclaración conceptual en orden a lo que denomina el autor opiniones *contrarias* (39), que no aparecen claramente perfiladas, quedaría este punto perfectamente delimitado conceptualmente.

En cuanto al secuestro conservativo, parece que podría y debería mejorarse la exposición en orden a *los efectos* del secuestro poniendo un poco de orden en la revuelta presentación.

(35) Esto es, entiendo debiera ubicarse tras el número 28 (pág. 127) y antes del número 29, en lugar de ir en el número 35 (págs. 147 y sigs.).

(36) Esto es, todo el análisis del número 53 (págs. 190 y sigs.) podría ir bajo el número 48 (págs. 185 y sigs.), y con reordenación de la exposición y la materia.

(37) Esto es, número 75 (págs. 252 y sigs.) y número 81 (pág. 264) deberían ir unidos en el tratamiento.

(38) Esto es, en número 99 (págs. 292 y sigs.), en lugar del número 101 (págs. 297 y sigs.), y con reordenación de todo el epígrafe 99.

(39) Concretamente me refiero al epígrafe número 102 (págs. 298 y sigs.), relativo a las opiniones de SATTÀ, BONELLI y FERRARA.

B) PERFIL FUNCIONAL

Analizada en el apartado precedente la vertiente o perspectiva **estática** de la obra aquí comentada, en este lugar parece oportuno dejar terminada mi impresión crítica personal con unas alusiones a la perspectiva **dinámica** del texto de DISTASO. Las alusiones aquí presentadas en forma sintética van referidas a los puntos de vista siguientes:

Punto de vista subjetivo.—El análisis de DISTASO, calificado anteriormente como «específico» y referido *globalmente* a los que llama «medios de conservación de la garantía patrimonial», parece quedar *limitado* a una versión o perspectiva **subjetivista**, esto es, limitada a los poderes o «medios» legalmente ofrecidos a los acreedores para la defensa y conservación de sus derechos de crédito. O de otra manera dicho, trata *más de* «medios de conservación» *que de* «garantía patrimonial». Con esta mención basta: lo cual enlaza con toda una manera de hacer típicamente latina en la forma habitual tradicional.

Punto de vista objetivo.—Alude DISTASO en el título de su obra a lo que llama la «garantía patrimonial», pero esta mención **objetivista** queda desdibujada y perdida en la exposición. De entre las argumentaciones presentadas aquí y allá no se desprende *qué cosa sea esa garantía patrimonial*, ni se alude siquiera a la distinción conceptual o a la confusión entre **responsabilidad** y **garantía** (40).

En nuestro Derecho, ya en 1972 M. AMORÓS GUARDIOLA afirmó que «*ni histórica ni conceptualmente pueden confundirse las nociones de responsabilidad y garantía. Aunque próximas, responden a exigencias prácticas y se desenvuelven a través de procedimientos técnicos diversos...*» (41). Precisa M. AMORÓS que lo primero que hay que dilucidar es *en qué consiste la realidad social* que bajo el nombre de garantía se encierra, y entiende que primariamente el vocablo «**garantía**» apunta a la idea de *seguridad* (42); dice que «la **seguridad** del “derecho de crédito” se realiza fundamentalmente por medio de un *reforzamiento* de la posición normal del acreedor, y en ese reforzamiento consisten precisamente las *garantías*. Toda medida que tienda a hacer más

(40) En sentido contrario, muy tempranamente entre nosotros presentaba con gran riqueza de matices un detenido análisis de este punto M. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», artículo en *RGLJ*, mayo 1972 (ed. *separata*, por la que se cita aquí).

(41) V. AMORÓS, *op. cit.*, págs. 6 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

(42) A la idea de *seguridad jurídica*, en relación con lo que llama el Derecho cautelar, se ha referido en una obra espléndidamente mi compañero J. L. MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar* (tomo I, «Teoría de la seguridad jurídica»; tomo II, «Sistema español de Derecho cautelar»), ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1989.

segura la posición del acreedor puede ser considerada como una garantía» (43).

Sin entrar ahora en el examen de las posibles **garantías crediticias** que presenta M. AMORÓS (44), sí quiero recoger *su planteamiento inicial en orden a las posibles formas de garantía*: «... (Son), fundamental y estructuralmente, dos. El *reforzamiento* de la posición del acreedor en que la garantía consiste *se logra* por el Derecho *a través de dos distintos procedimientos técnicos*, diversos por su extensión objetiva y por sus efectos: o se garantiza el crédito primitivo mediante *la afección de un nuevo patrimonio* o responsabilidad patrimonial (responsabilidad *superpuesta* en funciones de garantía), o se *vincula una cosa, concreta y determinada*. En ambos casos *la afección aparece al margen o por encima* de la responsabilidad patrimonial del deudor originario por exigencias de la propia naturaleza de la garantía» (45).

Este planteamiento de M. AMORÓS lo he traído aquí a los efectos de centrar el tema de la «conservación de la garantía patrimonial», aludido por DISTASO pero no desenvuelto en el texto comentado. Entiendo que si hay que tratar de una posible «conservación» de la garantía patrimonial, parece dato previo insoslayable el apuntar qué cosa fuere *esencialmente* esa llamada «garantía patrimonial». De ahí el interés y la cita del brillante y juvenil artículo de M. AMORÓS, aquí meramente aludido.

Punto de vista formal

El análisis de DISTASO presenta un examen particularizado y muy completo de los distintos **procedimientos de ejercicio de cada uno** de los tres grandes «remedios conservativos» que presenta el texto aquí comentado. Lógicamente, por sus reiteradas *citas jurisprudenciales*, está en muy estrecha relación con las decisiones de los Tribunales italianos, y en especial de la Corte de Casación. Lo que ocurre es que, como —según ya vimos— la cita y exposición de las sentencias se hace sin referencia alguna al *supuesto de hecho decidido* por el Tribunal, parece amputada la decisión de una parte esencial del litigio. Esa omisión del supuesto de hecho respectivo es, en mi opinión, el único defecto grave de la obra.

Por otra parte, la aludida *conexión* de los puntos tratados en la obra *con esa aplicación práctica* de los «remedios conservativos» va referida casi exclusivamente a *aquella idea genérica inicial* —luego no desenvuelta— de

(43) V. AMORÓS, *op. cit.*, págs. 9 y sigs.

(44) V. *op. cit.*, págs. 27 y sigs.

(45) V. *op. cit.*, págs. 10 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

los que denomina DISTASO «**medios de conservación...**», esto es, implícita o incapsulada a su vez en la idea de la «conservación» *in genere*. Lo que, por otro lado, nos puede llevar a otros caminos.

Finalmente, esa *aparente reducción o limitación* del desarrollo de la exposición a una noción *específica* de los que llama «**medios de conservación...**», parece obviar los grandes, graves, insoslayables *temas teóricos* del incumplimiento de la obligación, del principio de la responsabilidad patrimonial universal y del principio «*par conditio creditorum*».

Punto de vista causal

He dicho más arriba que el volumen de DISTASO trata *más* de «**medios de conservación**» que de «**garantía patrimonial**». Esa alusión *subjetivista* no obsta a la consideración esencial de que el **fundamento o causa** de esa concesión a los acreedores por la ley de tales «medios de conservación» reside en la norma del artículo 1.911 CC: en el **sistema de la responsabilidad patrimonial universal**.

La *responsabilidad* como elemento integrante de la «relación obligatoria» ha sido considerada exactamente por Díez-PICAZO «como situación de sujeción de la persona o de sus bienes, como necesidad de soportar las consecuencias del incumplimiento y *como vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores*» (46). Es este último *perfil* el que aquí y ahora interesa resaltar.

De esta *regla o principio*, consagrada en el artículo 1.911 CC, se ha ocupado con especial profundidad y brillantez CAPILLA (47), quien señala como *características básicas* de tal responsabilidad las de ser general, patrimonial, universal y reparadora del daño causado. Tras la comparación de la situación descrita en el artículo 1.911 CC con el fenómeno implícito en la *ejecución forzosa específica* (en las obligaciones dinerarias), concluye que la responsabilidad patrimonial universal *en sentido estricto* descrita en el artículo 1.911 CC *solamente actúa* —desde el punto de vista de la ejecución forzosa— a través de la ejecución dineraria. Analiza CAPILLA la *conexión* del principio de responsabilidad patrimonial universal con las *nociones* de ejecución forzosa, contenido de la prestación, satisfacción del interés del acreedor, obligación de reparar el

(46) V. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo II, págs. 123 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

(47) V. F. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1989, especialmente págs. 7 y sigs.

daño y la responsabilidad como sanción: temas atrayentes que aquí quedan apuntados.

Tras estas consideraciones para centrar este punto, conviene añadir que la *conexión* del principio de responsabilidad patrimonial universal con este volumen de DISTASO indica más una inclinación al punto de vista **objetivo** antes referido, en el sentido de que la **naturaleza jurídica** de esa «responsabilidad patrimonial» del deudor **entendida a modo de garantía patrimonial** consiste en que «el patrimonio del deudor constituye el soporte de la responsabilidad del mismo para el cumplimiento de todas sus obligaciones. Es, pues, la base común de garantía de todos los acreedores y, al mismo tiempo, el común objeto del poder de agresión por parte de éstos» (48).

De todo lo expuesto se desprende con claridad que la **garantía patrimonial** —incapsulada *dentro* del principio de responsabilidad patrimonial universal— consiste en que «a los acreedores se les concedan las facultades necesarias para asegurar la capacidad económica del patrimonio del deudor. Concretamente las facultades necesarias para impedir la preparación, la consumación o el aumento de la insolvencia, así como las facultades necesarias para conseguir la disminución o la desaparición de una insolvencia ya producida. Con una fórmula gráfica, podríamos decir que *los acreedores no tienen* ningún derecho sobre el patrimonio del deudor, *sino un derecho a la solvencia de dicho patrimonio*» (49).

Punto de vista finalista (teleológico)

Si de las anteriores *perspectivas* o *puntos de vista* que bajo el **perfil dinámico** cabe observar en este volumen de DISTASO pasamos ahora al **criterio teleológico o finalista**, es dable comprobar que los «remedios conservativos» concedidos por la ley a los acreedores lo que tratan fundamentalmente de conseguir es el evitar la situación *deficitaria* patrimonial del deudor. O de otro modo dicho, todo deudor cuyo patrimonio no alcanza a cubrir sus deudas se encuentra en aquella situación aludida, la cual determinada —total o parcialmente— una forma de *irresponsabilidad* (50).

(48) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo II, págs. 749 y sigs. Consecuencia de estas premisas son el principio «par condicio creditorum» y la regla o ley «del dividendo»

(49) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo II, pág. 126. La cita nos permite recordar ahora la importancia de la expresión introducida por DISTASO —**capienza**—: me remito a la nota 29 precedente.

(50) V. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 747 y sigs.

Ligada a la irresponsabilidad aparece el concepto de **insolven-**
cia (51). Para Díez-PICAZO «la **solvencia** es la capacidad económica del
 deudor para hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia
 entendida como aptitud del patrimonio para cumplir. Como quiera que del
 cumplimiento de las obligaciones se responde con bienes, *resulta que sol-*
vencia y responsabilidad son conceptos que se hallan en conexión muy
estrecha. Un deudor solvente es un deudor responsable» (52). Añade Díez-
 PICAZO que «más rigurosamente, habría que distinguir entre **insolven-**
cia y **insolvabilidad**...» (53). Lo que nos conduce, por otra vía, al neologismo
 «**capienza**» introducido por DISTASO en el texto comentado.

Punto de vista estimativo (valorativo)

Si de las anteriores *perspectivas* o *puntos de vista* desde los que consi-
 derar el texto de DISTASO en su **dinámica** pasamos a la perspectiva **valo-**
rativa, o consideración **desde la aplicación práctica**, encontramos notables
 peculiaridades.

Desde la perspectiva *italiana*, parece, a mi juicio, que la obra de DISTASO
 ha permanecido como algo inabordable y de difícil acceso, oscurecida un
 tanto por el aluvión de los comentarios legislativos doctrinales de los au-
 tores consagrados (NICOLÒ, NATOLI, BIGLIAZZI-GERI).

Desde la perspectiva *española*, la obra de DISTASO acostumbra a ser
 citada como de pasada, pero sin entrar demasiado en el cotejo correspon-
 diente ni en citas concretas (54). En cuanto a la *consideración o estimativa*
genérica acerca de su contenido y en orden a los «medios conservativos»
 del derecho de crédito, hubo ya *alusiones* en el pasado por parte de nuestra
 doctrina tradicional (VIÑAS, CASTÁN, HERNÁNDEZ GIL, etc.), y en el día de
 hoy aparece ya un planteamiento moderno de este tema y una puesta a
 punto en la doctrina civilista reciente más autorizada: LACRUZ BERDEJO,
 ALBALADEJO, Díez-PICAZO, O'CALLAGHAN, LASARTE, etc. (55).

(51) V. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 748 y sigs. Recientemente, v. F. J. ORDUÑA
 MORENO, *La insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, especialmente págs. 111
 y sigs.

(52) V. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 126 (subrayado mío: J. C. G.).

(53) V. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 748 y sigs.

(54) Con alguna excepción, por ejemplo, la de ATAZ (*Ejercicio por los acreedores*
de los derechos y acciones del deudor, ed. Tecnos, Madrid, 1988), y, por supuesto, la
 de Díez-PICAZO en *Fundamentos...*, citada.

(55) Para una visión de este tema, *bajo la perspectiva de la jurisprudencia espa-*
ñola, me remito a **mi libro** *La protección del crédito en la jurisprudencia*, ed. de los
 Colegios Notariales de España (Consejo General del Notariado), Madrid, 1995.

VII. TEMAS SUGERIDOS AL INVESTIGADOR DEL DERECHO

Si el paciente lector ha ido siguiendo el hilo de mi exposición habrá podido ir comprobando la gran cantidad de **sugerencias** que el texto de DISTASO ha ido proporcionando. No quisiera ya en este momento cansar al lector con una tediosa *enumeración* de temas o de puntos merecedores de reflexión o de nuevas investigaciones o perspectivas para los más jóvenes cultivadores del Derecho entre nosotros.

Habrá, por tanto, que hacer *expresa remisión* a lo que constituye el **núcleo** de la obra comentada, a los puntos relevantes de su contenido (epígrafe IV precedente), a los aspectos formales y de fondo (epígrafe V) y a los perfiles estructural y funcional de mi crítica y los respectivos puntos de vista (epígrafe VI).

Interesa ahora tan solo, a mi juicio, hacer a modo de *un apunte de posibles tareas investigadoras futuras*, en orden a alguno de estos **temas**:

A) PERSPECTIVA GENÉRICA

- Tutela de los derechos en general y de los derechos de crédito en particular.
- Protección del derecho de crédito y seguridad del tráfico jurídico.
- Medios preventivos y medios conservativos del derecho de crédito.
- Medios directos de protección del derecho de crédito.
- Medios indirectos de protección del derecho de crédito.
- Conservación de la garantía patrimonial.
- Capacidad patrimonial del deudor e insolvencia.
- Seguridad de los acreedores y colisión de intereses en la relación obligatoria.
- Principio «favor debitoris» y ética en la relación obligatoria (56).

B) PERSPECTIVA ESPECÍFICA (ESPAÑOLA)

- Delimitación conceptual de los medios de protección del derecho de crédito **en función** de la normativa específica contenida en el ordenamiento jurídico **español**.

(56) Sobre esta *temática concreta*, y *en especial en este punto*, v. CAPILLA, *op. cit.*, págs. 263 y sigs

Una tempranera aportación, *genéricamente*, v. CASTÁN VÁZQUEZ, «El favor debitoris en el Derecho español», en *ADC*, 1961, págs. 835 y sigs

Recientemente, una pequeña *alusión* al tema en *mi libro La protección del crédito...*, cit., págs. 688 y sigs.

- Necesidad de un Código único de las obligaciones.
- Análisis *estructural* (presupuestos y condiciones de ejercicio) de **cada uno** de los medios de protección del derecho de crédito reconocidos en la legislación española.
- Análisis *funcional* (efectos: tanto sustantivos como procesales) de **cada uno** de los medios de protección del derecho de crédito reconocidos en la legislación española.
- Delimitación de *las situaciones «pre-concursales»*, en relación con el peligro de insolvencia del deudor.
- Postulación de la aprobación urgente de la normativa en orden a una ley concursal.
- Relación entre acción revocatoria y el derecho de quiebras.
- Configuración jurídica del secuestro conservativo en el ordenamiento español y su relación con el embargo preventivo.

UN RESUMEN FINAL

Teniendo en cuenta *las precedentes consideraciones* en torno al texto de DISTASO objeto de este análisis, comentario y **re-visión**, sus puntos más relevantes, mis impresiones críticas desde la perspectiva *estática* y mis puntos de vista desde el perfil *dinámico*, y finalmente los posibles temas sugeridos al investigador del Derecho, es hora ya de terminar estas reflexiones con una visión —*re-visión*— *de conjunto* en la forma que sigue:

1.º La obra de DISTASO aquí comentada está enmarcada *en función* de la concreta normativa italiana, esto es, en el Código Civil italiano de 1942.

2.º El texto de DISTASO abarca en su conjunto la agrupación de los grandes temas *clásicos* del Derecho de Obligaciones en cualquier país.

3.º El texto de DISTASO, en *su cotejo con la normativa española vigente*, apunta a la necesidad de una renovación profunda del tratamiento de los autores españoles dado a la materia, tratamiento —a su vez— *en función* de la concreta normativa española (CC, LEC), anticuada y desfasada con la realidad actual.

4.º El texto de DISTASO, rico en su problemática, perspectivas y sugerencias, es incitador —a modo de *reto*— para nuevas tareas y para cualquier investigador del Derecho.

5.º El texto de DISTASO, un tanto lejano hoy, ha adquirido con el tiempo la pátina de un *clásico*. Creo recordar que alguien ha dicho hace poco que «sólo quien alcanza la dignidad del clásico puede ser verdaderamente actual»: es lo que este comentarista puede decir del texto de DISTASO como idea final.

La representación aparente

1. LA REPRESENTACION Y EL DERECHO CIVIL

Si me detengo ahora en presentar al lector estas líneas sobre el libro de GORDILLO, no es porque el libro sea una novedad editorial, pues publicado en 1978 ha sido ya profusamente comentado y recensionado por la doctrina española, tampoco porque lo haya leído últimamente, pues es lo cierto que ya lo leí en su día, e incluso creo haberlo citado en alguna ocasión, si escribo ahora esta recensión es porque creo haber entendido los fundamentos libro, y al menos una hipótesis de comprensión y crítica del mismo que merece que la exponga públicamente.

La representación es una categoría específicamente pandectística, que apenas tiene un siglo de antigüedad en el derecho civil. La única representación que conoce el código es la representación sucesoria. La representación será el instrumento que utilicen los alemanes para explicar de manera novedosa una variada y variopinta muestra de instituciones jurídicas: el Estado, la democracia política, la teoría del negocio jurídico (la declaración representa la voluntad), la noción de patrimonio y la teoría de la personalidad jurídica, aparte por supuesto del mandato, y de configurarse como institución *sui generis*. ¿Y por qué los alemanes introducen esta novedosa categoría? ¿Y qué tiene la representación que le hace ser tan útil para explicar cosas tan diversas? A mi juicio la representación supone una cierta introducción de la conciencia filosófica en el derecho civil: la identificación de lo universal a través de lo particular.

En España la reforma del derecho civil desde finales de los años treinta de este siglo apenas se anuncia en SÁNCHEZ ROMÁN, que enfoca la asignatura con una perspectiva laica y renovadora, pero SÁNCHEZ ROMÁN se detenía en el liberalismo de corte decimonónico y afrancesado, y no llegó nunca a las puertas de Alemania. Sin embargo, fue el primer intento (y quizá el único) de oponerse al planteamiento que en España dominaba entonces en el derecho civil. De repente, en los años treinta, sonaron aires de modernidad, y se comprendió que la estructura social del país caminaba muy por delante

de la jurídica, y que la modernidad no tenía vuelta atrás. Y el sistema contempló con horror los estudios de SÁNCHEZ ROMÁN como modelo alternativo de sociedad española. Cuando ya los presupuestos dogmáticos del pandectismo empezaban a entrar en crisis, en España aún no se había descubierto y apenas llegaba a nuestras aulas la influencia de la doctrina francesa del XIX, de manos de un liberal trasnochado. Esta carencia en la preguerra parece querer ser contrapesada por el estudio «moderno» de la ciencia alemana por autores alentados en el espíritu de los propagandistas católicos, como PÉREZ Y ALGUER, NÚÑEZ LAGOS, ROCA SASTRE, CASTÁN y otros, y por la traducción de monografías y obras extranjeras específicamente jurídicas. En España la recepción de la doctrina alemana se concibe por el sistema como el contrapeso a la introducción del laicismo: modernidad formal y ortodoxia dogmática parece ser la receta aprobada, es más o menos el espíritu que hacía furor en los años treinta. El amor al orden y la disciplina que aportan los alemanes es además del gusto de los señores y señoritos andaluces que pueden tomarse como el paradigma del modelo social de profesor universitario español de los treinta. Yo creo que en esta «modernización» del derecho civil la representación es un concepto clave. Curiosamente, en la *Revista de Derecho Privado*, fundada por FELIPE CLEMENTE DE DIEGO con notorios afanes tradicionalistas, se puede ver, en sus primeros números, una profusión de trabajos sobre la representación (OTERO Y VALENTÍN, TRAVIESAS, etc...) y entre ellos también la traducción de los trabajos de LENEL. También en época de preguerra se publica en España la célebre monografía de HUPKA, traducida en 1930 por SANCHO SERAL.

¿Y por qué la representación será uno de los conceptos claves de la teoría pandectística del derecho? Yo creo que los pandectistas parten de los presupuestos que sobre teoría del Estado sienta el idealismo alemán. Tomando palabras de la filosofía del derecho de HEGEL, diremos que para los pandectistas la voluntad es esencialmente universal, se determina por lo universal, y sólo la declaración —lo aparente— es lo particular; el sujeto auténtico de la voluntad es un sujeto universal que se determina desde lo universal y determina lo universal, aunque se manifieste sólo en lo particular. La representación contiene la cualidad de permitir manifestar lo universal a través de lo particular, por eso es un concepto a la vez tan útil y tan novedoso en el Derecho Civil. La identidad entre lo universal y lo particular que ensayan los pandectistas era una auténtica bomba de relojería dentro del Derecho Civil. ¿Y cómo se recibe en España el concepto de representación? Entiendo que en los años finales de la década de los cincuenta, coincidiendo con la terrible crisis que se debió sufrir en la Iglesia española (los años de la secularización masiva), el modelo de Derecho Civil fue pretendidamente renovado para adaptarse a las exigencias de una sociedad democrática. Ante las carencias de CASTÁN, «la autoridad» se vio en la

necesidad de descender ella misma a la arena de la historia y tomar personalmente el rumbo del barco que se hundía. Ya no se trataba de disgresiones paternalistas sobre el matrimonio civil y el canónico como aquellas del primer concordato, sino de algo mucho más jurídico y tangible: explicar lo que era la representación. La representación, como el gran concepto renovador de los civilistas alemanes, era la manzana que iba a comer la universidad laica española en los albores del siglo XXI, GORDILLO se subió a un árbol alto del norte de Alemania y desde allí nos la ofreció a los civilistas españoles.

2. CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

La representación es un concepto cuyo origen parece que debe buscarse en la teología tomista para explicar el concepto de Iglesia. La Iglesia se define *a priori* como el representante del Señor en la tierra, y el modo como se ejerce esta representación ha sido el centro de encendidos y enconados debates teológicos a lo largo de los siglos, y muy específicamente entre católicos y protestantes. Los alemanes pues no inventaron el concepto de representación, sino como sucede en este y en otros muchos lugares de la teoría hegeliana del derecho, adaptaron y secularizaron categorías específicamente teológicas y particularmente escolásticas. No sólo la teoría de la representación política se ha fundado en los debates habidos en las guerras de religión, sino que también la representación civil se desarrolla cuando el derecho privado que acuñan los alemanes participa de las apasionadas discusiones sobre el concepto de Iglesia. Pero, por supuesto, nada de esto se puede leer en el libro de GORDILLO, que muy por el contrario escribe un libro de Derecho civil «puro».

GORDILLO define la representación como la actuación en nombre ajeno con eficacia directa sobre el representado (pág. 15). El apoderamiento es «un acto cuyos efectos se determinan por el ordenamiento jurídico», lo que naturalmente le lleva a considerar que es una declaración no recepticia (pág. 31). El ordenamiento jurídico —concepto por cierto muy alemán, antecede a la representación y determina sus efectos—. Y tras una disgresión sobre la *contemplatio dominii* y su significado, GORDILLO concluye con la jurisprudencia que basta una indicación para imputar un acto al *dominus negotii* (tras rechazar las teorías del conocimiento, la sustitución o la voluntad concorde).

Entramos en materia cuando se formula la distinción tajante entre poder verdadero y poder aparente (pág. 49). Después de consolarnos GORDILLO con la certeza de que existe un poder verdadero, nos explica que el poder aparente sólo produce efectos en virtud de los principios de protección de

los terceros. Existen, pues —según GORDILLO— dos representaciones distintas (trasunto de la antigua distinción escolástica de las dos potestades, sólo que hoy ya no se sitúan en plano de igualdad). Dos representaciones, la representación con poder, que es la única representación que merece ese nombre, y a su lado una representación de segunda división que es la representación aparente.

Mirado desde este punto de vista el libro de GORDILLO carece de aportaciones realmente novedosas. Pero... ¿era entonces necesario que GORDILLO bajase a la arena de la historia para explicarnos a españoles y alemanes lo que era la representación? ¿Un descenso tan importante, en el que un miembro de la jerarquía, identificado como tal, se somete por primera vez en la historia de España a un tribunal laico de oposiciones, se limitaría a escribir un libro patatero? ¿Acaso no intuimos en la presencia de GORDILLO en la universidad española un suceso trascendental en el devenir histórico marcado por una crisis sin precedentes en la Iglesia española? No nos desilusionemos antes de tiempo, el libro va mucho más allá de la distinción entre representación verdadera y aparente. Yo pienso que GORDILLO plantea lo que es la representación desde una triple perspectiva: en apariencia clásica, en metodología germanista, entre líneas profundamente renovadoras.

3. LAS DOS POTESTADES O EL DEBER DE CONOCER

En realidad la acuñación y defensa del «poder verdadero» tiene como razón última la de criticar la pretendida autonomía de la representación frente al mandato y la sustancialidad dogmática del poder representativo. Pero... ¿qué es el poder verdadero? A mi juicio, no pretende el libro de GORDILLO la defensa del poder representativo como investidura formal, sino más bien la identificación de un mecanismo autónomo de imputación de responsabilidad al *dominus negotii*: la apariencia. La apariencia es mucho más que un poder accesorio o subsidiario del poder verdadero, tampoco un poder representativo alternativo (el otro poder, el abstracto), la apariencia es el mecanismo último de imputación al *dominus negotii* de una actuación a la que el «ordenamiento jurídico» atribuye responsabilidad, la apariencia en definitiva, cuando es imputable al *dominus*, es la causa de la responsabilidad.

La pretendida autonomía del poder representativo y sus mil distintas caras (abstracción, distinción entre mandato y poder, representación formal, etc...) va a ser el caballo de batalla de la crítica frontal del libro de GORDILLO. Según GORDILLO, la facultad de representación no subsiste por sí misma, es un puro accidente que necesita de una sustancia: el mandato (pág. 64); la autonomía del régimen de la representación respecto del mandato se reduce a la protección de la buena fe de los terceros (pág. 68);

la representación y el apoderamiento son esencialmente causales, existen y funcionan en relación de dependencia con el contrato base, y sin que ello impida la incidencia paralela del principio de protección de la apariencia (pág. 80) (contradiciendo la doctrina mayoritaria alemana que parte del presupuesto de que si hay poder hay acto jurídico, aunque el tercero conociese el abuso o la revocación, pues la eficacia del poder depende de su notoriedad y no de la *contemplatio domini*). La dependencia causal de la representación respecto del mandato explica también su régimen jurídico, si el tercero conoce el abuso del poder ya no hay representación (pág. 101), la revocación es oponible al tercero por cualquier medio que éste haya llegado a conocerla (pág. 123).

El poder verdadero lo es por tanto por fundarse en una causa actual y presente (el mandato), pero el poder formal no es la única causa de imputación de responsabilidad al *dominus*. Frente a la representación con poder existe la representación aparente, y dicha apariencia produce efectos frente a terceros de buena fe. La apariencia produce, según GORDILLO, efectos *ex lege*, no *ex voluntate* (igual que la ratificación que es un efecto legal) (pág. 342), la ley suple en función del tercero de buena fe la falta de voluntad o la insuficiencia o revocación del poder, y por supuesto la gestión de negocios no es fuente de representación (pág. 367). Para GORDILLO la teoría de la apariencia descansa sobre dos elementos: objetivo, que implica al *dominus*, y subjetivo: la buena fe del tercero. La representación aparente se configura así como un fenómeno esencialmente causal (la responsabilidad por la apariencia), aunque no hay un decisivo antecedente contractual. Contrato y responsabilidad serían las dos fuentes de la representación pero siempre en virtud de un acto directamente imputable al *dominus*, nunca en virtud de una apariencia, potestad o poder subsistente por sí. El malo en definitiva (el *alter ego* del representante verdadero) ya no existe, sólo existe el aparente. La novedad estriba, a mi juicio, aunque no se desarrolla en detalle en el libro, en que el poder verdadero, por muy verdadero que sea, no es subsistente por sí, sino también en virtud de la apariencia y responsabilidad, esto no se dice expresamente pero se deduce del desarrollo del régimen jurídico de la representación. Y no se desarrolla en detalle en el libro porque el libro parte de la obsesión de presentarse como clásico y no innovador, quiere presentarse más bien como una hormiguita intelectual que trasporta materiales ajenos (alemanes) a un voluminoso libro ilegible (para los españoles) pero clásico. Pero nada de eso es cierto: el libro es novedoso, muy novedoso, porque fundamenta la representación —que es el concepto clave de un derecho civil filosóficamente conceptualizado— no en el contrato sino en la apariencia y la responsabilidad; y además contiene una segunda implicación dogmática nada desdeñable: yo creo que el poder subsistente por sí en el que piensa GORDILLO es evidentemente el Estado.

Y así podemos ahora incorporar nuestras preocupaciones metodológicas cuando asimilamos la teoría de la representación a la teoría del Estado y a la teoría de la Iglesia. Los civilistas, aunque inconscientemente, incorporan a su teoría de la representación su propia concepción del Estado, GORDILLO, además tiene que tener presente esta implicación porque las ha estudiado en su formación escolástica previa al ingreso en nuestras facultades universitarias. En España queda veladamente intuido en un susurro triste de impotencia, que la crisis de la representación es una crisis del Estado, que se ha convertido en una mera apariencia ante el poder verdadero. Y... podemos preguntarnos..., ¿sigue de veras existiendo el Estado?... Un lector volteriano podría verse tentado con la afirmación de que el libro de GORDILLO es maniqueo porque nos presenta dos potestades contrapuestas: una en la gloria (con poder), y otra rescatada del infierno pero meramente accesoria (aparente); llevando aún más allá la crítica podría decirse que asimila el Estado a los protestantes, y concibe en consecuencia al Estado, y al pensamiento secular, como un mero servidor de la Iglesia (todos ellos aparentes aunque de buena fe). Y así parece haber dos clases distintas de aparentes, los protestantes en la teología y los laicos en el derecho. La representación aparente es el Estado, la representación aparente son los alemanes, los protestantes, los no creyentes, respetados en base a la «buena fe». Y aun con mentalidad de joven izquierdista de los sesenta podría llegar a temerse que ya no hay Estado fuera de la Iglesia. En este contexto podríamos entonces situar su terrible crítica a un poder representativo autónomo del mandato, como una actuación jurídica condenada por desarraigarse de los orígenes, y una presentación sesgada de las doctrinas alemanas como la sumisión ciega a un poder representativo desencarnado.

Yo creo que esta crítica es una crítica fácil, y como todas las críticas fáciles es sumamente engañosa, es seguramente la que a GORDILLO le gustaría que le hiciesen. Para el caso improbable —piensa GORDILLO— de que alguien sea capaz de leer mi libro, el propio libro le presenta una crítica fácil, porque pienso que el libro de GORDILLO está pensado para engañar el alma del lector que sea capaz de leerlo. Yo creo que por el contrario el libro tiene un contenido mucho más importante de autocrítica, que la crítica superficial a la teoría de las dos potestades. Creo que el libro tiene un segundo trasfondo mucho más sutil y que si leemos el libro de GORDILLO de modo inverso la distinción entre poder verdadero y poder aparente acaba siendo una mera disgresión para presentarnos sutilmente la auténtica novedad del libro: el deber de conocer y de participar en lo real (esto es la responsabilidad por la apariencia). La crítica de GORDILLO no es una crítica al Estado, como puede parecer a primera vista, sino una crítica a la sumisión ciega, al mandato «no representativo». Así, cuando habla del apoderamiento tácito, considera la responsabi-

lidad del representado por haber incumplido la obligación de denunciar al representante, y esta idea está presente también tanto en la revocación como en la ratificación. El deber de conocer y el deber de denunciar para no llegar a responder de lo aparente me parece a mí la trascendental perspectiva nueva del enfoque de la representación, más allá de la verdad o apariencia del poder (el poder que, en todo caso, y no se le oculta a GORDILLO, el poder es de origen formal).

De repente, la apariencia se convierte en la protagonista del libro y la distinción entre el poder aparente y el verdadero una mera disgresión introductoria. Para GORDILLO, la ley imputa al *dominus* los efectos de la apariencia sin distinguir si su creación fue voluntaria o involuntaria. Le brinda la posibilidad de destruirla o no hacerla pero una vez que se ha producido la apariencia no le permite eximirse frente al tercero de buena fe (pág. 190). Tampoco se requiere una actuación culpable (pág. 203), pues se trata de una imputación objetiva de la apariencia (pág. 204), y no requiere ni creación consciente ni previsibilidad (pág. 212). Consiste en la referibilidad objetiva al *dominus*. En realidad —aunque GORDILLO preferirá ir a la hoguera que reconocerlo— el poder verdadero y el poder aparente son la misma cosa. El representante no es el que tiene un poder verdadero, definido *a priori* por el ordenamiento jurídico, como dice el libro de GORDILLO, sino, como expresa el libro de GORDILLO, el titular de una idoneidad de actuación objetivamente imputable al *dominus*.

4. LA CRÍTICA DE LA METODOLOGÍA ALEMANA

Así pues, en el libro de GORDILLO hay mucho más que la distinción entre el poder verdadero y el poder aparente. En realidad, a mi parecer, la distinción entre poder verdadero y poder aparente es una autoocultación que permite vestir al libro de una vestimenta clásica. La auténtica novedad es el deber de representante, representado y tercero, de investigar las causas y apariencias y deducir de ahí el alcance de su esfera respectiva de actuación y responsabilidad. Y de la idoneidad objetiva de la causa (que esto es en definitiva la apariencia que concibe GORDILLO) definir el conjunto de derechos y deberes de los intervinientes en el negocio y de los terceros. Se acabó pues el poder verdadero por sí mismo, y todo poder, aun el verdadero, se define a sí mismo previa una investidura formal y pública: la responsabilidad por la apariencia creada y la protección de los terceros de buena fe. Frente a las declaraciones programáticas del libro, lo cierto es que la noción de la apariencia (y no la de poder verdadero) es la que da título al libro y la que determina dogmáticamente su contenido. En el fondo la crítica frontal al poder representativo autónomamente considerado —es decir, la crítica

a las concepciones pandectísticas— es una autocrítica que puede aplicarse con igual propiedad al Estado que a la Iglesia.

El libro es, sobre todo, una crítica frontal a la metodología alemana, pero curiosamente realizado desde la metodología alemana. Con una presentación esmerada de los orígenes de las nuevas categorías en Alemania y de su desarrollo dialéctico en las diversas corrientes doctrinales alemanas. El libro, que apenas sí tiene una cortés presentación de autores españoles, y que apenas cita jurisprudencia, desarrolla en detalle el debate doctrinal de la representación en Alemania, y critica las categorías germanistas desde dentro, de algún modo no es exagerado decir que el libro de GORDILLO podría haberse escrito perfectamente en Alemania. Es decir, EL AUTOR primero se hace alemán, para poder criticar con autenticidad a los alemanes. Por su cercanía a los planteamientos escolásticos, GORDILLO conoce bien los presupuestos últimos de las cuestiones planteadas y eso le da una riqueza de la que carecen los propios alemanes y hay que saber otear más allá del horizonte formal de la teoría del derecho. La crítica última de GORDILLO se resume en un único punto: en Alemania el sistema se antepone al hombre, la ideología a la justicia, la codicia al respeto del derecho ajeno. ¿Y cuáles son las líneas fundamentales de esta crítica a la metodología alemana? En primer lugar el autoritarismo; la creencia de que existe un poder existente por sí, que se legitima a sí mismo y por sí mismo: en definitiva, el poder representativo. En segundo lugar el dogmatismo ideológico, la pretensión de someter las categorías jurídicas a fundamentos filosóficos *a priori*. La pretensión de coherencia de lo jurídico, que supone en definitiva el olvido de lo personal. Un sistema que supone el ocaso del hombre en la colectividad. En tercer lugar la falta de atención al caso concreto, la fascinación por lo abstracto e ideológico hace que la doctrina se olvide de los problemas individuales, que es el auténtico lugar donde reside el derecho.

Parece claro que GORDILLO no escoge una exposición dogmática de la ciencia alemana para criticar a los alemanes sino que lo que quiere es mostrar a través de ella unas líneas maestras para la crítica de la orientación metodológica de la ciencia civil española. Exceso de positivismo, superficialidad, autoritarismo y dogmatismo informan los estudios de derecho civil, como informan la vida social y política española surgida de la contienda civil. El autoritarismo primero y la importación de las modas alemanas después no sólo era el defecto de unos pocos intelectuales de élite antaño promovidos y alentados desde la jerarquía, sino que manifiesta la crisis de valores tradicionales de convivencia por la sociedad española a la que los civilistas no sólo no hemos sabido dar respuesta sino que ni siquiera hemos sabido comprender. Si el problema hubiese sido sólo que se utilizase la conciencia religiosa como mera excusa, la jerarquía pudo promover brillantes intelectuales que rescatasen el derecho civil de su postra-

ción moral y social, o pudo escribir sesudos libros manteniendo el recato de las celosías de los conventos, pudo ejercer también una paternal predicción o atizar el látigo del castigo y la condena... ¿por qué enviar «al mundo» a uno de sus más destacados intelectuales? Es una pregunta que no tiene una respuesta fácil. Dos cosas aparecen sin embargo evidentes para mí, la primera que el libro de GORDILLO será el último libro que escriba la doctrina jurídica española siguiendo pautas y planteamientos de la doctrina alemana del XIX; es el último libro germanista en España, el epitafio fúnebre a la ciencia jurídica alemana, entonado lastimeramente por un jesuita, uno de aquellos que antaño consagraron su vida a luchar contra la Reforma, la Reforma que era Alemania. Pero... parece decir el libro..., no fueron los jesuitas los que terminaron con la Reforma, sino la Reforma la que terminó con Alemania. Y lo segundo que me parece también evidente es que el libro está escrito no para enseñarnos lo que es la representación (la representación es al fin y al cabo la Iglesia), sino para ocultarnos lo que es la representación. El libro parece entonar una autoalabanza: la Reforma ha terminado, se acabo la ciencia alemana, aquí estoy yo. Pero hay que dar un paso más para descubrir el pensamiento de GORDILLO. A mi juicio, lo que teme GORDILLO no es lo que plantea: presupuestos narcisistas seucoconciliares de los derechos humanos y del rescate del hombre ante la corrupción del derecho, sino muy por el contrario, lo que teme es el nacimiento de una ciencia jurídica en cuyo horizonte se alienta una crítica frontal a las categorías eclesiales en las que vive la sociedad española.

5. INQUISIDOR GENERAL O MADRE SUPERIORA

Una de las características fundamentales de la Iglesia Rusa, es su doctrina de la sumisión absoluta al poder civil. JOSÉ DE VOLOKALAMSK formula en el siglo XVI la doctrina de la autocracia ilimitada, que forma el cuerpo del derecho político ruso hasta la revolución de octubre; la herejía de NIL DE SORSKI, y el llamado movimiento de los no poseedores, promueve una separación absoluta del Estado y su destino, y una no responsabilización, ni sumisión, ni apoyo de las estructuras seculares. Sirva esto simplemente como botón de muestra de la diferencia fundamental que separa la Iglesia occidental y la Iglesia oriental. En occidente la Iglesia asume positivamente no sólo una labor caritativa de hospitalidad o pastoral de educación, sino también una labor mucho más penosa y comprometida de valoración y juicio de las estructuras seculares.

Pero... ¿cómo se puede ejercer el juicio respetando la libertad y autonomía del orden civil frente al eclesiástico? Yo creo que el juicio a los órganos del Estado es un juicio básicamente colectivo, en cuanto que la

salud del Estado es un reflejo de virtudes y vicios colectivos. Pero no sólo el Estado en cuanto unidad, en cuanto conciencia colectiva, sino que su propia estructura organizativa personaliza la historia, y personaliza también el peso respectivo de los intereses y preocupaciones que conforman un cuerpo social organizado. Por eso, aunque la condena espiritual no pueda hacerse por los métodos ordinarios de sustitución de clases dirigentes, se pueden hacer juicios relativos de cuerpos y órdenes particulares en el Estado, que en definitiva reflejan virtudes y vicios colectivos sin que sea necesario la condena global y unitaria de una sociedad. El juicio en definitiva se evita en lo colectivo, y desde luego se pospone, juzgando previamente las clases dirigentes y los órganos y cuerpos del Estado, y facilitando una transición no traumática. Es decir, primero llega el ángel en la noche para matar a los primogénitos, y sólo después si se empecina el Faraón y sus huestes, se ahogarán el ejército y sus carros en el mar Rojo.

A mí me parece que la terrible autocrítica de la Iglesia española a finales de los cincuenta incide directamente en la exigencia de una reforma de su actitud frente a las estructuras seculares. La importancia del derecho civil como manifestación de los principios de justicia en una sociedad determinada, y como símbolo de los valores de convivencia que lo conforman, estaba seriamente deteriorada, por su atraso primero, y por la pretensión de importar el sistema autoritario germánico después; por otra parte, como sucede habitualmente, la corrupción dogmática se dejaba traslucir en una falta evidente de calidad y de moralidad social en sus clases dirigentes y también de la práctica y enseñanza del derecho, que no pudo evitar la confrontación social en la guerra civil; la guerra civil fue consecuencia de la falta de un derecho civil acorde con la madurez política y exigencias de la conciencia social, y además su práctica y enseñanza se presentaba rabiosamente confesional y católica, y sabido es que el siervo incompetente es aún más peligroso que el enemigo más encumbrado. En la Sevilla de DOSTOIEVSKI el Cardenal Inquisidor General condena a Jesucristo para alejarlo del pueblo, y, claro, su mano no ha de temblar si es necesario condenar a toda una clase dirigente, aunque sean ellos mismos los que la hayan creado. Y yo creo que no es una casualidad que sea precisamente Sevilla el lugar elegido por GORDILLO para su misión rescate. La Andalucía del Palmar de Troya, que hasta tiene un papado propio, donde el Tribunal de la Inquisición se renovó de sus cenizas a comienzos del dieciocho, donde el perfume del azahar en primavera envuelve los suspiros de doña Inés y enloquece la estatua del comendador que ahora da clases de Derecho Civil. Allí podemos intuir una parte importante en la tentación espiritual de la que surgiría la crisis religiosa de la Iglesia española de los sesenta. Allí escribirá GORDILLO el libro que retrata la tentación a la que sucumbió la jerarquía en los años treinta: la representación aparente.

¿Por qué GORDILLO se lanza sorprendentemente a estudiar el derecho de Alemania? ¿Por qué cambiar la sotana por un yelmo prusiano? ¿Por qué abandonar los severos claustros monásticos para perseguir la mirada insinuante de las jóvenes universitarias andaluzas? Yo creo que la exposición de GORDILLO, aunque sea una exposición alemana, está evidentemente reflejando los males de España, los males en los que tropezamos civilistas y prácticos del derecho; el tema de la representación no está escogido al azar sino para poder plasmar las líneas generales de la reforma social y universitaria. En primer lugar supone una crítica a todos aquellos que creen que la naturaleza del poder, sea éste eclesiástico o secular, se limita a un acto de sumisión; hay por el contrario un deber positivo de conocer, investigar, buscar la verdad e implicarse responsablemente en la vida social y colectiva; este es el espíritu que informa el libro de la representación de GORDILLO, nadie puede ampararse en un poder si no responde a una exigencia de autenticidad públicamente contrastable (la apariencia). Ningún poder es verdadero porque la verdad no necesita del poder, es la verdad la que es poderosa no el poder verdadero. Pero la segunda autocrítica, la que más nos interesa, la auténticamente jurídica, va más allá de la concepción del poder y resalta una crítica de los propios presupuestos dogmáticos (teológicos) de la categoría, de haber sostenido unas estructuras dirigentes sumisas y pasivas, adoradoras del poder constituido, y haber importado las modas alemanas para pretender perpetuarlas más allá de su muerte natural. Se impone una nueva metodología de estudio del caso concreto, de anteponer lo particular a lo universal, de condenar los planteamientos ideológicos del derecho, y de que valorando las causas se comprenda que en derecho dos casos iguales no son nunca iguales, porque las personas intervinientes son diferentes aunque el problema planteado sea el mismo; y ello sólo se puede hacer cambiando las estructuras docentes e intelectuales desde arriba antes de que el cambio se imponga desde abajo.

A mi juicio, la presencia de GORDILLO en una cátedra de derecho civil significa la preocupación y pretensión de intervención directa de la Iglesia institucional y su obra secular de las estructuras docentes del derecho civil a las que se les imputa una responsabilidad calificada en la crisis social y política que condujo a la confrontación civil en España, y al riesgo directo de descristianización laica que supuso. No hace falta ser un genio de la observación para comprender que en los años sesenta la Iglesia cambió radicalmente España, se limitó la vida contemplativa y monástica y se potenció radicalmente su participación activa en la vida social, además de la integración en un marco protestante europeo. La presencia de un jesuita en nuestras aulas significa, a mi juicio, la continuación más radical del carisma laico que siempre ha presidido el espíritu de los Jesuitas. Lo que yo no sé es si el espíritu de GORDILLO ha triunfado o ha fracasado, o si era

una mera advertencia puntual o un cambio de destino social, si representa la Iglesia institucional o es una mera corriente de opinión, si la Iglesia está en crisis en el mundo, si ha conquistado la universidad o no, pero creo que introduce una exigencia de responsabilidad e imputa una culpa grave sobre aquellos que habiendo sido llamados a sostener los valores sociales de convivencia se dejaron tentar por el brillo y fascinación de los uniformes alemanes. Una terrible reforma necesaria para evitar la presencia del monstruo laico que se presentó en los años treinta y que afirmaba que España había dejado de ser católica.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos Internacionales y Unión Europea

1. *Convenio de Seguridad Social con Brasil.*—En el *BOE* del 15 de enero pasado se publica el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Madrid el 16 de mayo de 1991.

2. *Directiva del Parlamento Europeo sobre seguros.*—En el *Diario Oficial* de 18 de julio de 1995 se publica la Directiva 95/26 CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 1995 por la que se modifican las Directivas 77/780 CEE y 89/646 CEE relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, las Directivas 79/267 CEE y 92/96 CEE relativas a las empresas de inversión, y la Directiva 85/611 CEE sobre determinados organismos de inversión colectiva de valores mobiliarios (OICVM) con objeto de reforzar la supervisión prudencial.

B) Legislación nacional

1. *Ley de Propiedad Intelectual.*—En el *BOE* del 22 de abril se publica el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

2. *Inscripción de arrendamientos urbanos.*—En el *BOE* del 14 de marzo se publica el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos.

3. *Registros Mercantiles.*—En el *BOE* del 28 de marzo se publica el Real Decreto 388/1996, de 1 de marzo, creando diversos Registros Mercantiles en los de la Propiedad de las islas Baleares y Canarias.

C) Comunidades Autónomas

Castilla-La Mancha.—Ley de 21 de diciembre de 1995 del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

II. Información de actividades

A) *Academia Matritense del Notariado*.—Se han desarrollado en estos dos meses pasados las siguientes conferencias:

- «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1.504 del Código Civil», por don PEDRO GONZÁLEZ POVEDA, Magistrado del Tribunal Supremo, el día 7 de marzo.
- «Las decisiones del Notario en la admisión e impulso de la ejecución extrajudicial de hipotecas: Principios rectores del procedimiento», por don ELÍAS CAMPO VILLEGAS, Notario, el día 14 de marzo.
- «La escritura pública: Su preparación y el principio de legalidad», por don ROBERTO BLANQUER UBEROS, Notario, el día 28 de marzo.
- «La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada y sus consecuencias», por don EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria, el día 18 de abril.

b) *Jornadas para futuros profesionales del Derecho*.—Se han celebrado en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en los días 15 a 19 de abril, con el siguiente programa:

- «La función del Abogado y el acceso a la profesión». Ponente: Colegio de Abogados de Madrid.
- «El despacho profesional». Ponente: Colegio de Abogados de Madrid.
- «Deontología profesional y problemas especiales que se encuentran los Abogados jóvenes». Ponente: Colegio de Abogados de Madrid.
- «Panorámica y organización del Registro». Ponente: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.
- «La oposición de Registrador». Ponente: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

c) *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El día 22 de abril se celebró sesión solemne para la lectura del discurso de ingreso por el académico don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, que versó sobre el tema «La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública».

Fue contestado por el Presidente de la Academia y Consejero de nuestra REVISTA, don JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 16 octubre 1995.—RECURSO DE APELACION. FALTA DE CITACION DE UNO DE LOS APELADOS. NULIDAD DE ACTUACIONES.—Sala 2.^a—Ponente: Sr. Gabaldón López (Suplemento BOE 10 noviembre).

Antecedentes.—1. Por escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 26 de abril de 1993, la representación procesal de don Rafael Terrasa Blázquez formuló demanda de amparo contra la Sentencia de 2 de marzo de 1993 de la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en el rollo de apelación 306/92, procedente de los autos del juicio de menor cuantía 785/89, del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Don Rosendo Melián-Guillén y Luján promovió juicio de menor cuantía contra don Rafael Terrasa Blázquez y don Manuel de Ussía Lizasoain que concluyó por Sentencia de 7 de mayo que estimó la demanda y condenó a los demandados a abonar al actor la cantidad de 1.260.016 pesetas, más los intereses procedentes y las costas.

b) La Sentencia fue apelada por los demandados. El Juzgado admitió el recurso, pero sólo emplazó a don Manuel de Ussía Lizasoain, lo que determinó que la apelación se sustanciara sin la intervención del recurrente, que no fue citado para la vista del recurso, dictándose en consecuencia la Sentencia de apelación el 2 de marzo de 1993 por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid sin que fuera oído el demandante de amparo.

c) El recurrente conoció la Sentencia que se impugna el día 31 de marzo de 1993, cuando recibe copia de la misma por correo certificado en su domicilio.

3. En su demanda, el recurrente estima que se ha transgredido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no haber sido emplazado por el Juzgado para comparecer ante la Audiencia, por lo que solicita la nulidad de la Sentencia y que se repongan las actuaciones al momento procesal oportuno. La citada omisión determinó que toda la apelación se sustanciase sin su intervención. Tampoco ha podido solicitar prueba en la segunda instancia, vulnerándose así el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su

defensa. Derechos protegidos por el artículo 24 CE, apartados numerados uno y dos.

4. Por providencia de 15 de julio de 1993, la Sección acordó conceder al Procurador señor Ruiz de Velasco un plazo de diez días para que acreditase, por medio del poder notarial, la representación que dice ostentar y dirigir atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid para que certificase sobre si el recurrente en amparo fue emplazado ante la Audiencia en la apelación interpuesta por el otro demandado.

El Procurador dio efectivo y correcto cumplimiento a su acreditación mediante poder notarial al efecto. Por su parte, la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid certificó mediante escrito de 29 de julio de 1993 que no se había emplazado a don Rafael Terrasa Blázquez para comparecer ante la Audiencia Provincial en la sustanciación del recurso de apelación. Por providencia de 30 de diciembre de 1993 la Sección acordó admitir a trámite la presente demanda con los efectos legales oportunos.

Fallo.—Otorgar el amparo solicitado por don Rafael Terrasa Blázquez y en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y en consecuencia el de personarse e intervenir en la apelación.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de 2 de marzo de 1993 por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid y reponer las actuaciones al momento del emplazamiento de las partes para su personación ante la Sección competente de la Audiencia Provincial de Madrid.

II. *Fundamentos jurídicos.*—1. Este recurso de amparo plantea únicamente cuestión acerca de si la Sentencia de 2 de marzo de 1993, dictada por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid en recurso de apelación contra la del Juzgado de Primera Instancia número 18 de esa capital, vulneró el derecho del ahora demandante a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE causándole indefensión, por haber sido dictada aquélla sin haber sido emplazado el recurrente, determinando así que la apelación se sustanciase sin su intervención y se dictase Sentencia por la Audiencia sin haberle oído.

2. Este Tribunal ha declarado de forma reiterada que los actos de comunicación procesal tienen especial trascendencia para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Siendo su objeto garantizar que todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por lo resuelto en un proceso judicial tengan la posibilidad de acceder al mismo y a los recursos legalmente establecidos en condiciones para ser oídas y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, según lo previsto en las leyes procesales. Los órganos judiciales tienen, pues, un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal a fin de asegurar, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así ocasión de defenderse (SSTC 167/1992, 103/1993, 316/1993, 317/1993, 334/1993, 108/1994 y 108/1995).

3. De las actuaciones remitidas resulta acreditado que, habiéndose interpuesto recurso de apelación por el ahora demandante señor Terrasa y su codemandado contra la Sentencia del Juzgado de instancia en que se les había condenado al pago de cierta suma, dicho señor Terrasa no fue emplazado para personarse ante la Audiencia, sustanciándose la apelación solamente con el actor y el otro apelante. La Sentencia de segunda instancia confirmó la con-

dena pronunciada en la primera sin que el señor Terrasa pudiera ser oído ni proponer prueba alguna. Únicamente a la falta de actividad del órgano judicial puede atribuirse esta situación y no a la parte afectada ni a otro interviniente en el proceso, omisión que el propio Juzgado de instancia ha reconocido expresamente en la certificación unida a estas actuaciones.

Con ello, al resultar privado el que ahora recurre en la segunda instancia de toda posibilidad de ejercer sus derechos de alegación y prueba, se ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 24 CE, puesto que no es dable suponer que bastase el efecto con la defensa articulada por el otro recurrente comparecido, ya que ni de lo resuelto ni de lo actuado se desprende la evidencia de una subrogación o representación por aquél en la actividad procesal de éste, ni de que hubiera actuado conjuntamente bajo una misma defensa o articulando iguales alegaciones y medios de defensa sino al contrario, puesto que cada uno estuvo representado por distinto Procurador.

En consecuencia, debe reconocerse que aquella infracción procesal tuvo el efecto de indefensión que se denuncia y procede por tanto estimar la demanda, reconocer y restaurar el derecho vulnerado y para ello anular la Sentencia de apelación y reponer las actuaciones al momento de la infracción.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por CARMEN DE GRADO SANZ,
JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
y FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

LA EXIGENCIA DE DOCUMENTACION AUTENTICA EN CUANTO AL TITULO DE LA SUCESION (DECLARACION JUDICIAL DE HEREDEROS ABINTESTATO) SE CUMPLE RELACIONANDO EL NOTARIO CON LA PARTICION LOS PARTICULARES SIGNIFICATIVOS DEL MISMO. (RESOLUCIÓN DE 3 DE ABRIL DE 1995. BOE DE 9 DE MAYO DE 1995.)

Este comentario se corresponde con la conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España el 26 de junio de 1995.

Resolución de 3 de abril de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de dicha ciudad a inscribir una escritura de adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 24 de abril de 1989, ante el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta, se otorgó escritura pública de adjudicación de herencia en la que comparece doña María del Rosario Cerrato Cachorro, que interviene en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, y expone que don Javier Rodríguez Voces falleció en Oviedo el día 23 de mayo de 1985 sin haber otorgado testamento, en estado de casado con la compareciente, de cuyo único matrimonio dejó dos hijos, llamados Javier y Laura Rodríguez Cerrato, siendo sus herederos abintestato, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su cónyuge, en virtud del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985, lo que se acredita con un testimonio de auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado el día 7 de octubre de 1985, y adjudica la finca descrita en la exposición de la escritura de la siguiente forma: Una mitad indivisa a ella misma, con imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, y una sexta parte indivisa en usufructo del total de la finca, o sea, una tercera parte en usufructo de la herencia de su esposo, y a sus dos hijos una

sexta parte indivisa en nuda propiedad, o sea, una doceava parte indivisa en nuda propiedad del total de la finca y una tercera parte indivisa en plena propiedad, o sea, una sexta parte indivisa en plena propiedad del total de la finca, y por último acepta en los conceptos que interviene las citadas adjudicaciones, manifestando que las cuotas adjudicadas a sus dos hijos representados lo son a beneficio de inventario.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de Oviedo, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura conjuntamente con la número 611 del mismo Protocolo, a la que figura unido testimonio del auto de 13 de abril del corriente año, se suspende su inscripción por observarse los defectos siguientes: 1.º No acompañarse el auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado pero no testimoniado en la escritura presentada, ni tampoco los certificados de defunción y últimas voluntades del mismo (arts. 3 y 14 LH y 78 de su Reglamento). 2.º Por auto de 13 de abril del corriente año se nombra defensor judicial a los menores herederos, el cual no comparece al otorgamiento a pesar de ser necesaria su intervención conforme a lo dispuesto en los artículos 162, 163 y concordantes del Código Civil. 3.º Las adjudicaciones a los menores se hacen según el título “a beneficio de inventario”, sin que medie previa aceptación de la herencia en tal concepto ni se cumplan las formalidades prescritas en los artículos 1.010 y siguientes del Código Civil. Dada la naturaleza del segundo defecto señalado no procede tomar anotación de suspensión, que tampoco se ha solicitado. Oviedo, 12 de septiembre de 1989.—El Registrador.—Firmado, *César García-Arango*».

Subsanados los defectos indicados anteriormente, fue objeto de la nota que se transcribe: «Presentado nuevamente el precedente documento y subsanados los defectos que se indican en la anterior nota, se ha practicado la inscripción al folio 7 del libro 2.075 de Oviedo, tomo 2 820 del archivo 1.º de la finca número 5152 de la sección 2.ª. Se ha tenido en cuenta escritura de ratificación autorizada por el mismo Notario que la que precede el día 27 de octubre último. Oviedo, 3 de noviembre de 1989.—El Registrador.—Firmado, *César García-Arango*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: Que en lo concerniente al defecto primero de la nota hay que señalar que el Registrador infringe los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial; 1.217 y 1.218 del Código Civil, y 1 y 143 del Reglamento Notarial al exigir que se acompañe el auto judicial de la declaración de herederos abintestato en el cuerpo de la escritura. Que a los insertos se refieren los artículos 166, párrafo 1.º, y 255, párrafo 1.º, y la aseveración del Notario de que en lo omitido no hay nada que desvirtúe lo transcrito no es aplicable a los insertos de los autos de declaración de herederos como documento que concreta los llamamientos legales porque no son insertos parciales, sino totales, y porque legalmente no puede haber omisión y el auto es una individualización de la designación «*mortis causa legal*»; por tanto, añadir la cláusula no desvirtuadora es superfluo y absurdo, pues no puede surtir ningún efecto, contrariando los artículos 1.284 a 1.286 del Código Civil. Que la declaración de herederos es el hecho que motiva el otorgamiento de esta previa adjudicación herencial. La exhibición del testimonio judicial tiene lugar ante el Notario en la audiencia de los comparecientes y su proyección documental como inserto es el hecho decisivo que motiva el otorgamiento por imperativo del artículo 991 del Código Civil. Que el artículo 3 de la Ley Hipo-

tecaria invocado por el Registrador no desvirtúa lo preceptuado en los artículos 1.217 y 1.218 del Código Civil, ni en los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial. Que tampoco el artículo 14 de la Ley Hipotecaria puede negar la fehaciencia a la escritura pública porque contraría la Ley sustantiva, el Código Civil y regularía cuestiones que incumben a la Ley Notarial. Que el artículo 78 del Reglamento no alude a los certificados de defunción y últimas voluntades. Que la fe pública del Notario vincula y obliga al Registrador. Si el Notario al insertar o testimoniar el auto de declaración de herederos incurre en error, comete falsedad civil; si conscientemente altera la verdad incurre en falsedad penal, y en ambos casos indemnizará los daños y perjuicios (art. 146 RN). 2.º Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, se ha pedido sin razón el nombramiento de defensor judicial. Porque la previa adjudicación herencial la hace el Juez en el propio auto al conceder autorización a la madre para «la venta de la mitad indivisa» y porque no hubo conflicto de intereses al otorgarse la previa adjudicación, ya que los bienes se han partido conforme a la Ley en la sucesión intestada y no hubo intereses contrapuestos entre madre e hijos, sino paralelos, y por tanto la intervención del defensor judicial sería para decir amén a esta previa adjudicación herencial que ya estaba hecha por el Juez. En este caso los intereses de los menores se protegen adecuándolos a la Ley. 3.º Que por último, en lo referente al tercer defecto de la nota de calificación, la herencia se ha aceptado pura y simplemente, siendo equívoca y superflua la frase «a beneficio de inventario» agregada sin sentido a la adjudicación.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: I. Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, hay que señalar que no se han infringido los preceptos de la Ley Notarial y del Código Civil citados por el recurrente al comienzo de su argumentación, sino que el insuficiente «inserto» del título sucesorio fundamental impedía al Registrador el ejercicio pleno de la función calificadoras. Que le es propia, y en cumplimiento de su deber no pudo menos que señalar el defecto. Que la argumentación en contra del recurrente se basa en una infravaloración unilateral del significado del auto como título principal, tanto a los efectos sucesorios como registrales: 1.º En el aspecto sustantivo, el auto concreta personalmente el llamamiento legal y constituye el título sucesorio fundamental. 2.º En el aspecto procesal, es evidente que la resolución judicial se documenta testimonialmente por el Secretario judicial, conforme al artículo 252 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta materia, pues, la fe pública judicial es previa y prevalente sobre la notarial. 3.º En el terreno registral, y por lo que respecta al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ya fue interpretado por la Resolución de 11 de febrero de 1931. A tales efectos, el artículo 14.1.º de la referida Ley es tan claro y específico que no caben interpretaciones a contrario basadas en meras disquisiciones sobre formas documentales, bien en otras disposiciones de menor rango o no específicas. Que el artículo 33 del Reglamento Hipotecario precisa el concepto de título inscribible, aunando los aspectos material y formal. Este precepto sugiere las consideraciones siguientes: 1.ª Que la escritura de «previa adjudicación herencial» presentada no es el título en que fundan inmediatamente su derecho sucesorio los otorgantes; éste no es otro que la declaración judicial dictada abintestato. Es claro, pues, que la escritura de adjudicación por el mero hecho de su otorgamiento (art. 1.218 CC) ni suple al título ni se antepone a él, pues su objeto legal es determinar los bienes y adjudicaciones concretas a cada heredero o partícipe, como expresa el párrafo 2.º del citado artículo 14. 2.ª El

Registrador exigió además la presentación de los certificados de defunción y últimas voluntades del causante, porque son documentos complementarios cuya no presentación o relación suficiente con el título impide la inscripción, conforme al artículo 78 del Reglamento Hipotecario; y en este caso ni siquiera se mencionaban en el inserto. 3.^a Por otra parte, en el caso presente, tampoco se cumplieron esas otras formalidades necesarias para que el título presentado al Registro sea plenamente fehaciente o inscribible. Así pues, la doctrina hipotecaria señala que el testamento o la declaración de herederos abintestato o el contrato sucesorio son el título de sucesión hereditaria a efectos registrales y nunca el documento complementario. Con todo, y admitida la práctica del testimonio por exhibición, éste ha de ser expedido en legal forma. Que refiriéndose brevemente a la calificación registral establecida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, precepto corroborado por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario en materia de documentos judiciales sometidos a calificación. Al aplicarse tales preceptos al caso debatido y en base al escueto «inserto», el Registrador no puede juzgar si el testimonio judicial fue expedido en legal forma o si el auto coexiste con un testamento que nombra legatario de cosa específica, etc. 4.^a En el específico campo de la reglamentación notarial, el recurso se basa en una pretendida diferenciación sustancial entre el «inserto» y las copias y testimonios con objeto de negar que a los insertos les sean aplicables las prevenciones reglamentarias que afectan a los demás instrumentos. Tal argumentación no es convincente por las siguientes razones: 1.^a Las que derivan de la Resolución de 7 de junio de 1944 y del artículo 251 del Reglamento Notarial. 2.^a Porque no hay verdadera contraposición a efectos autenticadores entre el inserto y el testimonio (véanse arts. 166 y 237 RN y Resoluciones de 26 de noviembre de 1971, 27 de febrero de 1982 y 19 de noviembre de 1985, entre otras). 3.^a Que aparte de lo que se desprende del artículo 251 del Reglamento Notarial, lo que es indudable es que el «inserto» se refiere siempre a documentos (arts. 166, 237 y 251 RN) otorgados o autorizados en distinto momento a la escritura a la que se insertan o unen, incluso a documento que no obra en el mismo protocolo y ni siquiera es notarial, sino judicial. En el caso que se estudia no se cumplió la prevención reglamentaria establecida para cuando la inserción es parcial, careciendo, pues, de fehaciencia el inserto tal como se realizó. Que la alegación del recurrente de que los artículos citados no son aplicables a los autos de declaración de herederos carece de base legal y supone un radical trastocamiento de la cuestión debatida. II. Que en lo que se refiere al segundo defecto, examinando la argumentación del recurrente, cabe distinguir: 1.º Que sí había razón para el nombramiento del defensor judicial y es de suponer que el señor Juez la haya tenido en cuenta al acceder a la petición de la promovente al citar como fundamento legal del auto los artículos 163 y 299 del Código Civil. Que hay que remitirse a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 2.100 y 2.030, que por separado regulan un acto de jurisdicción voluntaria respecto de la enajenación de bienes de menores y por otro un verdadero juicio, el de abintestato. 2.º Que no hay intereses paralelos entre madre e hijos y el supuesto se encuadra en el actual artículo 163 del Código Civil reformado; y que como ya afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1969, respecto del anterior artículo 165 (de contenido idéntico) tiene carácter rigurosamente imperativo. Que interesa destacar que un supuesto exactamente igual es el resuelto por la Resolución de 25 de enero de 1928. Que en definitiva, no hay que olvidar que no siendo todos los herederos mayores de edad y capaces, han

de cumplirse otros preceptos del mismo cuerpo legal, como el 163 ó 106 y 1.061. Que hay que añadir los siguientes razonamientos: *a)* Que el artículo 163 actúa por vía preventiva y no sancionadora. Así pues, si falta el requisito de la intervención del defensor que afecta a las legitimaciones no puede practicarse la inscripción aunque se alegue o demuestre *a posteriori* que el negocio resulta ser económicamente perfecto y equilibrado; *b)* Que reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección General ha establecido la existencia de oposición de intereses entre el viudo y sus hijos menores en casos como el que se estudia. III. Que con relación al tercer defecto de la nota de calificación el recurrente afirma que es equívoca y superflua la frase en cuestión, agregada sin sentido a la adjudicación. En consecuencia el defecto se acepta por el recurrente.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del señor Registrador, fundándose en que la finalidad del auto judicialmente firme no es complementaria del llamamiento legal, sino más bien constitutiva de la condición de heredero y en que al constituir la previa adjudicación herencial el anticipo de una operación de la partición de la herencia, como es la adjudicación, aquélla ha de entenderse como uno de los actos en que necesariamente tiene que intervenir el defensor judicial.

VI. El Notario recurrente, a efectos doctrinales, apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: El auto judicial no es constitutivo de la condición de herederos, los herederos intestados los determina la Ley. El auto presidencial se pronuncia dubitativamente y no considera ninguno de los artículos invocados por el Notario autorizante, como fundamento de que la fe pública notarial cubre al inserto del testimonio del auto en el cuerpo de la escritura que obliga al Registrador a reconocerla. Que el inserto fue total y, por tanto, la inclusión de la cláusula discutida no tiene sentido. Que para este caso es innecesario el nombramiento del defensor judicial, como dice la Sentencia de 17 de junio de 1903, en un caso análogo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 162, 163, 839, 1.217 y 1.218 del Código Civil; 3, 14 y 18 de la Ley Hipotecaria; 33, 51, 76 y 78 del Reglamento Hipotecario; 162, 237 y 251 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de marzo de 1994 y 6 de marzo de 1995.

1. Como no ha sido combatido el tercero de los defectos expuestos por el Registrador en su nota de calificación, este recurso, interpuesto a efectos doctrinales por el Notario autorizante, ha de limitarse al examen de los dos primeros defectos de esta nota. La cuestión gira en torno a la inscripción en una escritura denominada de «previa adjudicación herencial», por la cual la viuda y única compareciente, actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, adjudica una finca ganancial procedente de la herencia intestada de su marido en la proporción de una mitad indivisa en propiedad a ella misma en concepto de imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, adjudicando la otra mitad indivisa de la finca a ella y a los dos hijos en usufructo y en propiedad en la misma proporción que corresponde a una y otros en la herencia del causante.

2. El primero de los defectos observados por el Registrador consiste en no haberse acompañado el auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado pero no testimoniado en la escritura, ni tampoco los

certificados de defunción y últimas voluntades de aquél. Es claro que este segundo extremo de la nota no puede ser confirmado, porque la presentación de esos documentos complementarios sólo es exigida por el artículo 76 del Reglamento Hipotecario cuando se trata de herencia testada (cfr. su párrafo primero), mientras que para la inscripción en bienes por herencia intestada basta con consignar los particulares de la declaración judicial —hoy, en su caso, notarial— de herederos (cfr. párrafo segundo). La diferencia de régimen es perfectamente explicable a la vista de que la declaración de herederos abintestato presupone forzosamente que al órgano competente se habrán aportado esos certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

3. Consiguientemente, la cuestión se reduce a determinar si de los términos de la escritura puede deducirse que quedan debidamente acreditados los particulares de la declaración de herederos, que habrán de ser calificados por el Registrador, y, en su caso, reflejados en la inscripción. En el exponendo I de la escritura calificada la otorgante afirma que el causante falleció en Oviedo el 23 de mayo de 1985 en estado de casado con la compareciente de cuyo matrimonio deja dos hijos, sin haber otorgado testamento, siendo sus herederos abintestato sus citados hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su cónyuge, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985; y a continuación el Notario autorizante añade: «lo que me acredita con un testimonio del auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado —se señala su nombre y apellidos— el 7 de octubre de 1985».

4. La actuación del Notario al recoger en la escritura los particulares significativos de la declaración judicial de herederos se ha ajustado a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición de documentos que tiene a la vista. No se trata, pues, de un testimonio literal parcial, que exigiría añadir —lo mismo que ocurre en los poderes (cfr. art. 166 RN)— la indicación de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inscrito, porque no se trata de una inserción, sino de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

5. El segundo de los defectos de la nota de calificación hace referencia a que no ha comparecido en la escritura el defensor judicial de los menores, ya nombrado cuando se autoriza aquélla. Es decir, se estima que en la adjudicación hereditaria efectuada existen intereses opuestos entre la viuda y los hijos, de modo que cesa la representación legal de la primera (cfr. art. 162 CC) y los hijos menores han de estar representados por el defensor judicial (art. 163 CC). Determinar caso por caso si en una partición de herencia los intereses del cónyuge superviviente y los hijos menores son contrapuestos o paralelos es una tarea difícil y que ha dado lugar, como es sabido, a dudas doctrinales y jurisprudenciales.

Cuando la partición se efectúa sobre un único bien hereditario que se adjudica en porciones indivisas coincidentes con las cuotas hereditarias correspondientes a cada partícipe, puede entenderse que se trata de una operación sin trascendencia económica y que los eventuales perjuicios para los hijos son futuros e hipotéticos, porque sólo pueden aparecer si durante la minoría

de edad de los hijos se procede a la división material o a la disolución de la comunidad romana formada. Los intereses del cónyuge viudo y de sus hijos menores son paralelos, de suerte que es innecesaria la intervención del defensor judicial. Así lo han entendido, para los asuntos específicos en ellos examinados, las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de enero de 1987 y de 10 de enero de 1994.

6. Ahora bien, el caso actual viene singularizado por dos circunstancias que se examinan a continuación y que obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial.

7. La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. arts. 1.401.1.º y 1.407 CC entonces vigente). Consiguientemente, la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos respecto de: a) los bienes que integran la sociedad de gananciales y los que por ser privativos del causante han pasado al caudal hereditario; b) qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos.

8. La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada de la escritura debatida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación la adjudicación total en pleno dominio de todos los bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejuzgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificulta que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda a conmutar el usufructo viudal en las formas previstas por el artículo 839 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto, confirmar el segundo defecto de la nota de calificación.

Madrid, 3 de abril de 1995.—El Director General, *Julio Burdiel Hernández*.
Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Comentario.—En esta resolución se abordan dos problemas independientes aunque relacionados entre sí:

1) La existencia de conflicto de intereses en una partición entre la viuda y sus hijos menores, tema en cuyo estudio no vamos a entrar.

2) Si para la inscripción en el Registro de una partición hereditaria es necesaria la presentación, examen y calificación registral del título de sucesión (en el caso examinado se trataba de una declaración judicial de herederos abintestato) o si basta con que el Notario relacione en la escritura de partición los particulares del título de sucesión básicos, a su juicio, para la calificación e inscripción, o dicho de otra manera, si para la inscripción de una partición hereditaria no sólo no es preciso acompañar, o al menos testimoniar íntegramente el título de sucesión contra la regla general en materia de calificación e inscripción en el caso de títulos inscribibles, sino que es suficiente a efectos de calificación e inscripción, insisto, testimoniar en relación el contenido del título que el Notario considere básico para la calificación e inscripción, dando fe de que le ha sido exhibido. Criterio este último que adopta en la resolución de la Dirección General, en cuyo comentario vamos a entrar.

Tengo que decir que la lectura de esta resolución, por lo que respecta al tema de estudio planteado, causa sorpresa y preocupación: sorpresa porque contradice la práctica habitual en esta materia, y preocupación porque sus pronunciamientos, a mi juicio, limitan el significado y alcance que la propia Ley Hipotecaria atribuye a la calificación registral y porque ha introducido confusión en un tema donde la claridad no sólo es aconsejable, sino que es imprescindible.

No podemos olvidar que la calificación registral integra el llamado principio hipotecario de legalidad, que es un principio fundamental del sistema y básico para que funcionen todos los demás.

Los importantes efectos de legitimación y fe pública que despliega la inscripción (arts. 1, 38 y 34 LH) exigen, y así lo ha reconocido la Ley, un previo control de legalidad del documento inscribible. Este control de legalidad la Ley lo ha encargado al Registrador y, en su caso, a los órganos de recurso para el supuesto concreto. Para que el Registrador pueda ejercer la función calificadora, facultad legal y deber del que no puede eximirle la existencia previa de otras calificaciones, es imprescindible la presentación y examen del documento inscribible, regla básica recogida en numerosos preceptos de la Ley Hipotecaria (art. 18: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, *por lo que resulte de ellas* y de los asientos del Registro»; art. 9.8: «La firma del Registrador implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado»; art. 33 RH y otros preceptos relativos a los efectos de la calificación y faltas subsanables e insubsanables, etc.)

Es precisamente a la luz de estos principios como hay que enfocar el comentario de la Resolución de 3 de abril de 1995.

El resumen de los hechos que motivaron la resolución en lo que se refiere al tema que estudiamos es el siguiente:

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura pública de adjudicación de herencia en la que comparece la viuda en su nombre y en representación de sus hijos menores sujetos a su patria potestad. En el exponendo I de

la escritura la viuda manifiesta que su esposo falleció en estado de casado con la compareciente, de cuyo matrimonio deja dos hijos, sin haber otorgado testamento, siendo sus herederos abintestato sus citados dos hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su cónyuge, todo ello en virtud del auto dictado el día ... por el Juzgado ... A continuación añade el Notario: «Lo que me acredita con un testimonio del auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado don ... el día ...»

Es decir, el Notario asevera que la manifestación hecha por la compareciente de quién son los herederos del causante queda acreditada por el testimonio judicial del auto de declaración de herederos que se le exhibe.

No hay duda, por tanto, de que la fe pública del Notario alcanza a que la compareciente ha hecho esa manifestación y a que se le ha exhibido testimonio del auto judicial y a que en dicho auto se contiene, al menos, esa declaración de herederos que manifiesta la compareciente.

Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad competente, el Registrador extendió respecto de éste extremo la siguiente nota de calificación: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no acompañarse el testimonio del auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, *relacionado* pero no testimoniado en la escritura presentada».

Efectivamente, no se puede decir que se haya insertado o transcrito literalmente el testimonio del auto como sostiene el Notario en su informe. Ni siquiera se ha expedido un testimonio parcial, ya que no se contiene la prevención reglamentaria de que «en lo omitido no hay nada que modifique...» respecto del que ya adelanto que, a mi juicio, tampoco sería suficiente. Se está en definitiva ante un testimonio en relación como apunta el Registrador y reconoce la propia Dirección General que, desde luego, tiene la consideración de documento público, pero que, como señala el Registrador en su informe, no es suficiente para que pueda ejercer la función calificadora de modo completo, teniendo en cuenta que el título de sucesión a efectos registrales es título inscribible y no documento complementario.

Todos conocemos el fundamental artículo 14 de la Ley Hipotecaria, al que curiosamente no alude la Dirección General en la resolución del recurso: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro (y a todos los efectos, debería decir) es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración judicial de herederos abintestato (incluyamos también hoy el acta notarial de declaración de herederos abintestato si los herederos son descendientes, ascendientes o cónyuges).

Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que se adjudiquen a cada titular o heredero».

La doctrina es unánime, y lo ha sido siempre, en señalar que para la inscripción de la partición hereditaria se requiere la presentación de dos documentos:

- 1) El documento fundamental, que es el testamento, el auto judicial o acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato o el contrato sucesorio, según la clase de sucesión de que se trate.

- 2) El título particional, que lo constituirá la escritura de partición o la escritura de protocolización y aprobación de las operaciones particionales correspondientes.

No cabe la menor duda, y, como es lógico, en este caso ni el Registrador ni el Notario lo defienden, de que la escritura particional no es inscribible por sí sola porque ella sólo acredita el hecho de haber cesado la indivisión hereditaria, siendo necesario aportar, además, el título adquisitivo en que los interesados fundan su derecho, es decir, es testamento o la declaración judicial o notarial de herederos abintestato.

Recordemos en este sentido que según el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, al que tampoco se alude en la resolución del recurso: «Título a efectos de la inscripción es el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción y que hagan fe en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite».

Pues bien, como la calificación ha de ser total para producir los efectos del sistema, han de presentarse los dos títulos.

Vamos a estudiar brevemente cuál ha sido la posición hasta ahora de la Dirección General en esta materia. Ya en el año 1863, recién iniciada la actividad en los Registros, concretamente el 28 de octubre se dictó la primera resolución relativa al tema.

En todos los casos resueltos por la Dirección General el problema que se planteaba a Registradores y Notarios siempre era el mismo: si para inscribir la partición era preciso acompañar, a efectos de la calificación registral, la copia autorizada del testamento o el testimonio de la declaración judicial de herederos, o si era suficiente con que el contenido de estos títulos se incorporara a la escritura de partición bajo la fe del Notario mediante testimonio por exhibición del documento o por traslado de la matriz o, incluso, si bastaba con que el Notario simplemente relacionara en la escritura el contenido del título de la sucesión dando fe de que le había sido exhibido.

En numerosas resoluciones de las dictadas el Notario se queja al comenzar su informe de que la calificación del Registrador desconoce el valor de la fe pública notarial y el Registrador en el suyo pone de manifiesto cómo en aplicación del principio de legalidad y en ejercicio de su función calificadora ha de pronunciarse sobre la validez de los actos dispositivos contenidos en los títulos presentados por lo que resulte de ellos y en los demás asientos del Registro por lo que necesita tener el título a la vista o al menos conocer la literalidad de su contenido.

Así las Resoluciones de 1863 y 1867 aplicando la regla general de necesidad de presentar el título objeto de inscripción para su calificación declararon terminantemente la necesidad de presentar la copia autorizada del testamento o el testimonio del auto judicial de declaración de herederos.

El 5 de septiembre de 1867 se dictó una Real Orden que establecía la necesidad, bien de acompañar el título de la sucesión, bien de insertarlo bajo la fe del Notario en la escritura de partición.

Resoluciones posteriores como la de 18 de julio de 1893, 11 de febrero de 1896, 11 de septiembre de 1900 y 30 de diciembre de 1912 interpretaron la Real Orden citada en el sentido de que la inserción del testamento en la escritura de partición, única alternativa a la presentación de primera copia del mismo, era admisible si el testamento estaba otorgado ante el mismo Notario autorizante de la escritura de partición, o si estando el testamento autorizado por otro Notario la copia del testamento había quedado incorporada a la matriz del Notario autorizante de la escritura de partición.

El testimonio por exhibición no era, sin embargo, suficiente por no ser título inscribible y porque el testamento es documento esencial para inscribir la partición y no un documento complementario.

Resoluciones posteriores de 7 de junio de 1944 y 13 de noviembre del mismo año siguen debatiendo sobre la admisión o no del testimonio notarial por exhibición del testamento o del auto judicial a los efectos de inscripción de la partición.

La Resolución de 15 de enero de 1960 es la última hasta la que comentamos que aborda directamente este tema. En ella, la Dirección General señala que a efectos de la inscripción de la partición, junto con el documento particional hay que presentar:

— Primera copia autorizada del testamento.

— Testimonio notarial por exhibición del título sucesorio. No resuelve con claridad si procede el testimonio parcial con la prevención de que «en lo omitido...» testimonio parcial que insisto y como ahora veremos, a mi juicio tampoco es suficiente a efectos de la calificación e inscripción.

— Traslado directo del contenido del testamento desde la matriz del Notario autorizante.

— Sin embargo, no es suficiente, sigue diciendo la Dirección General, a efectos de la inscripción relacionar sucintamente en la escritura las cláusulas del testamento porque estamos ante un título fundamental para la inscripción y no meramente complementario.

En conclusión, la doctrina que se desprende de las resoluciones dictadas por la Dirección General se puede resumir de la forma siguiente. Para la calificación e inscripción de la partición hereditaria es necesario aportar el título sucesorio o bien, al menos y excepcionalmente, que el Registrador conozca bajo fe del Notario la literalidad de su contenido. De este modo podrá ejercer en toda su extensión la función de calificación que le atribuye la Ley.

Dicho esto, volvamos a la Resolución de 3 de abril de 1955 que nos ocupa. Recordamos que en ella la viuda manifiesta que en el auto dictado han sido declarados herederos sus hijos con reserva de la cuota usufructuaria a su favor y que el Notario añade que esto queda acreditado con la exhibición del testimonio del auto judicial.

El Registrador, por considerar que no ha sido aportado suficientemente el título de la sucesión, sino que sólo está relacionado, suspende la inscripción porque no puede ejercer la preceptiva calificación del título.

El Notario recurre a efectos doctrinales contra la calificación, citando exclusivamente preceptos de la legislación notarial y los artículos 1.217 y 1.218 del Código Civil, sin aludir para nada al artículo 14 ni a otros preceptos de la legislación hipotecaria. Basa el recurso en defender que lo que ha hecho es insertar en la escritura de partición el testimonio judicial de declaración de herederos abintestato. Añade que el inserto es total, como no puede ser de otra manera, dice, tratándose de auto de declaración de herederos que lo que hace es concretar un llamamiento legal, cuestión esta última más que discutible como ahora veremos.

Si nos fijamos en los argumentos del Notario, éste defiende el recurso admitiendo la regla general que exige la presentación del título o en este supuesto el testimonio literal de su contenido. Insiste, en definitiva, que ha insertado totalmente el auto judicial.

El problema es que, a juicio del Registrador, el Notario no ha insertado literalmente el testimonio del auto judicial. Si lo hubiera hecho, el Registrador, con toda seguridad, no hubiera suspendido la inscripción. A juicio del Registrador, confirmado por la Dirección General, el Notario se ha limitado a relacionar en la escritura de partición determinadas particularidades del título de sucesión y este insuficiente «inserto» (como lo llama el Notario) le impide el ejercicio de su función calificadora. El Registrador, por supuesto, no niega el carácter de documento público del testimonio en relación ni los efectos que como tal produce, ni mucho menos desconoce el alcance de la fe pública del Notario, sino que, conforme a los artículos 14, 9.8 y 18 de la Ley Hipotecaria, y 33 del Reglamento Hipotecario y otros preceptos, pone de manifiesto en su informe que no puede calificar de modo completo el título sucesorio, puesto que no se le acompaña ni se le testimonia literalmente su contenido.

Sorprendentemente, la Dirección General quita la razón al Notario (no existe en el caso concreto inserto total, ni siquiera testimonio parcial), pero tampoco resuelve a favor del Registrador. La Dirección General dice literalmente:

— «La actuación del Notario se ajusta a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial que le faculta para expedir en relación testimonios de documentos que tiene a la vista.»

— No se trata de un testimonio notarial parcial que exigiría la indicación de que «en lo omitido no hay nada...»

No se trata de una inserción total como dice el Notario, ni parcial como ya ha dicho la propia Dirección General, sino se trata (y lo digo literalmente) «de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los que quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria».

¿Qué quiere decir con esta declaración la Dirección General? A mi juicio y en resumen lo siguiente: el testimonio notarial en relación de un documento exhibido que relacione particulares del documento que el Notario considere básicos para la calificación suple al título sucesorio que se ha de entender suficientemente aportado a efectos de calificación e inscripción. La pregunta es ¿qué es lo que en este caso califica el Registrador, no olvidemos que bajo su responsabilidad, en cumplimiento del artículo 18 de la Ley Hipotecaria? Desde luego, no califica el documento sujeto a inscripción que, como exige este precepto, ha de tener a la vista o al menos con su total contenido, sino que califica lo extractado de él por el Notario sin que el Registrador pueda estar seguro de que en lo relacionado haya interpretaciones u omisiones trascendentes para la calificación de la invalidez de los derechos que pretenden ser inscritos. Insisto en afirmar esto no es desconocer el alcance de la fe pública del Notario ni los efectos que produce. El Notario y el Registrador actúan en dos planos distintos aunque relacionados. El Notario, como han puesto de manifiesto ilustres hipotecaristas, actúa en el campo de la forma que produce efectos de prueba del negocio jurídico. El Registrador actúa en el campo de la publicidad que produce efectos de prueba del negocio jurídico, de titularidad del Derecho y legítima para actuar en el tráfico.

El control de legalidad atribuido al Registrador tiene su fundamento en los fuertes efectos de legitimación y fe pública que despliega la inscripción.

No se soluciona el problema ni, a mi juicio, se consigue la finalidad perseguida de seguridad del tráfico diciendo, como dice el Notario en el informe del recurso, que si al «insertar o testimoniar el auto de declaración de herederos incurre en error, comete falsedad civil y si conscientemente altera la verdad incurre en falsedad penal, y en ambos casos indemnizará los daños y perjuicios». Lo mismo le sucede al Registrador al practicar la inscripción. Pero es que no sólo es cuestión de asumir responsabilidades, sino que lo que la Ley pretende, dados los fuertes efectos que produce la inscripción, es que sólo ingresen en el Registro los actos dispositivos válidos, realizados por personas capaces y ajustados a la forma prevista en la Ley, y para ello atribuye al Registrador la facultad-deber de la calificación de los documentos inscribibles que ha de tener a la vista y en el caso especial del título sucesorio por lo menos con la literalidad de su contenido. Insisto en que estamos hablando de un título esencial para la inscripción y no de un documento complementario. Llegados a este punto, tengo que decir con claridad que, a mi juicio, igual que el testimonio en relación no suple al título sucesorio a efectos de calificación e inscripción, tampoco lo suple el testimonio parcial por exhibición que contenga la prevención reglamentaria de que «en lo omitido...», por los mismos motivos expuestos. Estamos ante un título esencial para la inscripción y no ante un documento complementario y la calificación se ha de extender a la totalidad de su contenido.

El testimonio en relación y el testimonio parcial por exhibición cumple la exigencia del artículo 3 de la Ley Hipotecaria porque es documento público, pero reitero que no cumple las exigencias del artículo 18 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario.

Lo más preocupante de la resolución que estudiamos es que la Dirección General no limite sus pronunciamientos al caso concreto, sino que generaliza en exceso. Esto nos obliga a preguntarnos: ¿en caso de sucesión testada sería también correcta la actuación del Notario conforme al artículo 251 del Reglamento Notarial si relacionara los particulares del testamento precisamente los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad? Recordemos la gran cantidad de resoluciones que hay en las que el problema planteado tiene su causa en una diferente interpretación o enfoque de las cláusulas testamentarias por el Notario y Registrador.

Pero es que aunque la Dirección General hubiera limitado sus pronunciamientos al supuesto concreto de sucesión intestada la doctrina sería igualmente criticable por los siguientes motivos:

— Carece de base legal sostener que el auto judicial (o el acta notarial) de declaración de herederos tiene la consideración de documento complementario ya que el llamamiento de la sucesión intestada lo hace la Ley. Es cierto que la Ley llama genéricamente, a falta de voluntad expresa del causante, a determinados grupos de parientes, pero la determinación de unos herederos concretos de exclusión de otros la realiza el auto judicial y, en su caso, el acta de notoriedad. Nombrados unos determinados herederos en el auto, en caso de error del Juez o desacuerdo, ni el Registrador ni el Notario pueden aplicar directamente la Ley. Ha de procederse a la rectificación del auto.

— Carece también de fundamento sostener que por tratarse de un auto judicial la calificación del Registrador está más limitada. El auto judicial, en este caso, es un acto de jurisdicción voluntaria. La propia Ley de 30 de abril

de 1992 en su Exposición de Motivos califica a las declaraciones de herederos como «tarear no jurisdiccionales».

La calificación del contenido de la declaración judicial de herederos aunque parezca innecesaria es imprescindible, ya que junto a la propia declaración pueden existir otras circunstancias o pronunciamientos que influyan en la calificación de la partición inscribible: renunciaciones, derechos de transmisión, problemas de Derecho transitorio en cuanto al orden de llamamientos, existencia de testamento compatible con la sucesión intestada porque sólo contenga el nombramiento de legatarios, etc. Un reciente auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 4 de mayo pasado confirma que es ajustada a Derecho y conforme al principio de legalidad la calificación de auto judicial de declaración de herederos por el Registrador.

La Resolución de 3 de abril de 1995 contradice, además, la doctrina de otra reciente Resolución de 29 de agosto de 1993. En ella, la Dirección General hace hincapié en que en la inscripción de las operaciones hereditarias el testamento junto con la escritura peticional constituyen el título formal y material de la inscripción, por lo que es necesario insertar en la escritura el testamento o acompañarlo a la misma.

La doctrina de la Dirección General obliga sólo al Registrador afectado. Es de esperar que si el supuesto es objeto de nuevo recurso la Dirección General tenga también en cuenta en su resolución los principios de la Ley Hipotecaria.

No debemos olvidar que la titulación pública y el control de legalidad son dos pilares fundamentales de nuestro sistema inmobiliario y han de darse conjuntamente y en toda su extensión para que la seguridad del tráfico no se resienta.

CARMEN DE GRADO SANZ

CABE PRACTICAR LA PRORROGA DE UNA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO CUANDO EL MANDAMIENTO SE PRESENTA EN EL REGISTRO EL MISMO DIA EN QUE SE CUMPLEN LOS CUATRO AÑOS DE SU VIGENCIA (ART. 86 L.H.), YA QUE ESE DIA HA DE TRANSCURRIR POR COMPLETO, CONFORME AL COMPUTO DE PLAZOS QUE SEÑALA EL ARTICULO 5.1 DEL CODIGO CIVIL. (RESOLUCIÓN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1994. BOE DE 20 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—I. El día 24 de octubre de 1988, en cumplimiento de exhorto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alicante, dimanante de autos del juicio de menor cuantía número 401/88, a instancia de la Caja de Ahorros del Mediterráneo contra don José Cardenal Pacheco, el Juez de Primera Instancia de Yecla libró mandamiento ordenando al Registrador de dicha ciudad la anotación preventiva de embargo sobre determinadas fincas, y en virtud de providencia de la misma fecha se practicaron las anotaciones ordenadas con fecha 1 de diciembre de 1988.

El día 1 de diciembre de 1992 se presentó en el Registro de la Propiedad de Yecla mandamiento del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante (en el que se tramita el procedimiento) ordenando la prórroga de las anotaciones de embargo citadas.

II. El citado mandamiento judicial ordenando la prórroga de las anotaciones de embargo fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la prórroga a que el precedente mandamiento se refiere por encontrarse incursas en caducidad las anotaciones preventivas de embargo a la fecha de la presentación del

mandamiento en el diario. Yecla, 9 de diciembre de 1992.—El Registrador, *Angel Ogueta Fernández*».

III. El Procurador de los Tribunales don Carlos Jiménez Martínez, en nombre de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el Registrador de la Propiedad no tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 5 del Código Civil y 109 del Reglamento Hipotecario. Por tanto, si la anotación se efectuó el día 1 de diciembre de 1988, estará vigente hasta el mismo día 1 de diciembre de 1992, a las doce de la noche, que es el final del día en que se cumplen los cuatro años de vigencia de la anotación preventiva. Que tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes en que al determinar el cómputo de fecha a fecha ambos días están incluidos. Que hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1989 y 1 de octubre de 1990, y las Resoluciones de 16 de abril y 15 de mayo de 1988.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 86 de la Ley Hipotecaria, 109 de su Reglamento y 5 del Código Civil y las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1980, 16 de junio de 1981, 9 y 28 de mayo de 1983, 2 de diciembre de 1985 y 7 de marzo de 1988, el criterio a excluir el *dies a quo* del cómputo de fecha a fecha es el seguido en principio en nuestro Derecho, y ello es así cuando el plazo dependa de una notificación, actuación o diligencia a partir de la cual el interesado goce de un plazo para realizar una actuación procesal o ejercitar una acción. Sin embargo, esta norma es de aplicación excluyente, pues la Ley contempla casos en los que se sigue otro criterio y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la inclusión del *dies a quo* en el cómputo de materias administrativas y tributarias. Que en el caso debatido existen las siguientes razones para la aplicación de este criterio de inclusión del *dies a quo* en el cómputo:

a) La necesaria distinción entre aquellos plazos de índole procesal de naturaleza sustantiva, como establece la Sentencia de 29 de mayo de 1992, siendo el cómputo distinto en unos y otros al tener diferente naturaleza.

b) El plazo del artículo 86 de la Ley Hipotecaria es precisamente un plazo sustantivo, fijo y preordenado en la Ley, cuyo cumplimiento determina la caducidad del asiento con carácter radical y automático (Resoluciones de 19 de abril de 1988 y 11 de julio de 1989, entre otras) y con plena independencia o abstracción de si subsiste o no el acto inscrito o derecho registrado en la realidad jurídica extrarregistral, y no en un plazo procesal.

c) Su función no es conceder al interesado un plazo de tiempo durante el cual (y exclusivamente durante él) pueda realizar una actuación procesal o ejercitar una acción, ya que no tiene un carácter necesario u obligado en el proceso de ejecución. Su finalidad es sujetar el bien anotado a una afección de carácter tabular frente a ulteriores adquirentes.

d) La *ratio* de la exclusión del *dies a quo* en el cómputo de un plazo estriba, como señala la Sentencia de 28 de mayo de 1983, en que el día inicial no es un día completo, con lo cual, si se incluyera en el cómputo del plazo no se hallaría completo. Ahora bien, una vez practicado el asiento de anotación, éste no sólo produce sus efectos a partir del momento en que se practicó, sino que, a tenor del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, los mismos se retrotraen a la fecha del asiento de presentación. Por lo tanto, la razón presente en general para la exclusión del *dies a quo* no existe en este caso, porque durante todo el propio día

de la fecha de la anotación ya se producen sus efectos. Que en consecuencia, si se estima incluido en el cómputo del plazo de vigencia el día en que se practicó el asiento, no se debería incluir el día de vencimiento en el cómputo de cuatro años, que ya se habrían producido, y tendría sentido la dicción literal de las Resoluciones de 19 de abril de 1988 y 11 de julio de 1989, según las cuales la caducidad se produce «una vez llegado el día predeterminado». Así se cumplirían estrictamente las normas de los artículos 109, párrafo 2, del Reglamento Hipotecario y 86 de la Ley Hipotecaria, ya que la vigencia de la anotación es de cuatro años de fecha (1 de diciembre de 1988) a fecha (cero horas del día 1 de diciembre de 1992), y la misma caduca a los cuatro años de su fecha. En tal caso, al estar presentado el mandamiento de prórroga el día 1 de diciembre, fuera del plazo de vigencia, no sería posible su despacho, con independencia de que conste o no en el Registro su caducidad, como indican las Resoluciones de 19 de abril de 1988, 11 de julio de 1989 y 5 de diciembre de 1991.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la región de Murcia confirmó la nota del Registrador fundándose en que según lo establecido en los artículos 109 del Reglamento Hipotecario y 5 del Código Civil, parece de sentido común que la fecha inicial, día *a quo* es computable, no siéndolo la misma fecha del año o sus siguientes, pues ya en ésta había iniciado su esencia un nuevo año.

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el artículo 5 del Código Civil no distingue si el plazo deviene de una notificación de acuerdo judicial o con independencia de ésta, por lo que si dicho precepto no distingue, en modo alguno debemos distinguir, y máxime en una interpretación de carácter restrictivo. Si el cómputo de plazo de caducidad se inicia desde la inscripción y ésta, lógicamente, se produce en un determinado momento del día, el computar el día de manera completa equivaldría a incluir una fracción como un todo; y precisamente el citado precepto aclara al anterior artículo 7 debido a la impresión que contenía respecto al día inicial o al día final, siendo contundente el artículo 5 del Código Civil y esclarecedor su primer párrafo, motivando esta misma razón el que en el cómputo de meses o años el *dies a quo* no se compute y, por ello, el último día (*ad quem*) será el que se identifique con el número que el del mes en que se inicia el cómputo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 5 del Código Civil, 86 de la Ley Hipotecaria y 109 del Reglamento Hipotecario, y Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1981, 6 de febrero de 1989 y 3 de octubre de 1990.

1. En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de prórroga de una anotación preventiva practicada el día 1 de diciembre de 1988, habida cuenta que el mandamiento judicial que la ordenó fue presentado en el Registro de la Propiedad el 1 de diciembre de 1992. La prórroga es denegada por el Registrador al entender que en los plazos fijados por años la expresión «de fecha a fecha» empleada tanto por el artículo 109 del Reglamento Hipotecario como por el artículo 5 del Código Civil implica que el día de la anotación debe incluirse en el cómputo y que, por lo tanto, el plazo debatido vence el 30 de noviembre de 1992 y no el 1 de diciembre de ese mismo año.

2. Esta tesis, sin embargo, no puede sostenerse; el cómputo de fecha a fecha que el Código Civil prevé para los plazos fijados por meses o por años

implica que el día equivalente al inicial del cómputo (día inicial que en este caso y por imperativo del artículo 86 de la Ley Hipotecaria es el día en que se practicó la anotación, esto es, el 1 de diciembre de 1988) forma parte del plazo, de modo que hasta las veinticuatro horas de dicha fecha (en el supuesto debatido hasta las veinticuatro horas del día 1 de diciembre de 1992) no procede tenerse por vencido ese plazo cuatrienal cuestionado. Así lo confirman:

a) El tenor literal de la expresión «fecha a fecha», así como el de la previsión relativa a la hipótesis de que en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, equivalencia que no puede interpretarse en otro sentido que en el de igualdad y en el de que ese día entre dentro de los que integran el plazo.

b) La congruencia entre los dos criterios establecidos por el artículo citado, pues al excluir el cómputo de hora a hora, ambos tratan de asegurar que el plazo que se establezca, sea por días o por meses o años, se respete íntegramente, aunque para ello sea necesario ampliarlo en una fracción del día inicial o del final (obsérvese que, de lo contrario, en el caso debatido, el plazo quedaría menoscabado en una fracción de ese día inicial)

c) Es el criterio sentado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 18 de mayo de 1981, 6 de febrero de 1989 y 3 de octubre de 1990).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El problema central de esta resolución es el de la forma de computar el plazo de vigencia de las anotaciones preventivas para que puedan ser prorrogadas dentro del mismo plazo. La prórroga solamente cabe si se «solicita» dentro de la vigencia de la anotación, pues así lo viene a disponer el artículo 86 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero *in fine*: «Siempre que la prórroga sea *anotada* antes de que caduque el asiento». Claro que en el caso presente nunca podía *anotarse* la prórroga antes de caducar el asiento, salvo que acudamos a lo que dispone el artículo 24 de la Ley Hipotecaria. Digo esto ya que si la anotación vence, como asegura el que interpone el recurso y la Dirección General, el día 1 de diciembre de 1992 y ese día se presenta el mandamiento solicitando la prórroga, la anotación que se practique se realizará cuando ya está caducada cualquiera que sea la fecha en que la misma se lleve a cabo, salvo que se haga coincidir con la de la presentación. Suscito esta cuestión ya que para nada se plantea la fecha de la presentación de los mandamientos y entiendo que la cosa sigue siendo importante, salvo que sigamos añadiendo excepciones al principio de prioridad. De ahí que, a mi entender, sean dos los temas que deben ser abordados en este comentario: determinación de la fecha de anotación preventiva para precisar su caducidad y cómputo o forma de computar el plazo de los cuatro años de vigencia.

A) FECHA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

El criterio dominante de la doctrina y de la Dirección General (sobre todo a partir de la Resolución de 28 de mayo de 1968) es el de considerar que la

fecha a tener en cuenta para computar el plazo de caducidad de cuatro años establecido por el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y confirmado por el artículo 209.2 del Reglamento Hipotecario es aquella en que se extiende el asiento de anotación preventiva sin tener para nada en cuenta el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, que habla de «a todos los efectos» de la fecha de presentación, que habrá de constar en la anotación (esta circunstancia dictada para las inscripciones por el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario es aplicable a las anotaciones y cancelaciones).

La doctrina se basa en que el artículo 86 habla «desde su fecha» y aplica genéricamente a todas las anotaciones preventivas lo que en la legislación anterior (art. 97 de la Ley de 1861 y 1909) solamente se aplicaba a las anotaciones por defecto subsanable, en las que era preciso ampliar el plazo para lograr que no se hiciese ilusorio el derecho a subsanar el defecto en el plazo concedido legalmente. Esta frase desde o «de su fecha» que utiliza el artículo 86 de la Ley Hipotecaria fue hábilmente utilizada por SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la Ley Hipotecaria*) y da pie a que la doctrina posterior y ciertas Sentencias del Tribunal Supremo en materia del ejercicio de retracto (SS. 11 de junio 1902, 3 de julio de 1906, 10 de febrero de 1915, 14 de marzo de 1956 y 1 junio 1959) hagan que la idea prospere y se generalice. Citamos a ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*), que agrega el argumento del artículo 209.2 del Reglamento Hipotecario; LA RICA Y ARENAL («El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», *RCDI*, 1958), AMORÓS GUARDIOLA («Comentarios críticos a Resoluciones de la Dirección General», *RCDI*, 1969-1981) y LACRUZ BERDEJO (*Lecciones de Derecho Inmobiliario*, 1957). LA RICA y AMORÓS juegan con la precisión del concepto de la fecha y el primero distingue entre la «fecha propia» y otra «efectiva», mientras que el segundo habla de «fecha intrínseca y extrínseca»; pero ambos llegan a la conclusión de que para los procesos de plazos de vigencia, caducidades y plazos temporales la fecha decisiva es la propia del asiento y no la que figura en el de presentación.

Mi postura —expuesta ya en el año 1971 en el trabajo «Prioridad, anotación preventiva y prórroga» en el *Boletín del Colegio Notarial de Registradores*, en mi aportación en 1985 a un Congreso Internacional con el título «Prioridad formal y sustantiva», y en mi trabajo «Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios», 1994, y otras muchas publicaciones— es la de considerar que la frase sacramental del artículo 24 de la Ley Hipotecaria «a todos los efectos» comprende también el de la caducidad de las anotaciones preventivas y que la referencia que se hace en el asiento a la fecha de presentación en el Diario sirve —junto con la de la propia anotación— para descubrir si dicha anotación está realizada dentro del plazo que marca el artículo 97 del Reglamento Hipotecario, pues caso contrario no es que se produjese la nulidad de la misma, sino que no tendría «efecto retroactivo», incurriendo el Registrador en responsabilidad.

No va por esos derroteros la resolución que comentamos, pero resulta curioso que a la hora de computar las fechas se atiene a la letra de lo que dice el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, pero no a la hora de aplicar la letra del propio artículo en su párrafo final («siempre que la prórroga sea anotada —no solicitada— antes de que caduque el asiento»), pues parece exigir que dicha prórroga se haga constar —en el caso de la resolución— el mismo día de la presentación, pues si el Registrador se acoge al artículo 97 del Reglamento Hipotecario cuando realice la anotación de la prórroga, habrá de aplicar con efectos retroactivos la fecha del asiento de presentación.

En el caso que nos ofrece resulta difícilísimo saber si el juego de fechas puede provocar alteraciones de rango, pero era clarísimo que en la Resolución de 28 de mayo de 1968 —fecha en la que arranca el criterio que ahora se mantiene— había una anteposición de una inscripción a una anotación preventiva de conversión a la cual se le aplicaba la fecha de la misma y no la del asiento de presentación o de la previa de suspensión. El caso ya lo había tratado MORELL Y TERRY denunciándolo como peligroso, pero no se tuvo en cuenta para nada su opinión, como tampoco se hará caso de la mantenida por mí.

B) FORMA DE COMPUTAR EL PLAZO DE CADUCIDAD

Las argumentaciones del que interpone el recurso y el informe del Registrador —a quien da la razón el Presidente del Tribunal Superior de Justicia— son dispares, pero a la hora de decidir creo que hay más argumentación en el informe registral que en la solución que al caso se le da por la Dirección General.

Por supuesto que aceptando mi tesis y la norma imperativa del artículo 24 de la Ley Hipotecaria estaba clarísimamente solucionado a favor de la tesis registral, pues el asiento de presentación —a pesar de caducar a los sesenta días— deja vivos la fecha y la hora; y sería a partir de dicha hora cuando comienza a contarse la caducidad de los cuatro años y todo dependería de la hora y el día en que ingresase el nuevo mandamiento, pidiendo u ordenando la prórroga de la anotación. Pero a esto podría alegarse que yo en el concepto «fecha» hago jugar el de la «hora». Quizá no tenga tanta importancia como la forma de interpretar el artículo 5.1.º del Código Civil, pues éste en la forma de computar plazos, si se refiere a años, será de fecha a fecha y el recurrente, y la Dirección General hacen entrar al «día» de veinticuatro horas.

Entiendo que todo esto es un problema de interpretación o de hermenéutica legal donde me muevo con ciertas dificultades, pues para mí han sido siempre muy claras las cuentas de la vieja (es decir, retroceder a los abacos primitivos sustituyéndolos por dedos), y aquí veo que trata de aplicarse a los plazos anuales lo que el artículo 5.1 del Código Civil dice para los plazos de días: no se computará el día inicial y el último habrá de cumplirse por completo. El que interpone el recurso excluye del cómputo el día inicial (*dies a quo*), mientras que el Registrador dice, y dice bien, que el *dies a quo* sí se computa; pero lo peor del caso es la interpretación de la Dirección que habla de «fracciones» de día, lo cual rompe todos los esquemas.

Lo que se ha llamado «computación civil» (cosa criticada por Díez-PICAZO, *Comentarios a la reforma del Código Civil*, t. I, 1977) y que podría ser considerada como «regla general» frente a las especiales de los artículos 1.130 y 1.960 del Código Civil, el artículo 182.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores de 28 de julio de 1983; artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 30/1992); artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículo 121 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa; artículos 41, 90, 91, 160 y 161 de la Ley Cambiaria y del Cheque, etc., supone conforme al criterio del Tribunal Supremo (S. 7 abril 1989) que el día inicial debe «excluirse» del cómputo y, sin embargo, el último debe «cumplirse» en su totalidad. Lo cual, a mi entender, es aplicar alguna de las especialidades señaladas a la regla general y entender analógicamente para el cómputo de años lo que el Código Civil dice para los días. ¿Por qué el

Código Civil separa el cómputo de plazos señalados por días del que se marca por meses o años?

Cuando el plazo está señalado por años el cómputo es de «fecha a fecha», y esto quiere decir que empieza a contarse en la fecha que se indica y que en el caso que se contempla es el de 1 de diciembre de 1988 y se cumple a las cero horas del día 1 de diciembre de 1992, ya que la razón que da el Tribunal Superior para entender que el día en que finaliza el plazo ha de transcurrir por entero es nada menos que la de haber «excluido del cómputo» al día inicial. A mí me ha quedado siempre la duda de si cuando se establece un plazo «hasta el día» supone el que haya que dejar transcurrir todo el día hasta el siguiente. Falta en estas expresiones la necesaria «precisión», pues no es lo mismo ir de «Madrid a Valladolid» que ir de «Madrid hasta Valladolid». Y si acudo a todo esto que se escapa del campo jurídico (aunque en las escrituras notariales se suele emplear la fórmula de estilo de que serán «de cuenta del vendedor todos los gastos de esta escritura hasta los de inscripción en el Registro») es porque los razonamientos que la Dirección General me da no me sirven jurídicamente y habría que haberlos basado en un análisis serio, profundo, con analogía o sin ella, del artículo 5.1 del Código Civil. Aparte de ello la figura de la «caducidad» se distancia seriamente de otras como la prescripción, el plazo preclusivo, el «no uso», etc., y hay que tener cierta finura jurídica para aplicar —sin razones convincentes— requisitos que son lógicos en ciertos supuestos, pero que no son susceptibles de generalizar o si se generalizan pueden crear situaciones que desamparan otros derechos. En este caso es difícil saber lo que había detrás de todo ello, pero de cualquier manera la solución que se propone y que triunfa no puede sostenerse seriamente.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

NO ESTA SUJETA A CALIFICACION LA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA CIFRA DE CAPITAL SOCIAL Y LAS ACTIVIDADES QUE INTEGRAN EL OBJETO DE LA SOCIEDAD UNA VEZ CUMPLIDO EL MINIMO LEGAL.
(RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS DE 22 DE JUNIO DE 1993. BOE DE 3 DE AGOSTO DE 1993.)

Supuesto de hecho.—Se trata de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con una cifra de capital social de quinientas mil pesetas (500.000 ptas.).

Presentada la correspondiente escritura a registración, es calificada desfavorablemente y se SUSPENDE la inscripción en base a los siguientes argumentos:

1.º Por existir una desproporción absoluta entre la cifra de capital y las actividades integrantes del objeto que hace imposible la consecución del mismo (arts. 39 CC, 30 LSRL y 260.3.º LSA).

2.º Artículo 16 de los Estatutos. El requisito que se exige de la inscripción en el libro-registro para asistir a las Juntas es contrario a lo que dispone el artículo 22, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Presentado por el Notario autorizante recurso de *reforma* contra la calificación, el Registrador mantiene ésta en base a las siguientes razones:

1.ª Que estamos ante el fenómeno de la «infracapitalización» de sociedades, cuestión ésta sujeta a calificación por el Registrador, sin que sea una materia reservada al legislador. Este no sólo tutela la cifra de capital para la constitución, sino que además procura que la cifra de capital guarde relación con la cifra de patrimonio y se conserve durante la vida social. La desproporción entre la cifra de capital y el desarrollo del objeto social comporta un riesgo para los acreedores, sin que quepa argüir en contra el hecho de la acomodación futura de la cifra de capital (a través de aumentos o percepción de créditos) y resultando aplicables los artículos 260.3.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 39 del Código Civil, ya que, referidos a disolución de sociedades, constituyen una referencia importante para sostener que esa posibilidad de cumplimiento del objeto social ha de ser observada en sede de constitución de sociedades.

RECURSO GUBERNATIVO

El Notario recurre la anterior decisión y argumenta lo siguiente:

1.º La exigencia de un capital mínimo no lo es en función de su proporcionalidad, sino que es una exigencia legal que además no está sujeta a una cifra máxima.

2.º Que no es cuestión sujeta a calificación la proporción entre el capital y las actividades que integran el objeto, ya que de no ser así supondría sujetar a la decisión del Registrador la admisión o no de la cifra de capital mínimo y un «plus» añadido a los requisitos que en esta materia se exigen por la Comunidad Económica Europea. Ello no comportaría sino una inseguridad jurídica y la calificación sería económica y no jurídica.

3.º No cabe invocar la aplicación del artículo 260.3.º, pues éste se refiere a causas de disolución y, en este caso, la sociedad no ha nacido aún y, además, su aplicación exige acuerdo de la Junta (art. 262) o resolución judicial.

4.º No resulta aplicable el artículo 39 del Código Civil, que es aplicable a entes existentes y, además, no se refiere a sociedades.

RESOLUCIÓN

La Dirección General revoca el acuerdo y la nota de calificación por las razones siguientes:

Si bien es cierto que la garantía de acreedores y terceros exige proporcionalidad entre la cifra de capital y las actividades que integran el objeto social, en el estado actual de nuestra legislación la calificación registral ha de limitarse, en este punto, al hecho de que se cumpla con la exigencia de capital mínimo, sin que quepa invocar la aplicación de los artículos 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 39 del Código Civil, que se refieren a entidades constituidas cuyo desenvolvimiento deviene imposible y cuya disolución queda reservada al acuerdo de la Junta sobre el particular o a la resolución judicial pertinente.

Comentario.—La cuestión que se plantea en esta resolución no es sino la de determinar si la falta de adecuación del objeto con la cifra de capital social constituye una causa de disolución de la sociedad; esto es, si la «infracapita-

lización» de la sociedad puede ser considerada como causa de disolución de la sociedad; si da lugar a «una imposibilidad manifiesta de realizar el fin social» (art. 260.3.º del TRLSA).

El examen del artículo 260.3.º, en lo que nos interesa, impone como punto de partida determinar qué es lo que se entiende por «fin social».

El fin de la sociedad no es otro que la obtención de un lucro común partible entre los socios (art. 116 CCom), la *affectio societatis* en sentido económico. Pero para la consecución de este fin último es necesario el desarrollo de una serie de actividades empresariales; el conjunto de estas actividades es lo que da contenido al objeto social, de ahí que se identifique acertadamente el objeto social con el fin social, sin que ello obste a considerar al objeto de la sociedad como la «puesta en común» de bienes y derechos —objeto como aportación— (CÁMARA).

Como vemos, el fin de la sociedad se integra en el objeto de ésta, de suerte que si falta alguno de ellos no estaremos ante un contrato de sociedad.

En el Derecho anterior a 1989 se señalaron como causas de disolución de la sociedad «la consecución del objeto social o la imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social» (arts. 150 de la Ley de 1951 y 30 de la LSRL —el art. 221 CCom sólo se refiere a «la conclusión de la empresa que constituya su objeto»—). Se podía pensar que estábamos ante una única causa de disolución de la sociedad por la consideración ya apuntada (en este sentido, BROSETA). Sin embargo, sucede que una sociedad puede no haber concluido su objeto y encontrarse en una situación de imposibilidad de realizarlo. Objeto y fin forman un todo en el momento de constitución de la sociedad, pero operan como causa distinta en el momento de la disolución de la misma. De ahí que la generalidad de la doctrina considerase como prototipo de «imposibilidad de cumplir el fin social» el hecho de la paralización de los órganos sociales (véase STS de 3 de julio de 1967).

Tras la reforma se incluye en el número 3 del artículo 260 esta última circunstancia como un supuesto más de disolución de la sociedad.

Diferenciada una y otra causa, se considera por un sector doctrinal (así PAZ-ARES en su comentario al art. 1.700 del CC, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU) que la pérdida entera del patrimonio social da lugar a esa manifiesta imposibilidad de cumplir el fin social y, por tanto, a la disolución de la sociedad. Desde esta posición se sostiene que esa manifiesta imposibilidad actúa tanto de forma originaria como sobrevenida y se considera que la imposibilidad originaria no constituye una causa de nulidad de la sociedad (arg. ex art. 34 del TRLSA). Esta imposibilidad originaria o sobrevenida —pérdida del patrimonio social— no se debe de confundir con el hecho de que por consecuencias de pérdidas que den lugar a la disminución patrimonial inferior a la mitad del capital social se pueda optar por la disolución de la sociedad (núm. 4 del art. 260 del TRLSA), aunque ambos sean supuestos de imposibilidad económica.

Pero ¿qué entendemos por capital social?, ¿qué por patrimonio social? El capital social es el conjunto de bienes y derechos que se aportan por los socios en el negocio fundacional; es una cifra estática que figura como una partida más del pasivo del balance (art. 175 del TRLSA). El patrimonio social se integra del conjunto de bienes y derechos que se ponen en común para el ejercicio de una actividad de empresa; es una cifra dinámica, variable. Ambas cifras coincidirán, normalmente, en el momento fundacional. Decimos normalmente porque esta coincidencia no siempre tiene lugar. Piénsese en aportaciones inmobiliarias minusvaloradas, por ejemplo.

Acertadamente ha puesto de manifiesto VICENT CHULIÁ que estas dos ideas son insuficientes para conceptuar a la sociedad anónima. Esta no es sino una organización corporativa a la que se liga una organización financiera de un patrimonio con la finalidad de desarrollar actividades económicas. Esa organización financiera, que es la que ahora nos interesa examinar, entiende el autor citado que se integra de dos conceptos esenciales: el capital o fondos propios y el capital social o fondos ajenos. La procedencia e integración de esos capitales o fondos son distintas. El capital propio se forma con las aportaciones de los socios y se sujeta a responsabilidad frente a los acreedores sociales. Se integra de las aportaciones sociales, las reservas, el beneficio del ejercicio y las reservas ocultas. El capital ajeno tiene su origen en los terceros, sean o no socios, y se compone de los créditos que éstos conceden a la sociedad y de las obligaciones que ésta emite.

Pues bien, avanzando un paso más nos encontramos con el principio del capital mínimo (art. 4 del TRLSA). Con ello, estamos en condiciones de plantear la cuestión central que nos ocupa: la infracapitalización.

La mayoría de la doctrina ha puesto de manifiesto cómo la exigencia de un capital mínimo —más acertada era la posición de la Ley de Sociedades Anónimas de 1848 que exigía que la sociedad estuviera dotada de un capital proporcionado al «fin de su establecimiento» (QUINTANA CARLO)— es la generadora del problema de la infracapitalización toda vez que aquél se revela a todas luces insuficiente para atender las necesidades financieras de las sociedades, ya se trate de sociedades anónimas cerradas o de responsabilidad limitada. El normal ejercicio de su actividad de empresa revelará como insuficiente esa cifra de garantía frente a acreedores, proveedores, etc., y la sociedad se verá en la obligación de recurrir a capitales ajenos, bien que conservando el privilegio de la limitación de responsabilidad. De suerte que es el mantenimiento de este privilegio el que impone que la sociedad esté debidamente capitalizada.

Si, como PAZ-ARES, concebimos a la sociedad anónima o limitada como un «nexo de contratos» que aglutinan los diversos acuerdos de voluntades que integran la empresa —directivos, inversores y acreedores—, que la estructura interna de ésta no es sino una estructura de mercado y que su finalidad no es otra que la de abaratar los costes, y entre éstos los «costes de agencia» —«los que surgen de la relación de fiducia existente entre quien gestiona los recursos y los suministra»—, se comprende que lo que realmente interesa a los terceros no es el conocer la cifra de capital nominal o formal de la sociedad, sino la estructura financiera de ésta (la noción de capital social aparece sumamente debilitada en el Derecho norteamericano).

Dos son las formas en que puede aparecer la infracapitalización en una sociedad. La *material*, que es la que se produce al carecer la sociedad de fondos, propios o ajenos, adecuados al desarrollo de su normal actividad de empresa, es decir, en la ejecución de su objeto social. La cifra de capital social no es adecuada para atender a las necesidades de la sociedad y ésta se ve imposibilitada de acudir a la financiación externa, tanto de terceros como de los propios socios, en las que, en ese momento, son condiciones normales de mercado. La otra forma de infracapitalización es la *nominal*, que tiene lugar cuando la sociedad recibe fondos o capitales ajenos a través del crédito de socios o terceros para aplicarlos a necesidades propias. En este supuesto la sociedad está correctamente capitalizada por los socios, pero por medio del capital social y no de capital de responsabilidad. Es decir, desde el punto de vista de la cifra de responsabilidad —capital social—, la sociedad está infracapitalizada.

La infracapitalización material afecta a los acreedores contractuales y no contractuales. El acreedor contractual sólo puede, preventivamente, valerse de un medio para luchar contra la infracapitalización; no es otro que el de informarse de la situación financiera de la sociedad en la que va a contratar; pero esta información, que no planteará grandes problemas para los acreedores «especializados» —Banca, sociedades de financiación .—, sí que los ocasiona a los «no especializados» —proveedores comerciales o de servicios, consumidores, trabajadores... («acreedores ignorantes» en la terminología empleada por PAZ-ARES)—dado lo costoso del procedimiento de información. Esta situación de infracapitalización sólo puede ser combatida de forma represiva, da lugar a que surja la responsabilidad de los administradores y se «levante el velo» a la persona sociedad. Preventivamente se puede combatir mediante la contratación por la sociedad infracapitalizada de un seguro de responsabilidad civil, por ejemplo.

La infracapitalización nominal entraña, de igual modo, un serio peligro para los acreedores. Estos contratan con la sociedad sin tener conocimiento de la situación financiera real de la sociedad, que en este supuesto pasa por el nacimiento de una serie de créditos de los terceros, socios o no, contra la sociedad. La situación, como en el supuesto anterior, sólo puede ser combatida de forma preventiva a través de la adecuada información por parte de los acreedores especializados y no especializados. Pero una vez que se ha producido esa situación sólo puede ser reprimida por medio de la postergación de los créditos de terceros contra la sociedad y que ésta aporta como fondos propios o, si se quiere, empleando la terminología de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1980, a través de la «recalificación» de los mismos (VICENT CHULIÁ).

Con ello, vemos que la solución al problema de la infracapitalización no pasa por decretar sin más la ilimitación de responsabilidad de los socios, que comportaría un retraimiento de los inversores, sino que la cuestión hay que resolverla, de forma preventiva, a través de proporcionar una adecuada información a los que contratan con la sociedad, persiguiendo siempre que ésta sea lo menos costosa posible.

Este deber de información de la situación de infracapitalización debe recaer sobre la sociedad. Esta, al advertir la situación de infracapitalización, viene obligada a poner este hecho en conocimiento de los terceros. Información que ante el vacío legal existente estimamos que se puede articular a través del medio de publicidad societaria por excelencia: el Registro Mercantil. En efecto, bastaría con establecer un sistema voluntario de acceso al Registro de la sociedad en situación de infracapitalización similar al regulado para la sociedad unipersonal (arts. 125-129 de la LSRL). Advertida por la sociedad la situación de infracapitalización, ésta vendría obligada a comunicarlo al Registro Mercantil; la comunicación se inscribiría en la hoja registral correspondiente, con lo que la publicidad del hecho estaría garantizada. Efecto fundamental de esa publicidad registral sería el de no sancionar, vía postergación o recalificación, al crédito que provoca la situación de infracapitalización, toda vez que el tercero que con posterioridad a la práctica del asiento registral contrate con la sociedad está ya advertido de la anómala situación de ésta.

Dada la voluntariedad del sistema, puede suceder que la sociedad opte por no comunicar su situación al tráfico. En tal caso, debe entrar en juego el mecanismo represor de la infracapitalización. Decretada la situación de

insolvencia, levantado el velo, los créditos que hayan dado lugar a la infracapitalización deben ser postergados en su rango, frente a los de los acreedores normales de la sociedad, ya sean éstos contractuales, extracontractuales o legales. El problema estriba en determinar el alcance retroactivo de esa postergación. Entendemos que se debe circunscribir a aquellos créditos que fueron los verdaderos causantes de la infracapitalización y no decretar, sin más, la ilimitación de responsabilidad de todos los socios. El socio que ha concedido un crédito o garantizado una operación a la sociedad va a ver extendida su responsabilidad al importe de su aportación más el del crédito o garantía concedido. Si se trata de créditos concedidos por terceros, «acreedores ignorantes», en tal caso la solución no puede ser otra que, en aras de la debida protección del principio de seguridad en el tráfico, proteger a los acreedores «normales» y conceder a aquellos las correspondientes acciones contra los administradores y socios de la sociedad infracapitalizada.

De adoptarse este sistema estaríamos ante un supuesto más de defensa del capital social y de responsabilidad de los administradores por no actuar con la diligencia de un ordenado comerciante.

Desde nuestra posición no podemos considerar la «infracapitalización» como causa de disolución a englobar entre la más genérica de la «imposibilidad manifiesta de realizar el fin social». En la práctica, a falta de una normativa preventiva adecuada, la sociedad actuará en el tráfico por «irrisoria» que sea la cifra de su capital social en función de lo «generoso» de su objeto, sin que deje de resultar chocante que la sociedad nazca infracapitalizada. Ciertamente es que esta situación no está sujeta a calificación registral. Falta en nuestro ordenamiento, como mínimo, una norma como la existente en Bélgica que facilite, al menos, la solución del problema que plantea esta infracapitalización «originaria» y que decreta la extensión de responsabilidad a los fundadores —a los administradores en caso de aumento de capital— si se decreta la quiebra de la sociedad dentro de los tres años siguientes a la constitución de la sociedad y la causante de esa situación sea la manifiesta falta de adecuación de la cifra de capital social al desarrollo del objeto social pactado.

Como vemos, el problema de la «infracapitalización» no es desconocido por los ordenamientos comunitarios; distinto es que falten directrices comunes al regular esta materia que, desde luego, no se encuentran en la 2.ª Directiva.

Para finalizar, advertir de un supuesto legal de infracapitalización contemplado en nuestro Derecho. No es otro que el número 4 del artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que, referido a la sociedad en formación, dispone que: «En caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia». En cuanto a la posible aplicación del artículo 39 del Código Civil, sostenemos con la mayoría de la doctrina (Cossío, CASTÁN...) que el precepto no resulta aplicable a las «corporaciones de interés particular». Estas se regirán por sus respectivas leyes especiales.

BIBLIOGRAFIA

- C. PAZ-ARES: «La infracapitalización de sociedades. Una aproximación contractual», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. extraordinario, 1994, Ed. Aranzadi.
- «Sobre la infracapitalización de sociedades», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1587 y sigs.
- M. DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1972.
- J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU: *El objeto social en la sociedad anónima*, Ed. Cívitas, Madrid, 1990.
- F. VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1991.
- I. QUINTANA CARLO: «El capital social», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, en ANGEL ROJO y otros, Ed. Cívitas, Madrid, 1987.
- R. GARCÍA VILLAVARDE: «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (1.ª y 2.ª Directrices)», en *Tratado de Derecho comunitario*, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, Ed. Cívitas, Madrid, 1986.
- J. M. DE EIZAGUIRRE: «Disolución y liquidación. Obligaciones», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo VIII, Edersa, 1993.
- URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN: «Disolución y liquidación de la sociedad anónima», en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XI, Ed. Cívitas, Madrid, 1992.

Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

CARACTER SUBSIDIARIO DE LA ACCION RESCISORIA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción rescisoria tiene naturaleza subsidiaria en cuanto su ejercicio viene subordinado a la imposibilidad de realizar el crédito, como inequívocamente establece el artículo 1.294 del Código Civil.

La rescisión por fraude parte, según la doctrina y la jurisprudencia, de una premisa fundamental y exige además unos requisitos complementarios; la premisa la constituye su carácter subsidiario «cuando los acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba...»

LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO OBJETIVIZA MODERADAMENTE LA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—Un agente de una empresa de seguridad se suicidó disparándose con la pistola reglamentaria que portaba. Dicho agente venía padeciendo un proceso esquizofrénico, enfermedad conocida por la familia, pero no por la empresa, ya que no le hicieron ningún examen psiquiátrico. La familia demanda a la empresa de seguridad, que es absuelta.

Doctrina de la Sentencia.—La fundamentación jurídica que preside toda la argumentación del recurso tiene su base en la pretendida aplicación al caso de la doctrina de esta Sala referente a la «teoría de la creación del riesgo», lo que supone una objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual en aquellos supuestos en los que la pura culpabilidad del agente se ve alterada por ciertas situaciones creadas inicialmente y que evidencian la ausencia de una más cuidada previsibilidad.

También es de frecuente aplicación la doctrina que comentamos a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación, así como a otros

casos en los que la creación del riesgo por parte del responsable objetiviza moderadamente la responsabilidad, produciéndose una inversión de la carga de la prueba. Pero éste no es precisamente el caso que nos ocupa, en el que la empresa de vigilancia no crea riesgo de clase alguna, pues actúa dentro de una correcta normalidad, legal y lógica; y son en todo caso los propios familiares demandantes en este pleito los que crean la situación de verdadero riesgo, no sólo para su hijo, sino también para unos posibles terceros, dejando de advertir y silenciando la enfermedad que padecía el finado.

LA DECLARACION DE ERROR JUDICIAL NO TRATA DE CORREGIR EL DESACIERTO, SINO LA DESATENCION A DATOS INDISCUTIBLES. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Con relación al error judicial, la jurisprudencia de esta Sala tiene ya elaborado un cuerpo de doctrina con arreglo al cual el error judicial no se configura ni como nueva instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, no pudiendo ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas e irracionales, surgiendo el error judicial cuando el mismo es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de modo palmario fuera de su sentido o alcance; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos ni de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que acertada o equivocadamente obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y no es desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución absurda que rompe la armonía del orden jurídico.

LA ACCION DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO NO ES SUBSIDIARIA Y NO PUEDE BASARSE EXCLUSIVAMENTE EN LA EQUIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Tras una vacilante doctrina anterior de esta Sala, se ha terminado por adoptar el criterio, que aquí se ratifica, de que la acción de enriquecimiento injusto no tiene naturaleza subsidiaria o, lo que es lo mismo, que su ejercicio no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma de subsidiariedad, pues puede concurrir con otras acciones confluentes.

Con base exclusivamente en la equidad (art. 3.2 CC) no puede estimarse una acción de enriquecimiento injusto cuando no concurren los requisitos exigidos para su viabilidad.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ES DIRECTA EN LOS SUPUESTOS DE ACTUACION CULPOSA DE FUERZA ARMADA. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—Un guardia civil de paisano reprochó a un conductor el que éste circulara por dirección prohibida. Se produjo un altercado y el guardia sacó su arma y disparó, ocasionando la pérdida de un ojo del conductor. Este demanda al guardia civil y al Estado, que son condenados a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Como así se ha puesto de manifiesto en numerosas Sentencias, ya se considere la actuación culposa aludida dentro de la «total dedicación» a que se refiere el artículo 5.4 de la vigente Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o del «servicio permanente» a que aludía la derogada Ley de Policía, se sanciona la responsabilidad del Estado como subsidiaria, y desde el punto de vista civil como directa, en supuestos de actuación culposa de fuerza armada, por uso imprudente de sus armas reglamentarias, con excesos o extralimitaciones, y se declara que, de aplicarse el criterio defendido por el Abogado del Estado, nunca podría nacer la responsabilidad subsidiaria a la que se refiere el artículo 22 del Código Penal, ni en este particular caso debatido no sería procedente que al ser responsabilidad directa la declarada en el fallo recurrido quedara absuelto el Estado eludiendo la responsabilidad civil subsidiaria. Debiendo defenderse en definitiva la responsabilidad directa y solidaria en cuanto la jurisprudencia civil ha sancionado en supuestos análogos una responsabilidad directa y solidaria de los intervinientes en el evento inculpinado, dado que es la forma más apropiada para una protección más justa de los perjudicados.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LA CULPA SE PRESUME «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual sancionada en el artículo 1.902 del Código Civil no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto de las personas, tiempo y lugar para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondía al buen padre de familia. La persona a quien se atribuye la autoría de los hechos está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro, que excusa el facto psicológico de la culpabilidad del agente o, lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum*.

EN EL CONTRATO DE ENSEÑANZA NO SE PROMETE UN EFECTIVO RESULTADO. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Tratándose de servicios de enseñanza de corte y confección, se configura un negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo, en el que el objeto viene determinado por la específica actividad de enseñanza que se presta por una de las partes a otra, a la que le asiste inten-

cionalidad de alcanzarla para su progreso intelectual, profesional e incluso enriquecimiento humano de su caudal de saber y conocer. Por consecuencia, no se promete ni se contrata un efectivo resultado, ya que éste depende de la disponibilidad del alumno para conseguirlo, con la captación útil y aprovechamiento positivo de las enseñanzas que se le imparten, por lo que el negocio se concreta a llevar a cabo la actividad pactada aunque la misma se oriente directamente a producir el resultado que se espera de la prestación docente que se recibe y por ello exige la necesaria disponibilidad colaboradora del alumno.

LA DONACION ONEROSA FACULTA AL DONANTE PARA PEDIR LA REVOCACION DE LA DONACION POR INCUMPLIMIENTO DEL DONATARIO. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La donación onerosa prevista en el artículo 647 del Código Civil supone una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que, en principio, nació irrevocable por voluntad del donante, pudiendo quedar sin efecto después por la existencia de tales incumplimientos y provocando un juego semejante al del artículo 1.124 del Código Civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose, por el contrario, al donante para pedirlos judicialmente.

UN SOCIO PUEDE OBLIGARSE PERSONALMENTE FRENTE A LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—No resulta aplicable al caso el artículo 1.826 limitativo de la obligación del fiador, en el sentido de que no puede obligarse a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones, ya que la cláusula penal aceptada por el garante lo fue precisamente para el caso de incumplimiento por él de esa obligación que con carácter principal y solidario voluntariamente aceptó; nada impide que un socio de una sociedad se obligue de modo personal frente a los acreedores de aquella garantizando el cumplimiento de una obligación como deudor solidario, reforzando su obligación incluso con el establecimiento de una pena convencional para caso de su propio incumplimiento, pues no debe olvidarse que la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO PUEDE GENERAR UN DERECHO ANTES INEXISTENTE. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta, en primer lugar, creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.b), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio

del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso.

UN DEMANDADO CONDENADO CARECE DE LEGITIMACION PARA PRETENDER QUE SE CONDENE TAMBIEN A OTRO CODEMANDADO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Siendo doctrina reiterada y constante de esta Sala (SS., entre otras, de 22-4-1988 y 28-10-1991) que un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otros codemandados a quienes absuelve la sentencia recurrida y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido (no recurrido) por los únicos legitimados para impugnarlo (los demandantes perjudicados), lo cual se entiende sin perjuicio de las reclamaciones que contra aquéllos pueda formular en el juicio correspondiente si estimare asistirle algún derecho para ello.

NO PUEDE APLICARSE DE OFICIO EL DERECHO EXTRANJERO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo insiste en el equivocado criterio que la recurrente asigna a la «moderna doctrina» por la que —en su opinión— habría de aplicarse de oficio el Derecho extranjero, sin cita de normativa alguna en este sentido, para lo que no es bastante que España se haya integrado en la Comunidad Europea; ni se puede pretender que no sólo el Derecho extranjero, sino también el nacional, haya en la generalidad de los casos de investigarse de oficio por el Tribunal para hallar qué normativa es aplicable a la pretensión de la demandante, objetivo que contradiría el principio general de Derecho significativo de que los tribunales han de fallar «justa allegata et probata».

LA DECLARACION DE VOLUNTAD TACITA SE MANIFIESTA POR ACTOS CONCLUYENTES. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita, pero en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar terminante, clara e inequívoca. Existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada

conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de los hechos concluyentes (*acta concludentia*) e inequívocos, que sin ser medio directo del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia. Tienen el carácter de actos concluyentes reveladores de esa aceptación la solicitud de licencia de obras hecha por la sociedad demandada para la ejecución de aquellas cuyo precio es reclamado.

COMPRAVENTA: COSA DETERMINADA NO ES SINONIMO DE COSA INDIVIDUALMENTE CONCRETADA. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia —La doctrina hace notar que cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que el requisito de determinación del artículo 1.445 del Código Civil ha de ser entendido en el sentido del artículo 1.273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la predeterminación posterior producida a través de los criterios previstos por las partes en el propio contrato, siendo suficiente, a efectos de los artículos 1.273 y 1.445 del Código, que a la hora de la perfección del Convenio estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos.

LA APLICACION DE LA TEORIA DEL RIESGO NO EXIME DE LA NECESIDAD DE PROBAR LA CULPABILIDAD DEL AGENTE. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala tiene declarado que es necesaria una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues el «cómo» y el «porqué» se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

Se exige para apreciar la culpa del agente que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados.

EFICACIA DE LAS CERTIFICACIONES DE DESCUBIERTO. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Conforme a una concorde bien que escasa doctrina de esta Sala, las certificaciones de descubierto tienen la categoría y

eficacia del documento que otorga realidad a los créditos del Estado y los a ellos asimilados; en consecuencia es la fecha de dichas certificaciones la que ha de tenerse en cuenta a los efectos de determinar cuál es la preferente o de mejor derecho cuando surja contienda entre las de distinto origen.

EL JUEGO LEGALIZADO NO TIENE CAUSA TORPE. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Ya esta Sala declaró que el hecho de infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego no transforma el juego que es lícito o ilícito, pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, cual ocurre en el supuesto contemplado, en el que tal contravención es objeto de especiales sanciones previstas en la propia normativa.

Si bien es cierto que el Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 no ha derogado los preceptos del Código Civil dedicados al juego y a la apuesta dado que aquellas disposiciones se refieren a aspectos personales, administrativos y fiscales de determinados juegos de suerte, envite o azar, el tenor y significación de dichas disposiciones obliga a una interpretación de todo el conjunto normativo adecuada a la realidad social del tiempo presente, lo que conduce a excluir la existencia de causa torpe o ilícita en el juego legalizado desde el momento en que la propia Ley expresamente lo regula y reglamenta. De tal interpretación normativa ha de inferirse que los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no pueden seguir considerándose prohibidos, y en consecuencia obligan a pagar al que pierde, y por ello el que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado. Cualquier otra interpretación, enraizada en la tradicional inexigibilidad de las deudas de juego, sería contraria al principio de seguridad jurídica consagrado por la Constitución y a la seriedad del tráfico comercial.

LA COMPENSACION JUDICIAL NO NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE NINGUN ACREEDOR. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La compensación judicial no necesita el consentimiento de ningún acreedor cuando las deudas objeto de la misma se hacen líquidas en la Sentencia y viene a ser exigida por la racionalidad que debe presidirla. Sería extraña una Sentencia que pronunciase condenas que entre sí se neutralizan, condenando a pagar a una persona cuando el acreedor de dicho pago es deudor de ella, dando lugar por tanto a la posibilidad de comportamientos contrarios a la buena fe, como lo es exigir lo mismo que ha de ser restituido (*dolo facit qui petit quod redditurus est*).

TERCERIA DE DOMINIO: AL TERCERISTA CORRESPONDE LA PRUEBA DEL NEGOCIO Y DE LA TRADICION. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada y uniforme la jurisprudencia interpretativa en el sentido de referir al momento de la justificación dominical

del tercero a una fecha anterior a aquella en que se realizó la diligencia de embargo. El dominio sobre las cosas, necesario para ejercitar la tercería, sólo nace cuando concurren título y modo, consumándose el contrato con la entrega del precio y de la cosa; la demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del *onus probandi* entre los litigantes no puede basarse en documento privado que por sí solo no acredite la efectiva transmisión patrimonial pretendida; al tercerista corresponde la prueba de la antigüedad en el negocio trasmissivo, especialmente si consta en documento privado, y además no basta para acreditar la propiedad que se pruebe dicho negocio, sino que haya sido seguido de tradición; lo que hay que tener en cuenta en orden a la tercería de dominio es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo se efectuó y no a las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad.

INTIMIDACION: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que la intimidación vicie la voluntad del contratante se exige fundamentalmente la existencia de amenaza de un mal inminente y grave que influya sobre su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses (SS. de 15 de diciembre de 1966 y 26 de noviembre de 1985).

RUINA: EL PLAZO DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL ES DE GARANTIA Y NO DE PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si el evento dañoso o ruinoso se produce dentro de los diez años siguientes al término de la construcción, surgirá la obligación de indemnizar; pero una vez que el derecho y la correlativa obligación existen, la acción para lograr su efectividad frente al responsable podrá deducirse, dado su origen contractual, dentro del plazo de quince años que señala el artículo 1.964 del Código Civil, los cuales se contarán desde el día en que la acción pudo ejercitarse, esto es, desde que su titular tuvo conocimiento del daño o la ruina consiguiente; en resumen, el plazo para el ejercicio de la acción de resarcimiento por vicios en la construcción es de quince años señalado para las acciones personales al no tener ningún otro especial, prescripción que se inicia desde que pudo hacerse valer, es decir, desde que se manifiestan los vicios. Siempre, pues, que los vicios se revelen dentro del plazo de diez años, el plazo para ejercer la acción será el de quince años desde la fecha de su revelación. O dicho con otras palabras, el plazo que establece el párrafo primero del artículo 1.591 del Código no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como decenal, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruínógeno forzosamente dentro del plazo de diez años, a contar desde la terminación de la obra, de modo que si transcurre sin haber ocurrido el evento la acción ya no podrá nacer por haber precluido el expresado plazo de garantía; pero una vez nacida la acción, el plazo de prescripción es el general de quince años para las acciones personales.

OPCION DE COMPRA: EFECTO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La opción de compra es una figura *sui generis*, con sustantividad doctrinal propia; su concepto, de construcción doctrinal, está perfectamente delimitado, ya que consiste en conceder al optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, ya que basta para la perfección de la compraventa con el optante que se le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción.

El plazo pactado como de caducidad para el ejercicio o decadencia en su caso del derecho a optar no se confunde con el plazo para el ejercicio de la acción ante los tribunales, pues el optante hace uso de la opción cuando utiliza alguno de los medios legalmente hábiles y eficaces para que su declaración de voluntad llegue a conocimiento del concedente.

En el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione o no. Al consistir el objeto del precontrato de una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento.

LA JURISPRUDENCIA ADMITE LA AUTORIZACION TACITA DEL PROPIETARIO EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE OBRA POR «PRECIO ALZADO». (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El interés del motivo radica en la discrepancia interpretativa que de la frase «autorización del propietario» hace la Sala *a quo* y la entidad recurrente cuando se trata de obras que hubieran originado un aumento del precio convenido y tengan su origen en un contrato de arrendamiento «por un ajuste alzado».

La doctrina construida por este Tribunal respecto de dichos supuestos distingue entre una *Regla General*, habiéndose fijado precio cierto y concreto, no puede legalmente alterarse el mismo —ni por aumento de salarios ni por el valor de los materiales— si no existe cambio de planes y con autorización siempre del propietario; y unas *Excepciones*, cuya construcción jurisprudencial se opera con base en que, como la norma contenida en el artículo 1.593 del Código Civil para los precios de los contratos en él comprendidos no es de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, ello conduce a la posibilidad de revisar los precios.

Sigue manteniéndose como pilar básico para la interpretación del artículo 1.593 del Código Civil algo que dogmáticamente es de claro derecho necesario: que exista autorización del dueño, radicando dicha posibilidad en una más amplia a la vez que flexible interpretación de cómo puede ser entendida la concesión de dicha autorización, habida cuenta que el artículo 1.593 del Código Civil nada especifica a estos efectos; y así, en la exégesis de ese «como» puede señalarse ser suficiente la verbal o la tácita, y no ser necesaria la constancia de la autorización por escrito (SS. de 13-3-1971 y 22-6-1992).

RESPONSABILIDAD DE LOS MEDICOS: ES EXIGIBLE LA APORTACION PROFESIONAL MAS COMPLETA. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina constante de esta Sala proclama que en el enjuiciamiento civil de las conductas de los profesionales médicos se descarta toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, pues la responsabilidad se establece en base a la concurrencia de necesaria relación de causalidad culposa. No se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios que se aportan de la forma más ilimitada posible.

Algo similar sucede con los diagnósticos, que son exigentes en cuanto deben realizarse para alcanzar condición de máxima veracidad accesible. Siempre resulta difícil determinar hasta qué punto se puede medir la certeza médica desde el momento que no es total y deja en muchas ocasiones resquicio al error humano por posibles equivocaciones. No obstante ello, lo que se presenta claro es que si bien no caben exigencias de que se dé rigurosa exactitud, sí en cambio, y no resulta en absoluto disculpable, es que tanto la actividad de diagnosticar como la efectiva de sanar han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto, son censurables y generadores de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos.

LA «TRADITIO» NO ESTA REGIDA POR EL PRINCIPIO DE «NUMERUS CLAUSUS». (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Según la teoría del título y el modo, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguida de la tradición. En cuanto al modo, dice la Sentencia de 20 de octubre de 1989 que se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega material o física de la cosa (tradición real), sino también en virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición cuando medien cualquiera otros actos jurídicos que de forma patente entrañen la misma significación de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada *traditio ficta*, no son sólo los que aparecen relacionados en los artículos 1.462.2.º a 1.464 del Código Civil, al no estar estas formas espiritualizadas de tradición o entrega regidas por el principio del *numerus clausus*, sino todos aquellos de variada índole o naturaleza que de manera contundente e inequívoca revelen que el *tradens* ha puesto real y actualmente la cosa a la plena y única disposición del *accipiens*, con evidente intención por ambas partes de hacerlo así («animus trasferendi et accipiendi dominii»).

LA VIVIENDA HABITUAL PUEDE SER EMBARGADA POR DEUDAS DE UNO SOLO DE LOS CONYUGES. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.320 del Código Civil solamente se refiere a los actos dispositivos de la vivienda habitual realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo

alguno, pues no podía hacerlo, que la referida vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores a virtud de deudas contraídas por uno de los cónyuges, embargabilidad que tampoco aparece prohibida por ningún otro precepto sustantivo o procesal, bastando para realizar dicho embargo cuando la vivienda habitual o una parte indivisa de la misma pertenezca a uno de los cónyuges con que se notifique la demanda y el embargo al otro cónyuge (art. 144.5 RH).

EL «IUS AD REM» ES SOLO UN DERECHO PERSONAL A LA ENTREGA DE LA COSA. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro Derecho positivo sigue el sistema fundado en la teoría del título y el modo, de tal forma que faltando uno de esos requisitos faltará la prueba del dominio; en el presente caso falta el modo, es decir, la entrega o *traditio* de la cosa, ya que ni se ha producido la entrega real de la posesión ni la *traditio ficta*; a la necesidad de que concurren ambos requisitos se refiere la Sentencia de 26 de noviembre de 1991 al decir que «ninguna de estas afirmaciones puede equivaler a que ha existido entrega de las viviendas, en cuyo caso no hubiera sido precedente calificar de *ius ad rem* al derecho de los autores, porque serían auténticos propietarios, titulares de un *ius in re*.

El *ius ad rem* no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa que todavía no se ha producido. El título obligatorio únicamente, sin tradición o entrega, no puede ser protegido por la tercería del dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega, doctrina ésta de total aplicación a las demás acciones protectoras del dominio, como son la reivindicatoria y la declarativa.

ASUNCION DE DEUDA. CONCEPTO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La asunción de deuda se configura como negocio atípico que no representa la extinción de lo debido, sino un cambio subjetivo en la persona de quien debe pagar, pasando a ser deudor el tercero que admite y asume la obligación que pesaba sobre el deudor originario el que se libera de la carga, siempre que conste el consentimiento del acreedor como requisito esencial e ineludible.

PROCEDE LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1 504 AUN EXISTIENDO SUSPENSION DE PAGOS DEL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Incontrovertible el grave incumplimiento en que ha incurrido la compradora, que ha dejado de satisfacer el precio, el motivo único del recurso denuncia violación del artículo 1.124 del Código Civil, que se entiende al no tener en cuenta la Sala sentenciadora que declarada la suspensión de pagos del adquirente la voluntad del deudor queda mediatizada y la entidad suspensa no era libre de pagar o no pagar, argumento inaceptable, pues la declaración judicial de suspensión no produce sobre el deudor ninguno

de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el Juez estime convenientes y siempre contando con el concurso de los interventores, entre otras operaciones, para verificar todo pago, lo que lleva consigo la posibilidad de que aun después de surgida tal situación sean entablados juicios ordinarios contra el suspenso y el ejercicio de las acciones resolutorias del contrato de compraventa, por lo mismo que el comprador, aun en estado de suspensión, viene obligado a satisfacer la parte del precio adeudado, por más que precisa el asentimiento del órgano de intervención.

J. Q. S.

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

ALBACEAZGO. DIFERENCIA ENTRE EXCUSA Y RENUNCIA. FACULTADES DE LOS ALBACEAS. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sección Primera de lo Civil de la Audiencia Provincial de Cádiz, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sanlúcar de Barrameda, conforme a los siguientes fundamentos.

Primer.—El presente recurso se encuentra integrado por tres motivaciones, de las cuales la primera se inserta en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciar por estimar que el Tribunal de apelación incidió en infracción de las normas reguladoras de las Sentencias, concretamente de los artículos 359 LEC y 248 3 LOPJ, al no haberse pronunciado sobre uno de los pedimentos del escrito de demanda el relativo a la solicitada declaración judicial de extinción y liquidación del régimen económico matrimonial correspondiente al primer matrimonio de don Juan Espinar Cuadrado.

Adelantando que tanto la Sentencia de primera instancia como la aquí impugnada son desestimatorias de la demanda y por tanto absolutorias, es ello de completar poniendo de relieve la constante doctrina de esta Sala, a cuyo tenor las Sentencias absolutorias, por regla general y a salvo excepciones aquí no concurrentes, al resolver todas las cuestiones discutidas suponen acatamiento de lo dispuesto en el artículo 359 LEC (Sentencias de 15 de febrero y 14 de diciembre de 1992, 24 de marzo de 1993 y 8 de junio de 1994).

Pero es que además se ha de tener en cuenta algo que en el motivo se silencia: que la Sentencia recurrida confirma la dictada en primera instancia, en la cual se contempla —para desestimarla— la cuestión objeto del motivo.

Segundo.—No mejor suerte casacional merecen los motivos segundo y tercero, en los cuales y bajo el prisma casacional del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil lo imputado a la Sentencia recurrida es: en el segundo, la infracción del artículo 1.402 del CC, en relación con el 1.038 de la LEC, «al

no ser atendida la petición contenida en la demanda rectora del procedimiento relativa a la declaración judicial de extinción y liquidación de la sociedad económico-conyugal de gananciales correspondientes al primer matrimonio del señor Espinar Cuadrado, a pesar de la legitimación que las citadas normas jurídicas otorgan a mi representada y a sus hijos, en nombre de quienes también actúan los fundamentos jurídicos aducidos en dicha primera instancia, haciéndolos suyos sin ningún otro argumento o justificación, ni siquiera fáctica, nos encontraríamos obligados a denunciar la flagrante violación del principio constitucional que prohíbe la indefensión...»; a su vez, en el motivo tercero se denuncia la violación por inaplicación del artículo 675 del CC, «ya que se ha interpretado el testamento sin ser tenida en cuenta la verdadera intención del testador según el mismo tenor de las mismas disposiciones testamentarias», citándose también como infringidos los artículos 899 y 1.281 del mismo texto legal.

El ya anunciado perecimiento de ambas motivaciones tiene como sustento los siguientes supuestos fácticos: 1.º Evidenciado queda que la actora y aquí recurrente era la segunda esposa del causante de la sucesión cuya participación ha sido causa de la litis que aquí se contempla, don Juan Espinar Cuadrado; 2.º De la misma evidencia es que el referido señor, si bien falleció cual acredita la iniciación del presente pleito, se ignora cuándo, «... pues en los autos no figura ni la fecha de su defunción ni la prueba del fallecimiento, pues no se ha propuesto medio alguno que lo acredite...» (fundamento 6.º de la Sentencia impugnada); 3.º Aparece acreditado que el causante otorgó testamento abierto en Sanlúcar de Barrameda el 14 de diciembre de 1959 y que la viuda, doña Regla Gómez Olarte, solicitó y obtuvo copia del mismo el 12 de julio de 1985; 4.º Igualmente consta que en referido testamento se nombre albaceas y contadores-partidores de la herencia con carácter solidario y con las más amplias facultades de interpretación y ejecución del testamento, así como con prórroga del plazo legal hasta un año después del fallecimiento de su esposa, a su hermano don Antonio Espinar Cuadrado y a su hermano político don Ricardo Ollero Montilla; 5.º Fue dictada Sentencia en primera instancia, desestimatoria de la demanda, en cuyo primer fundamento y con referencia al tema de los albaceas se dice: «... dado que no se ha hecho constar la renuncia o no aceptación del cargo y encontrándose éste dentro del plazo, el sentido del fallo contenido en esta resolución no puede ser sino desestimatorio de la pretensión deducida»; 6.º Apelada la Sentencia por la actora, señora Gómez Olarte, se dicta Providencia con fecha 28 de mayo de 1991, señalándose para la vista el 9 de julio de dicho año; 7.º El 14 de junio de 1991 se presenta escrito en el rollo de la Audiencia de Cádiz relativo a la apelación indicada, en el cual se dice tener por evacuado el trámite de instrucción, a la vez que se aporta una fotocopia de documento notarial fechado en Sanlúcar de Barrameda el 19 de abril de 1991 en el que se contiene la renuncia al cargo de albaceas y contadores por parte de los dos señores designados en el testamento del causante, don Juan Espinar Cuadrado.

Tercero.—Los relatados datos conducen a las siguientes conclusiones jurídicas: en primer lugar y por lo que respecta a la presentación del escrito de renuncia de los albaceas-comisarios indicado en el apartado 7.º del presente fundamento, son de confirmar los razonamientos que para su desestimación aparecen en el fundamento tercero de la Sentencia impugnada, a tenor de los cuales y teniendo en cuenta que en el plazo de los seis días que el artículo 707 LEC establece, en relación con el 705, podrán las partes pedir que se reciban

los autos a prueba siempre que concurriese alguna de las causas en lo que permite el artículo 862 de la misma Ley; «... en este caso no se propuso prueba alguna, y sólo en el trámite procesal siguiente al darse traslado a la parte actora-apelante, para instrucción por plazo de cuatro días (art. 709.2.º de la Ley citada), se aportó la escritura pública en la que ante Notario renunciaban los albaceas y comisarios partidores designados por el causante en su testamento, invocando el artículo 863.2.º, en relación con el 506.1.º y el 899 de la repetida Ley...», por lo que se llega a la conclusión de que los preceptos citados no son de aplicación «a las apelaciones de los juicios de menor cuantía, debiendo proponerse la prueba al amparo de lo dispuesto en los números 3.º y 4.º del artículo 862 en el escrito a que se refiere el artículo 707».

En relación con lo indicado es de agregar: a) que encontrándose en poder de la actora-recurrente referida renuncia desde el 19 de abril de 1991, el hecho de no haber sido presentada hasta el momento que se deja indicado es algo de lo que ella es única responsable, razón por la cual no puede invocar indefensión según una muy constante doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, que por su generalidad no es preciso indicar; b) que como se indica en el fundamento 7.º de la resolución recurrida, en todo caso se trata de un hecho nuevo en cuanto propuesto por vez primera en la apelación, por lo que no puede ser tenido en cuenta, ya que de serlo la indefensión se produciría por la parte apelada, y c) que son de tener en cuenta los acertados razonamientos contenidos en la Sentencia recurrida en orden a la distinción entre «excusa» y «renuncia» al cargo de albaceas.

Cuarto.—Ello sentado y dando un paso más en el estudio de estas motivaciones, se hace preciso dirigir la atención sobre las facultades que en este caso podrían tener los albaceas- contadores-partidores designados en el testamento por el causante, señor Espinar Cuadrado, supuesta la ineficacia de su «renuncia» (ya que no «excusa») al desempeño del cargo, lo que les sitúa ante el artículo 898 CC, en virtud del cual el —o los— albacea/s que no se excusaren dentro de los seis días siguientes a aquel en que tengan noticia de su nombramiento se entiende que lo aceptan, excusa que no consta se haya presentado dentro del plazo por dicho precepto establecido, según se declara en la Sentencia de apelación.

La siguiente andadura casacional se proyecta sobre las facultades de dichos albaceas-contadores-partidores en orden a la liquidación del haber hereditario del testador, señor Espinar Cuadrado, a cuyos efectos es importante tener en cuenta que indicándose en su testamento que estaba casado en segundas nupcias con la actora-recurrente y teniendo hijos de ambos matrimonios, la liquidación del «as» hereditario implicaba la de la sociedad ganancial del primero de dichos matrimonios.

Es preciso a tales efectos dejar sentado que tanto doctrinal como jurisprudencialmente prima la tesis de considerar al contador-partidor como un albacea, y consiguientemente a éste con facultades de contador-partidor (Sentencias, entre otras, desde la de 4 de febrero de 1902 y 24 de febrero de 1905, hasta la de 5 de julio de 1947); igualmente es de señalar que, cual ha quedado expuesto en el fundamento 2.º de esta Sentencia, los designados por el testador como albaceas, contadores-partidores, lo fueron a título universal, ya que a ellos se otorgaba la ejecución de la totalidad del testamento; por último, es también de tener en cuenta a estos efectos que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (Sentencias de 18 de abril de 1928, 10 de enero

de 1934 y 17 de abril de 1947, además las Resoluciones de la DGRN de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes —herederos— de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado.

Comentario.—En esta Sentencia se contienen tres declaraciones, más o menos terminantes, que son:

1.^a Suministra base para la extinción entre «excusa» y «renuncia» al cargo de albacea, pues mientras la primera debe efectuarse dentro del plazo de caducidad que establece el artículo 898 del Código Civil (seis días), la renuncia puede efectuarse en cualquier tiempo, como se desprende de los artículos 899 y 900 del Código Civil, con las posibles consecuencias no sólo de las previstas legalmente, sino de tener que indemnizar en el caso de ocasionar perjuicio por tal renuncia a los sucesores o terceras personas (v. gr.: acreedores de la herencia).

2.^a Asimila los cargos de albacea y contador-partidor cuando el albacea es universal, esto es, no se limitan expresamente sus facultades. En principio, la distinción es clara: el contador-partidor tiene un ámbito de actuación que ya delimita su propia denominación, como es contar y partir; en cambio, las facultades del albacea pueden ser muy variadas, entre ellas algunas de índole marcadamente personal o íntima: relativas a exequias, autorización de la extracción de órganos, etc. Pero en la práctica se confunden o identifican ambos cargos, por lo que es admisible tal interpretación.

3.^a En el caso de segundas nupcias, los contadores-partidores o albaceas nombrados en testamento otorgado después de contraído el segundo enlace tienen facultades para liquidar el régimen económico matrimonial del primer matrimonio con la intervención de los sucesores de dicho primer enlace.

TESTAMENTO OLOGRAFO. PATRONATO DE FUNDACION BENEFICA. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1995.)

Don P. M. M. otorgó testamento ológrafo en el que nombró patrono de la fundación que establecía a su heredero fiduciario a don F. M. D. y previno la designación de sucesivos patronos en la cláusula del siguiente tenor literal: «Y al fallecimiento de mi único heredero fiduciario le sustituirá otro pariente de la línea paterna o materna, que sea de carrera facultativa, mayor de veinticinco años, que será nombrado por otros parientes, como don Pablo Salas, don Alvaro Diezquijada y don Gonzalo Herrero Diezquijada, que en unión del alcalde y párroco de Cevico de la Torre, con cinco mayores contribuyentes, *nombraron* el que ha de sustituir al primero, siendo precisamente uno de los tres señalados anteriormente, y si no fuese bastante, serían dos y todos los tres».

Don R. S. J. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía que corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palencia, en la que solicita se declare que la interpretación correcta del referenciado testamento de don P. M. M. implica que corresponde exclusivamente a la Junta de electores la determinación de si debe ser unipersonal o colegiado el cargo de patrono de la fundación «Asilo de Santa Eugenia» de Cevico de la Torre. O, subsidiariamente respetando la intervención decisiva, para la designación de la

Junta electoral de patrono, de Cevico de la Torre, declare que este patronato debe ser unipersonal.

El Juzgado desestima la demanda, declarando que no ha lugar a formular las declaraciones postuladas, y la Sentencia de éste fue revocada por la Audiencia Provincial de Palencia, que declara corresponde exclusivamente a la Junta de electores la determinación de si debe ser unipersonal o colegiado el cargo de patrono de la fundación «Asilo de Santa Eugenia» de Cevico de la Torre.

Contra esta Sentencia se interponen dos recursos de casación por uno de los demandados, don L. B. B., y el otro por el Abogado del Estado, siendo ambos desestimados conforme a los siguientes fundamentos:

A) RECURSO DE DON LUIS BARCO BALBOA

Primero.—Plantea dicho recurrente haber incurrido el Tribunal de Apelación en error apreciativo de prueba, conforme autoriza el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y señala al efecto como documentos base el acta notarial de fecha 25 de septiembre de 1979, la cual, a instancia del actor del pleito —parte recurrida—, don Remigio de Salas Jalón, recoge el resultado de la Junta de electores del Patronato de la Fundación «Asilo de Santa Eugenia» de Cevico de la Torre (Palencia) sobre nombramiento de patrono de dicha institución, resultado de la deliberación y votación, y hace constar que dos de los integrantes se manifestaron en favor de un patronato colectivo. Los ocho restantes se decidieron por un patronato individual, proponiendo cinco de ellos a don Remigio de Salas Jalón, dos de ellos a don Jesús Peñalba Font (demandado rebelde) y uno al recurrente don Luis Barco Balboa.

Se argumenta para apoyar el error de prueba que se denuncia que la Sentencia recurrida declara que el litigio se planteó sólo contra la Administración del Estado y los dos demandados mencionados, cuando el acta dicha refleja que hubo tres personas a favor de aquellos interpelados, en contra de don Remigio de Salas y otros dos no identificados que se pronunciaron por patronato colectivo, los que no fueron llamados al pleito. Lo que en realidad se está planteando es la concurrencia de situación de litisconsorcio pasivo necesario, que la Sala Sentenciadora rechazó toda vez que en la demanda rectora se postuló el reconocimiento de las facultades soberanas de la Junta de electores en cuanto a la constitución del patronato de referencia y por tanto en nada contradice la postura de los integrantes de la misma, conforme expresa el acta y hace innecesaria su vocación procesal.

No se trata de propio error determinante del fallo, con lo que la impugnación perece, máxime cuando el documento de apoyo es un acta notarial, documento que esta Sala ha decretado no reúne características de literosuficiencia para abrir brecha en los hechos probados, los que han sido objeto de valoración con las demás pruebas practicadas (SS. 20 marzo, 18 y 19 diciembre 1991, entre otras)

Tampoco procede apoyar error en prueba en Sentencia judicial, como se hace en relación a la de fecha 20 de diciembre de 1985, que pronunció la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, pues es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que las Sentencias recaídas en otros procesos carecen de eficacia suficiente para apreciar error probatorio, ya que

se trata sólo de resoluciones documentadas en los correspondientes procesos ajenos (SS. 22 diciembre 1987, 3 febrero 1990, 10 marzo 1993, citada en la de 26 octubre 1993).

Lo mismo sucede con la documentación administrativa que se señala, integrada por certificación al Secretario General de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Palencia, expedido el 10 de diciembre de 1990, certificado del Ministerio de Trabajo de 11 de mayo de 1988, y reseñas periódicas que se aportaron, y que no representan otra cosa que una crítica a la gestión como patrono por parte de don Remigio de Salas Jalón, tratándose de cuestión que no conforma el debate procesal que se enjuicia. Por otra parte, no reúnen dichos documentos condición de literosuficiencia al ser reputados inidóneos a tales efectos, según reiterada y consolidada doctrina de esta Sala (SS. 11 y 15 octubre 1990, 4 marzo 1991 y 11 marzo 1991).

El motivo se desestima.

Segundo.—El recurrente centra su impugnación casacional en lo que constituye propiamente el tema principal de la controversia, al sostener en el motivo dos interpretación errónea del artículo 675 del Código Civil, al amparo del número 5.º del precepto procesal 1.692. Al efecto, ataca la Sentencia de apelación con la argumentación de haberse efectuado equivocada interpretación del testamento ológrafo del fundador del asilo, don Pedro Monedero Martín, otorgado en fecha 26 de agosto de 1989 y protocolizado por acta notarial de 25 de julio de 1898.

La Sala de Instancia atendió al sentido literal y gramatical de dicha disposición testamentaria en cuanto expresa bien claramente: «Y al fallecimiento de mi único heredero fiduciario le sustituirá otro pariente de la línea paterna o materna, que sea de carrera facultativa, mayor de veinticinco años, que será nombrado por otros parientes como don Pablo Salas, don Alvaro Diezquijada y don Gonzalo Herrero Diezquijada, que en unión del alcalde y párroco de Cevico de la Torre con cinco mayores contribuyentes *nombraron* el que ha de sustituir al primero, siendo precisamente uno de los tres señalados anteriormente y si no fuese bastante, serían dos y todos los tres». En realidad el testador lo que llevó a cabo fue el nombramiento directo del primer patrono, que recayó en el heredero fiduciario don Fernando Monedero Diezquijada y sus sustitutos, a favor de uno de los tres que nomina y sólo cuando fuera necesario serían patronos dos de ellos o tres en conjunto.

La problemática interpretativa surge respecto a las titularidades patronales sucesivas al haberse agotado las designadas por el testador. La Sentencia en recurso pone de manifiesto una precisa y adecuada labor judicial de conveniente hermenéutica testamentaria, proyectada sobre la literalidad de la cláusula controvertida dicha, para alcanzar la conclusión, que conforma el fallo pronunciado, respecto a que corresponde a la llamada Junta de electores, de forma exclusiva, la determinación de si debe ser unipersonal o colegiado el cargo de patrono de la fundación de referencia, con lo que no vino a desestimar la petición subsidiaria que contiene la demanda, de que el patrono ha de constituirse en todo caso una sola persona.

El recurrente sostiene la tesis contraria al estimar que el patronato debería ser plural, con lo cual se pretende despojar a la Junta de las facultades decisorias que el causante le otorgó.

La cláusula testamentaria que se interpreta tiene dos lecturas. Una en versión singular, ya que se está refiriendo a patrono único, y así se deduce de los vocablos «único heredero», «otro», «será nombrado» «el primero» y «uno».

La otra se proyecta sobre patronato plural de dos o tres personas cuando no fuese bastante, es decir, como participio activo del verbo bastar, equivale a ser insuficiente y no prestarse adecuadamente el cargo cuando fuera desempeñado por una sola persona, pues lo desborda, con repercusión negativa en la marcha de la función benéfica que el otorgante atribuyó a la fundación del asilo.

De esta manera recobra pleno protagonismo la Junta de electores, a la que le corresponderá en todo caso la designación del patrono o patronos, al presentarse la ocasión y a efectos de cumplir rectamente este poder de decisión que el testador le otorgó sin la menor duda, con lo que la Junta deberá proceder previamente a la deliberación y ponderación de las causas concurrentes, que pueden ser variables en cada supuesto, para establecer, en primer lugar, si en dicho momento es conveniente que el patronato recaiga en una sola persona o, por el contrario, en dos o en tres; y cumplido tal trámite, para lo que lógicamente puede recabar las informaciones, datos y asesoramientos que se tengan por más convenientes, proceder a la designación nominal de la persona o personas que se estimen más adecuadas e idóneas para desempeñar el cargo, en sujeción más conforme y de esta manera a la voluntad testamentaria del fundador.

Por tanto, deliberación y nombramiento se presentan como actuaciones útiles y precisas a llevar a cabo por la referida Junta de electores y en atención a las circunstancias concurrentes, derivadas de la propia dinámica del funcionamiento del asilo y exigencias impuestas o sobrevenidas que el causante, si bien no pudo precisar, sí resultó previsor al señalar posibilidad del patronato plural. Tales circunstancias se hacen más complejas en los actuales tiempos, tanto en el orden administrativo como en lo social y tributario, pero no es función de los Tribunales el precisarlas, pues ello supondría atacar al poder decisorio de la Junta, que se presenta pleno y exclusivo según la literalidad del testamento y lo que expresa el vocablo «nombran». Por tanto, son rotundas y contundentes las atribuciones que le fueron concedidas.

El motivo se desestima.

Tercero.—Se reproduce el motivo tres, con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, el alegato ya estudiado en el primero, de darse situación de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que su claudicación se impone, conforme a lo que ya se deja expuesto y con mayores razones de rechazo, al tener en cuenta que la llamada de los herederos de la testadora, aparte de que no se acreditó que concurrieran con la condición de herederos forzosos, pues aquel era de condición soltero al tiempo de testar y de fallecer, resultaría superflua, toda vez que ningún interés hereditario constatado les asiste respecto a una manda específica tan antigua, que ha venido ejercitándose a lo largo del tiempo sin problemática sucesoria alguna y concretamente sobre si el patronato lo deben desempeñar una o varias personas.

En relación a los integrantes a la Junta de electores, tampoco es de necesidad su vocación al proceso ya que la controversia se centra sobre interpretación de cláusula testamentaria y no consta acreditado que los integrantes de aquélla se opusieran o discreparan de la misma, pues la Sentencia recurrida establece como hecho no combatido que sólo los demandados, el que recurre don Luis Barco Balboa y don Jesús Peñalba Font, que son precisamente los únicos aspirantes a desempeñar el cargo de patrono, los que han mostrado su oposición a su ejercicio por una sola persona, lo que sí justifica su llamada al proceso, pero en forma alguna respecto a cada uno de los componentes de la Junta, como ya quedó justificado y con independencia de que reúnan la con-

dición o no de ser parientes del testador, pues dicho órgano no intervino directamente en ningún acto negocial y pudiera por tanto resultar afectado por la resolución que se dicte, causando indefensión al no habersele propiciado ocasión para concurrir al pleito y alegar sus pretensiones, sino que más bien limita sus funciones a llevar a cabo las designaciones patronales que fijó don Pedro Monedero Martín, sin haberse justificado a su vez que hubieran mostrado interés decidido o producido actos determinativos para sostener decisión firme sobre la unidad o pluralidad patronal, salvo las expresas contenidas en cada designación.

Cuarto.—La no acogida del recurso determina que las costas correspondiente al mismo se impongan al litigante expresado que lo formalizó, conforme al artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B) RECURSO DEL ABOGADO DEL ESTADO

Primero.—En su motivo uno también viene a plantear error en la apreciación de la prueba, conforme al artículo 1.692.4.º de la Ley Procesal Civil, que trata de fundar en las Sentencias que aporta, dictadas todas ellas en la órbita de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así las de 28 de octubre de 1981, de la Audiencia Nacional, y las de 24 de diciembre de 1985 y 20 de diciembre de 1985, dictadas por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y la de 11 de junio de 1987, que pronunció la Sala Especial de Revisión de dicho Alto Tribunal.

Todas estas resoluciones se pronuncian sobre la impugnación de concretos actos administrativos y aunque afrontan lateralmente el problema de la interpretación de la cláusula testamentaria debatida en esta litis, en forma alguna tal decisión se puede imponer a los Tribunales del orden civil; pues si bien el artículo 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 autoriza el conocimiento sólo de cuestiones incidentales no pertenecientes al orden administrativo, la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso administrativo y cabe en todo caso ser revisada por la jurisdicción competente, en este la Jurisdicción Civil que a NOS corresponde ejercitar en forma decisiva plena, ya que el objeto del pleito tiene indudable dimensión jurídica de orden privado-civil, lo que integra jurisprudencia consolidada de esta Sala en cuanto no se ejerce y proyecta sobre un propio acto administrativo ni tiene referencia y relación con prestación de servicios públicos.

Todas estas razones, a las que ha de agregarse la inidoneidad de las Sentencias referenciadas como documentos propios a efectos de acreditar error probatorio con vicio de defectuosa apreciación, ocasionan que se dé ausencia de documento de apoyo y acarrea la improcedencia del motivo.

Segundo.—El Abogado del Estado, en su condición de recurrente, también aduce infracción por violación del artículo 675, en relación al 1-6 del Código Civil, al propiciar y sostener tesis a favor del patronato plural, para lo que se apoya en las resoluciones administrativas que cita y que así lo entendieron, tratándose de una interpretación meramente administrativa que no puede pretedeterminar, fijar de antemano y menos resultar decisiva y firme, respecto a lo que corresponde decir a los Tribunales de orden civil (SS. 17 junio 1988 y 5 marzo 1991), al ser los únicos competentes para emitir definitivamente en este trámite casacional la decisión final adecuada y que ha de vincular a todos los interesados, incluida la Administración del Estado.

No conviene olvidar que la materia sucesoria la voluntad testamentaria es soberana dentro de los límites de la legalidad y toda actividad judicial interpretativa ha de orientarse en la búsqueda y precisión de la voluntad real del causante, al tratarse de declaraciones no recepticias que se manifiestan en forma totalmente unilateral, por lo que no sucede, como en los negocios contractuales, que haya de tenerse en cuenta los intereses y voluntades de otras partes, que no son precisamente contrapartes testamentarias. Cuando como ocurre en este caso la literalidad de la cláusula se presente suficientemente expresiva y diáfana, ha de estarse a la misma, y así la Sala de Apelación observó con todo acierto dicha regla sin necesidad de acudir a actividades exegéticas respecto a otras disposiciones ni a los llamados medios de prueba extrínsecos (SS. 11 diciembre 1991, 6 abril 1992 y 31 diciembre 1991, entre otras).

Habiendo quedado ya establecida y decidida la cuestión eje del pleito sobre la procedencia de la dirección colegiada o unipersonal integradora de la fundación benéfica de referencia, el motivo carece de toda consistencia estimatoria y ha de decretarse su rechazo.

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. DONACION. CAPACIDAD DEL DONANTE. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1995.)

Don J. C. S. otorgó testamento notarial abierto el 3 de noviembre de 1982 y el 14 de diciembre siguiente ante distinto Notario, escritura de donación de inmuebles, apreciando ambos fedatarios, como es lógico, positivamente la capacidad del testador y donante, quien venía siendo tratado desde el 25 de octubre del mismo año en una clínica de insuficiencia vascular cerebral que se traduce en demencia senil.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, mantiene la doctrina tradicional en este punto consistente en la presunción favorable a la capacidad en tanto no haya sido desvirtuado por prueba plena en contrario, lo que no ocurre en el presente caso, en el que el propio doctor-director del centro que le trataba dictamina que el día 14 de diciembre de 1982 era capaz de regir sus bienes, ya que dicho paciente no tenía un síndrome demencial totalmente instaurado, sino que lo iniciaba y por lo tanto tenía lucidez. Y otro facultativo certifica que en el terreno psiquiátrico es prácticamente imposible *a posteriori* determinar el grado de lucidez de una persona que ha sido diagnosticada previamente de demente senil.

LEGADO. COLISION ENTRE NORMAS CIVILES Y ADMINISTRATIVAS. VALIDEZ DE LEGADO. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1995.)

Pretendida la nulidad del legado por el que la causante legó al hijo demandado, apelado y recurrente la titularidad del negocio de Administración de Lotería debiendo asociar a la dirección del mismo a su hermano Raúl, gratificándose la dedicación de ambos con un 40 por 100 de los beneficios netos para cada uno y legando el 20 por 100 restante por sextas partes a sus hijos, reconocido este derecho por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, frente al criterio contrario del Juzgado de Primera Instancia número 2 de

Córdoba, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso confirmando la Sentencia de la Audiencia, y así desestima la pretensión anulatoria del legado basada en la contradicción del mismo con lo que sobre el particular de participación en comisiones de Administraciones de Loterías establece el artículo 183, en relación con el 302 de la Instrucción General de Loterías, pues «la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SS. 13 mayo 1980, 7 julio 1981, 7 abril 1983 y 17 octubre 1987) y el principio de nulidad del acto contrario a la Ley no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino flexible (SS. 9 octubre 1963 y 27 febrero 1964)». Al propio tiempo, subraya la circunstancia de que durante más de dos años la conducta del recurrente abonando puntualmente la participación que la cláusula testamentaria impuso es muy significativa. Aludiendo o aplicando implícitamente la doctrina de los actos propios. Concluyendo que en caso del traspaso tienen derecho los otros hermanos del titular a percibir la participación correspondiente.

COMUNIDAD HEREDITARIA. REINTEGRACION A LA MISMA DEL VALOR DE LA VIVIENDA OBJETO DEL CONTRATO DE CESION POR ALIMENTOS Y ASISTENCIA DE POR VIDA Y RESTITUCION DEL PRECIO DE LOS ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1995)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Matías Malpica y González-Elípe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley contra la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Burgos, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, que condenó a los demandados (luego apelantes y recurrentes) a restituir el importe del precio de la vivienda adquirida por la causante a la comunidad hereditaria de la misma, quien deberá restituir a los demandados el precio de los alimentos satisfechos desde el momento de la cesión hasta el del fallecimiento de dicha causante, con los correspondientes intereses legales desde la venta de la vivienda a terceros.

El fundamento de los Tribunales de instancia, que hace suyo el Supremo, consiste en que al concertar la causante la cesión de vivienda a cambio de alimentos a uno de sus hijos no se quedó con otros bienes, procediendo a eludir lo dispuesto en el artículo 806 del Código Civil, esto es, los derechos legitimarios de los restantes hermanos del cesionario, para sustraer la vivienda de la sucesión en perjuicio del resto de los legitimarios.

PRETERICION NO INTENCIONAL. EFECTOS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante, con base a las siguientes consideraciones:

Primero.—Doña Agustina Morales Jiménez, en su carácter de representante legal de su hija Cristina Cáceres Morales, promovió juicio declarativo de menor cuantía contra los hermanos doña Angela y don Tomás Cáceres Rodri-

guez y la madre de éstos, doña Catalina Rodríguez Granada, a fin de que la Sentencia a dictar procediera a: anular la institución de herederos hecha por don Jerónimo Cáceres Galindo en su testamento de 29 de enero de 1982, reducir por inoficioso el legado en favor de la esposa y abrir la sucesión intestada del haber hereditario restante, cuyas pretensiones se basaban en las siguientes alegaciones fácticas: 1.ª El 19 de diciembre de 1986 falleció en Coslada don Jerónimo Cáceres Galindo, casado con doña Catalina Rodríguez Granada, y de su único matrimonio por el contraído tuvo dos hijos, doña Angela y don Tomás Cáceres Rodríguez, que le sobrevivieron. 2.ª El finado en 29 de enero de 1982 había otorgado testamento abierto, legando a su esposa el usufructo vitalicio de su herencia, con el que se entenderá pagada su legítima, e instituyendo como únicos y universales herederos, por partes iguales, a sus dos hijos ya expresados, testamento el indicado que se hallaba en vigor al momento de la muerte del causante, y 3.ª Con posterioridad al otorgamiento del testamento y antes de que se abriera la sucesión nació en Coslada la niña Cristina Cáceres Morales el 9 de abril de 1985, que aparece inscrita en el Registro Civil de Coslada como hija no matrimonial de don Jerónimo Cáceres Galindo y doña Agustina Morales Jiménez, niña que sobrevivió al padre. El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, por Sentencia de 18 de julio de 1988 y con estimación de la demanda, declaró que procedía anular la institución de heredero hecha por don Jerónimo Cáceres Galindo en su testamento de 29 de enero de 1982, reducir por inoficioso el legado en favor de la esposa doña Catalina Rodríguez Granada y abrir la sucesión intestada del haber hereditario restante, pronunciamientos que fueron íntegramente confirmados por la dictada en 27 de mayo de 1991 por la Sección 10 de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, y es esta segunda Sentencia la recurrida en casación por doña Angela Cáceres Rodríguez a través de la formulación de tres motivos amparados, de modo respectivo, en los ordinales 3.º, 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril.

Segundo.—En el primer motivo del recurso, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, que han producido indefensión, se invoca la infracción de lo dispuesto en los artículos 681, 682, 261.4., 270, 271 y 274 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lleva aparejada la nulidad *ab initio*, la del emplazamiento, que determina el párrafo 1.º del artículo 279 de dicha Ley y, en consecuencia, de la totalidad de lo actuado, argumentándose, en síntesis, lo siguiente: Los tres demandados, que debían ser parte en el juicio declarativo en cuestión, dependía de un acto de comunicación para su personación en las actuaciones, que era el emplazamiento y entrega de la copia de la demanda y documentos. Nunca fueron emplazados y se infringió lo dispuesto en los artículos expresados. Tampoco puede considerarse emplazada la parte demandada por la simple remisión, por correo certificado y con acuse de recibo, de unas cédulas de citación cuya fecha de expedición está rectificadas, en las que se utiliza la expresión «por primera vez», que supone una continuación y como mínimo, una «segunda», en las que, igualmente, se hace constar «a fin de practicar unas diligencias», indeterminación que hubiera podido eludirse por la fórmula «ser emplazados»; en cuyo texto se cita para el día 30 de abril de 1987 y que son remitidas en sobres del día 18 de mayo de 1987. Tales quebrantamientos han producido total indefensión para la recurrente, con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, cual recoge el número 3.º

del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conculcándose así el principio de tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución. Se tiene derecho a un juicio justo ante Juez imparcial y toda persona tiene derecho a ser oída, según disponen los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución. La recurrente se ha visto privada de los principios de contradicción, defensa y aportación de prueba, se ha alegado la indefensión y se ha pretendido su subsanación, sin resultado. Es inadmisibles la interpretación que la Audiencia plasma en el fundamento derecho 1.º de su Sentencia. Se dice que «en definitiva, fue la pasividad, realmente anómala y sorprendente, de la apelante un elemento decisivo para situarse en la indefensión que denuncia», manifestación que no puede tolerarse pues la indefensión no puede ser achacada sino al incorrecto proceder del Juzgado. Las alegaciones a que se refiere la Audiencia se han limitado al informe oral en el acto de la vista del recurso de apelación y la prueba practicada en segunda instancia ha sido la «única útil y pertinente», pero a juicio de la Sala. No cuantos apartados integraban la documental pública propuesta y constituida toda ella por escrituras notariales, cual la otorgada el 13 de mayo de 1987, por la que la actora y los demandados, ignorantes estos de la existencia de la litis, y como únicos interesados en la sucesión testada de don Jerónimo, bajo testamento de 29 de enero de 1982, nombraron a dos Letrados del Colegio de Abogados de Madrid, para que intervinieran en dicha sucesión, formalizando las correspondientes operaciones; que fueron consideradas innecesarias. ¿No se ha producido indefensión?

Tercero.—Aunque el quebrantamiento de las normas procesales refiérase, sustancialmente, a las concernientes al emplazamiento en orden a la personación de los codemandados y contestación de la demanda, en el motivo parece aludirse, también, al derivado de la inadmisión de parte de la prueba propuesta en segunda instancia, concretamente, la documental pública solicitada en los apartados A), B) y C), por Auto de la Sala de Instancia de 11 de mayo de 1990. Esta posible vulneración carece de toda razón de ser, en primer lugar, de manera primordial, porque corresponde al órgano jurisdiccional la facultad de rechazar las pruebas que, a su juicio sean impertinentes o inútiles, artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya decisión no es susceptible de recurso, y, en segundo término, porque el meritado auto fue consentido por la parte, sin que por la misma se hubiera formulado propuesta alguna, artículo 1.693 de la precitada Ley, aparte de la inexistencia de constancia acerca de la indefensión que hubiera podido originarse.

Cuarto.—En relación con el sustancial quebrantamiento denunciado, el simple examen de las cédulas de citación conduce a coincidir con la parte recurrente en el juicio negativo en orden a su validez, coincidente, asimismo, con el que sustentó, en principio, el Tribunal *a quo*, ahora bien, para que pueda acogerse en vía casacional, la infracción de los preceptos procesales concretos que se reseñan en el motivo, es indispensable la concurrencia de dos elementos esenciales: haberse producido una situación de indefensión para la parte y pedida la subsanación de la falta en la instancia en que se hubiere cometido, como se infiere claramente de las prescripciones contenidas en el ordinal 3.º del artículo 1.692 y en el artículo 1.693, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y aún cuando el segundo elemento se viene a caracterizar por una protesta explícita ante el Juez, no puede menos de tomarse en consideración, a efectos casacionales, una conducta o actitud que revele un comportamiento conformista respecto a la infracción acaecida, siendo esto, precisamente, lo que se destacó en el primer fundamento de derecho de la Sentencia

recurrida, toda vez que los demandados tuvieron oportunidad de acudir al Juzgado para esclarecer las evidentes anomalías que presentaban las cédulas de citación. Además, por lo que respecta al primer elemento, es de tener en cuenta, como también se destacó en el susodicho fundamento, que la cuestión litigiosa versó sobre extremos exclusivamente jurídicos y que sobre los hechos que la sustentaban existió un total consenso entre las partes, lo que lleva a concluir que no cabe estimar se hubiera producido una situación de indefensión, ya que la recurrente tuvo ocasión en el trámite de apelación de exponer las alegaciones convenientes a su derecho, y de aquí, que, con arreglo a las consideraciones precedentes, se imponga concluir, a su vez, que el Tribunal *a quo* no vulneró las normas que rigen los actos y garantías procesales, originándose, así, la claudicación del motivo estudiado.

Quinto.—En el segundo motivo, formulado, al igual que el tercero, con carácter subsidiario, se alega error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, concretamente, el testamento de don Jerónimo Cáceres Galindo, que demuestra la evidente equivocación del Juzgador al entender que el legado establecido en favor de la esposa del testador afecta a la legítima de los herederos, razonándose, resumidamente, lo que sigue: Dicho testamento, otorgado el 29 de enero de 1982 y no contradicho por ningún otro elemento probatorio, demuestra, por la simple lectura de su disposición primera, el error en que ha incurrido tanto el Juzgado como la Audiencia. El testador dispone: «1.º Lega a su esposa doña Catalina Rodríguez Granada el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con facultad de tomar por sí posesión del legado, con el que se entenderá pagada su legítima. El heredero que no respete esta voluntad tomará sólo su legítima estricta; y si ninguno lo hiciere, tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria». El testador prevé que ningún heredero acepte su voluntad, cual es el caso presente y sean herederos preteridos o no, y para tal supuesto, en el que nos encontramos, decide que «tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria», y ello no es inoficioso. El legado a la esposa del tercio de libre disposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 808.3.º del Código Civil, además del usufructo a que se refiere el artículo 834, es absolutamente correcto y hay que respetar la voluntad última del causante, y no puede calificarse de inoficioso el expresado legado. Bajo el imperio del Derecho común era frecuente que los testadores dejaran a sus hijos una porción hereditaria que excediera de la legítima, pero sometida a limitaciones o gravámenes, y si el hijo no se hacía cargo de estos o atacaba la última voluntad, debía dejársele reducido a la legítima estricta. Según Roca Sastre esta cautela Socini o Gualdense es una cláusula lícita, y añade Vallet de Goytisolo que si al testador no le es lícito gravar la legítima del hijo, en cambio no es ilícito que el hijo acepte cualquier gravamen sobre su legítima. Y continúa Roca, el legislador no se entromete en la libre opción del legitimario. Puig Brutau termina resumiendo que esta cláusula es completamente admisible, y el Tribunal Supremo aceptó su validez en Sentencia de 12 de diciembre de 1958. En el caso presente se rechaza el gravamen y los herederos recibirán por terceras e iguales partes sus correspondientes cuotas en los tercios de mejora y legítima, pero sigue vigente el resto de la cláusula testamentaria, y tomará la viuda el tercio de libre disposición en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria y al no entenderlo así, la Sentencia impugnada ha incurrido en un claro error en la apreciación de la prueba.

Sexto.—Este motivo ha de correr la misma suerte que el anterior, o sea, su inviabilidad, y ello, no ya porque el Tribunal *a quo* ha valorado el testamento otorgado por don Jerónimo Cáceres Galindo, sino, esencialmente, porque en el motivo no se realiza una verdadera exposición del error de hecho en que aquel hubiera podido incidir en relación con dicho documento, en cuanto que lo llevado a cabo ha sido hacer en realidad, una interpretación con alcance y significación jurídica en torno a la primera disposición testamentaria del referido señor, lo cual, en su caso, habría supuesto la comisión de un error de derecho y denunciado, por tanto, a través del cauce del ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de utilizar, como se ha hecho, la vía del ordinal 4 del indicado precepto. Pero es que, además, el meritado Tribunal ha efectuado una correcta valoración de la disposición en cuestión, ya que en el caso de autos no concurre ninguna de las circunstancias fácticas que se ponen de manifiesto en el segundo apartado de aquella: un heredero o herederos todos que no respete o respeten la voluntad testamentaria, *factum* que no se corresponde, desde luego, con el concurrente en autos: preterición no intencional de la heredera forzosa, Cristina Cáceres Morales, a cuya legítima perjudica, indudablemente, el legado universal y vitalicio en favor de la viuda, como acertadamente consideró el Tribunal *a quo*.

Séptimo.—En el último motivo del recurso, tercero de los formulados, se aduce la infracción del artículo 814 del Código Civil, que pretende basarse en las siguientes reflexiones. En el segundo fundamento de la Sentencia recurrida se dice que: «La parte apelante estima que el legado establecido en favor de la esposa del testador no afecta a la legítima del heredero preterido por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 814.2º, no cabe la anulación de la institución de heredero». Nunca ha dicho esta parte que no quepa la anulación referida, lo que sería absurdo al haberse dado la preterición no intencional de un hijo, nacido con posterioridad al otorgamiento del testamento. Lo que se ha mantenido es que, habiéndose producido dicha preterición, resulta de plena aplicación el contenido del número 2 del artículo 814, así como el último párrafo del mismo, siendo estas las normas que han sido infringidas. Por consiguiente, y dándose la preterición no intencional, debe anularse la institución de herederos hecha por el testador a favor de sus hijos matrimoniales, para que así reciban cada uno de los tres hijos una tercera e igual parte en los tercios de mejora y legítima, pero manteniéndose la validez del legado del tercio de libre disposición a favor de la viuda, así como la cuota legal usufructuaria, para que tenga preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador. Este artículo distingue entre la anulación de la institución de heredero, es decir, la disposición testamentaria que afecta a la parte personal de la sucesión, y las mandas y mejoras, esto es, sobre lo que el testador dispone con referencia a su patrimonio material (S. 22 mayo 1950) y sostiene Albadalejo que la nulidad no alcanza a las mejoras, aunque hayan sido hechas a título de herencia, y el mismo criterio mantiene Bonet al decir que abierta la sucesión intestada para los legitimatarios, ésta será total si el testador hubiera dispuesto de todos sus bienes por título universal a favor de los otros herederos cuya institución se anula, y parcial, si hubiera hecho disposiciones a título singular, las cuales, subsistirán en cuanto se hallen dentro de la porción libre.

Octavo. Realmente, la tesis que viene manteniéndose por la parte recurrente distorsiona la voluntad testamentaria de don Jerónimo Cáceres y supone aplicar al testamento una interpretación amplia, incompatible con la literalidad de su primera disposición, respecto a la cual, cabe afirmar que no

contuvo, ni siquiera indiciariamente, alusión alguna a una posible preterición, ya que de modo explícito mencionó tener dos hijos del único matrimonio contraído, llamados Angela y Tomás Cáceres Rodríguez, a los que instituyó por sus únicos y universales herederos, y son a ellos, sin género de duda, a quienes se está refiriendo el testador en la citada disposición cuando expresa: «El heredero que no respete esta voluntad tomará sólo su legítima estricta; y si ninguno lo hiciere tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria», es decir, que esta última consecuencia querida e impuesta por el testador se encontraba condicionada a las referidas circunstancias fácticas: falta de respeto de los herederos a la voluntad manifestada en el testamento, que, como se apuntaba en el sexto fundamento de la presente, no guardaban ninguna relación con el *factum* de autos: preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento, y dado, por otro lado, como, así mismo, se razonaba en el fundamento de referencia, en plena coincidencia con el segundo de la Sentencia recurrida, que la cuota legitimaria de dicha heredad quedaba perjudicada con el legado instituido en favor de la esposa, resultaba forzoso concluir, sin necesidad de mayores argumentos, que el Tribunal *a quo* no infringió, en sentido alguno, el artículo 814 del Código Civil, lo que produce el fracaso del último motivo analizado, y de aquí, que atendiendo a criterios y en términos puramente casacionales, se imponga el total mantenimiento de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida. La improcedencia de todos los motivos formulados en el recurso de casación interpuesto por doña Angela Cáceres Rodríguez, lleva consigo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del rito artículo 1.715, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de las costas a la parte recurrente, y la pérdida del depósito constituido.

PARTICION. NULIDAD. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1993.)

El artículo 1.057.1.º del Código Civil tiene carácter imperativo.

Se solicita por los demandantes, hijos de la testadora, frente a su padre y madrastra, se declare la nulidad de la escritura pública por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia de su madre, en las que habían sido representados por un defensor judicial, en razón a que no se habían reintegrado los bienes propios de la causante, enajenados constante su matrimonio, ni se habían incluido en el inventario bienes que eran gananciales por haberse adquirido durante el matrimonio en documentos privados y una vez fallecida su madre se escribieron a nombre de su padre, así como porque existían defectuosísimas valoraciones de bienes muebles, que se habían infravalorado en el inventario además de no describirse. Y solicitaron también se declarase el carácter reservable de los bienes adquiridos por su padre con cargo al tercio de libre disposición.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Sevilla estimó parcialmente la demanda, declarando que la escritura de partición debía ser adicionada o complementada, al estimar determinados bienes como gananciales y la obligación de reservar los bienes inmuebles que se asignaron al viudo en pago del tercio de libre disposición que heredó de su esposa. Apelada la Sentencia por ambas partes litigantes, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla rechaza el recurso de los actores, revoca de la primera ins-

tancia en cuanto a la adición y complemento de la partición y la confirma exclusivamente en cuanto a la declaración de reservables de los bienes heredados.

Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al mismo, pues de los documentos que reseña, junto con otras pruebas corroboradoras de los mismos, se deduce inequívocamente que existían bienes muebles privativos de la testadora que no se partieron, sino que fueron enajenados después de su muerte por el padre de los recurrentes como propios, al igual que no se partieron los bienes comprados en documentos privados durante el primer matrimonio pero escriturados a nombre del padre ya en estado de viudo, por lo que son gananciales que debieron incluirse en la partición; y porque consta probado que los bienes vendidos durante el matrimonio eran privativos de la testadora, por lo que debían de haberse reintegrado antes de liquidar y partir la masa ganancial. Y debe procederse a una nueva partición, ya que la Sentencia de primera instancia resaltó la gran importancia que tenían en esta herencia los bienes privativos de la causante enajenados durante el matrimonio, hasta el punto que de haberse producido su reintegración posiblemente no hubieran sobrado gananciales. Ello es índice elocuente de que no se está en la órbita de aplicación del artículo 1.079 del Código Civil, pues no basta una partición complementaria para subsanar la omisión de preceptos esenciales en la partición como el artículo 1.422 (vigente el realizarse), que tiene su continuidad de forma más inequívoca en el actual artículo 1.398 en cuanto a la enajenación de bienes privativos en interés de la sociedad de gananciales, ya que puede dar lugar a que no haya masa ganancial partible, y necesariamente a una partición de la herencia en sentido estricto muy diferente de la verificada. Si, como ha declarado esta Sala, en materia de agravios patrimoniales en la partición «se deberá volver a hacer si los errores y lesión son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar (SS. 31 mayo 1960 y las que cita), no hay ninguna razón para no aplicar esta doctrina al caso litigioso dadas las circunstancias que en él concurren.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara:

A) La nulidad de la escritura pública por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia de la fallecida doña M.^a Teresa, como asimismo la cancelación de las inscripciones que figuren a nombre de los adjudicatarios de los mismos en dicha escritura y por ese título.

B) Que en la nueva partición que se hiciere se ha de cumplir lo ordenado en el artículo 1.398 del Código Civil en cuanto a los bienes privativos de doña M.^a Teresa e incluirse como gananciales los aludidos en el fundamento de derecho 4.º de esta Sentencia.

C) Que los bienes que se le adjudicaron al viudo en la nueva partición que se hiciere en pago de sus derechos hereditarios, excepto la cuota legal usufructaria, tendrán la consideración de bienes reservables en favor de los hijos y descendientes de su matrimonio con la finada doña M.^a Teresa, estando obligado a cumplir lo dispuesto en el artículo 978 del Código Civil.

PARTICION. DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y RESCISION CONTADOR-PARTIDOR DIRIMIENTE. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

La rescisión tiene carácter subsidiario y no comporta siempre que se efectúe nueva partición.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, toda vez que la Sala de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba declaró que en juicio voluntario de testamentaría se rectificase la partición por el contador-partidor dirimente, siendo así que «el procedimiento de juicio de testamentaría sólo da entrada a la actuación del dirimente cuando existe divergencia entre dos o más proyectos de partición, pero en ningún caso cuando una de las partes renuncia a designar contador-partidor, renuncia a designar peritos y se aparta, de hecho, de intervenir en las actuaciones procesales, porque en tal caso sólo le quedará impugnar la partición para anularla o escindirla, pero el Juez no puede ordenar que la efectúe el contador dirimente designado en su día para otros menesteres». Y, en consecuencia, confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba.

COALICION. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1995)

Es aplicable la legislación vigente en el momento del fallecimiento del causante, por lo que se ha de atender al valor que los bienes tenían al tiempo de la donación.

COMUNIDAD HEREDITARIA. REINTEGRACION DE LOS BIENES OBJETO DE DONACION SIMULADA BAJO FIGURA DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1995)

COMUNIDAD HEREDITARIA. RENDICION DE CUENTAS. PARTICION (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1995.)

Ejercitadas acciones de petición de rendición de cuentas y división de bienes correspondientes a una comunidad hereditaria, los frutos de los bienes no pueden ser considerados como algo independiente.

F. C. L.

4. JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Reitera esta sentencia la común doctrina del TS de no considerar el error judicial como una tercera instancia, señalando que no existe error judicial en

una correcta decisión judicial cuya *ratio decidendi* discrepa de la pretensión ejercitada.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

En el presente caso se estima el extraordinario recurso de revisión ya que de los hechos narrados en la propia sentencia el TS considera que la conducta de la parte ahora recurrida, merece ser calificada como maquinación fraudulenta, a los efectos del artículo 1.796.4.º LEC, por haberse ocultado ilícitamente el planteamiento del juicio de desahucio y su tramitación a la entonces demandada. Además se ha cumplido con el plazo de tres meses que señala el artículo 1.798 LEC que es de caducidad.

CONTRADICCION DE LO EJECUTADO.—ARTICULO 1.687.2.º LEC. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández.

El recurso dictado contra auto dictado en ejecución de sentencia prevista en el artículo 1.687.2.º debe limitarse al caso de que en ejecución se desvirtúe el contenido de la sentencia, pero nunca, según reiteradísima doctrina del TS puede convertirse en una nueva instancia donde se pretenda una revisión de lo ya juzgado

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Existe maquinación fraudulenta, a los efectos del artículo 1.796 LEC, cuando de los presupuestos fácticos se desprende que el empleo de una mínima diligencia por parte del actor le hubiera permitido conocer la identidad y domicilio de los demandados, herederos de un señor; en vez de utilizar el ardid de afirmar inexactamente serle desconocida la identidad y domicilio del demandado, provocando su emplazamiento por edictos y así ocultarle maliciosamente el planteamiento del litigio (vid. SS. 15 y 21 diciembre 1994).

DESESTIMACION DE RECURSO POR RAZON DE SU CUANTIA. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López.

Se desestima el recurso de casación porque la cuantía del mismo no supera los 3.000.000 de pesetas, mínimo exigido por el artículo 1.687.3.º LEC (en su redacción anterior a la Ley 10/1992); y porque esta causa que sería de inadmisión del recurso se convierte en esta fase en causa de desestimación.

Tras la Ley 10/1992, de 30 de abril, la cuantía mínima se ha elevado a 6.000.000 de pesetas.

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1994)

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba.

Existe la maquinación fraudulenta que prevé el apartado 4 *in fine* del artículo 1.796 LEC y por consiguiente se estima la revisión, cuando los hechos ponen de relieve que el primitivo demandante, ahora demandado en revisión, no realizó la natural e incluso mínima diligencia exigible en notificar su propósito de resolver el contrato de arrendamiento a la otra parte, cuya presencia más bien parece eludida de propósito, con ánimo de evitar una eventual oposición que dificulte el fin resolutorio.

IMPUGNACION DE RESOLUCIONES DE LA DGRN.—ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE Y DEFENSA DE LA DIRECCION GENERAL. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

Se impugna una resolución de la DGRN que confirmaba la nota de calificación denegatoria de un Registrador Mercantil en cuanto a la no inscripción de determinados acuerdos sociales.

Al hilo del recurso el TS resuelve las siguientes cuestiones de orden procesal sin entrar en el fondo de la cuestión debatida:

— Las resoluciones de la DGRN como emanadas de un órgano de la Administración, están sujetas al control jurisdiccional por expreso mandato del artículo 106 Constitución y 8 LOPJ.

Tratándose en este caso de cuestión que afecta al derecho de las sociedades mercantiles, es evidente que se trata de una cuestión civil y que por lo tanto, en base al artículo 9.2 LOPJ, debe conocer el orden jurisdiccional civil.

— Por otro lado la defensa debe corresponder al Abogado del Estado ya que según el artículo 447 LOPJ es el que representa a la Administración del Estado, a la que pertenece la DGRN.

COMPARECENCIA DEL ARTICULO 693 LEC.—POSIBILIDAD DE CORREGIR POR SU REGLA 3.ª EL DEFECTO DE DEMANDAR ERRONEAMENTE A QUIEN NO REPRESENTA, POR NO SER YA PRESIDENTE, A UNA MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos.—Se presenta demanda contra una persona que ostentaba la condición de presidente de una mancomunidad de propietarios en el momento de la adopción de los acuerdos sociales recurridos, pero que ya no ostenta el cargo en el momento de la presentación de la demanda.

Doctrina.—El TS en este caso no admite el recurso y declara que es congruente reponer las actuaciones a la comparecencia para que se pueda ampliar la demanda, ya que se desprende claramente de la misma la intención de demandar a la mancomunidad, que ha de ser representada por el presidente que ejercita tal cargo en el momento de su presentación, no en el de la toma de los acuerdos impugnados. Y esto porque se incumplió la función primordial que tiene la comparecencia de «aclarar algún presupuesto o requisito del proceso como es lo relativo a la personalidad de los litigantes».

Aprovecha además el TS este recurso para traer a colación la nueva corriente jurisprudencial, reforzada por la doctrina del Tribunal Constitucional, y que se apoya en:

- a) una tasa rigurosa de las causas de nulidad de pleno derecho de los actos judiciales (art. 238 LOPJ),
- b) una consagración del principio de conservación de los actos procesales, que aparece con claridad en los artículos 241 y 242 LOPJ, y
- c) el principio de subsanación de los defectos procesales que posean este carácter, que resulta de los artículos 11 y 243 LOPJ.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Hechos.—La cuestión de competencia planteada versa sobre reclamación del precio de unas mercaderías vendidas por la entidad mercantil CD, S. L., con domicilio en Alzira (Valencia), a los cónyuges doña C. y don M., cuyas mercaderías fueron enviadas por la vendedora a los compradores de Palma de Mallorca a portes pagados.

No existe contrato escrito, ni, en consecuencia, cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de Alzira, sino sólo una línea en el extremo inferior de las facturas emitidas por la vendedora, alejada de su cuerpo, en la que figura impresa en letra pequeña lo siguiente: «La aceptación de la presente factura, entraña sometimiento expreso a los Tribunales de Alzira, con renuncia de ambas partes a su fuero expreso».

Doctrina.—El TS declara la competencia de Alzira, ya que como quiera que de la correspondencia cruzada entre las partes sobre el pago de las susodichas facturas se revela que los compradores las han aceptado, sin formular la más mínima protesta sobre la imposición de fuero que establece la cláusula discutida para el caso de litigio en el previsto supuesto de aceptación (lo que no es posible en este tipo de cláusulas, pues se puede estar conforme con la factura y no con la imposición unilateral), hay que entender que se ha consentido en el contenido de la cláusula sumisoria.

PRUEBA Y RECURSO DE CASACION TRAS LA LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL.—EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO PUBLICO. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, modificó los motivos casacionales con la innovación de excluir el que hasta entonces autorizaba el número cuatro sobre

error en la apreciación de la prueba documental con el propósito explícito de adecuar «el recurso de casación a las tendencias actuales que consideran que sirve mejor a su función si se refuerza su carácter protector de la norma, alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia».

Sin embargo esto no significa que se niegue toda posibilidad de que se denuncie en casación el error jurídico consistente en la infracción de una norma de prueba legal, pero al respecto ha de hacerse constar:

- a) que ha de tratarse de alguna de las pocas normas que limitan la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica;
- b) que ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia que determina exactamente el valor de estas pruebas legales conforme a la incidencia y valor de las demás pruebas tomadas en consideración para la fijación del dato probatorio;
- c) que debe relacionarse el error cometido con el establecimiento concreto del hecho fijado que se estime equivocado así como la nueva resultancia probatoria a la que conduce la inobservancia de la pretendida regla general.

Así en el presente caso recuerda el TS su propia jurisprudencia que afirma con reiteración que el valor o eficacia del documento público no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que en ellas hagan los otorgantes, pues, aunque, en principio, hacen prueba contra ellos y los causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre las demás pruebas, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y fecha.

CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.—EL QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMAS ESENCIALES EXIGE QUE SE HAYA PRODUCIDO INDEFENSIÓN.—ARTICULO 1.692.3.º LEC. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos.—El presente recurso se apoya en dos cuestiones fundamentales, por un lado, se impugna una pretendida incongruencia de la sentencia, y, por otro, se argumenta quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, ya que en autos figura una providencia para mejor proveer que no fue notificada a las partes, conculcándose los artículos 340 y 342 LEC.

Doctrina.—Respecto a la primera cuestión señala el TS que la congruencia ha de resultar de la comparación de lo postulado en la demanda y los términos del fallo combatido, sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal, y es por ello que, en términos generales, las sentencias absolutorisa no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito

En cuanto al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, el TS afirma que la infracción existe realmente y que él mismo viene corrigiéndolas, pero recuerda al mismo tiempo que las providencias que ordenan tales diligencias para mejor proveer no son formalidades esenciales del juicio (puesto que su práctica es facultad exclusiva del juzgador), y que en este caso no introducen hechos nuevos, por lo que, al no alterarse la base fáctica, difícilmente

puede entenderse que se haya producido indefensión, requisito necesario para acoger el motivo, que ha de ser desestimado, pues a nada conduciría la nulidad de las actuaciones.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Hechos.—En el ejercicio de una acción en reclamación del precio del suministro de mercancías se plantea cuestión de competencia.

El problema es el de si existe sumisión expresa al Juzgado de Primera Instancia de Tarancón por figurar impresa en letra pequeña en los albaranes de entrega de la mercancía, en los que consta la recepción de la misma por firma de empleado de La Corredera, S. L., domiciliada en Utrera, o bien, partiendo de la ineficacia de la cláusula impresa, la competencia corresponde al de igual clase de Utrera, por viajar las mercancías a portes pagados, en cuyo caso, ante la ausencia de contrato, debe entenderse que el lugar de cumplimiento de la obligación a efectos del artículo 62.1.º LEC es Utrera.

El TS declara la competencia del Juzgado de Tarancón en base a la siguiente

Doctrina.—La cláusula de sumisión aparece impresa a la misma altura donde consta, también impreso, el «recibí mercancía», de lo que se deduce que fue conocida por el empleado de la sociedad demandada que lo firmó, por lo que pudo perfectamente rechazarla. Tampoco se acredita que la demandada lo hiciese en cualquier momento antes del planteamiento del litigio, por lo que la cuestión de competencia debe resolverse a favor del Juzgado de Tarancón.

ERROR JUDICIAL.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Al hilo de esta sentencia se recuerda por el TS la doctrina consolidada de esta figura, cuya construcción es netamente jurisprudencial:

a) El «error judicial» incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley;

b) no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto del debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso;

c) es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance;

d) por tanto, no puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico, dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que pueda prejuzgarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que, en modo alguno, pueden

unos u otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización y

e) en definitiva, se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho.

RECURSO DE CASACION.—DESESTIMACION.—NO SON RECURRIBLES EN CASACION LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN INCIDENTES DE OPOSICION A LA DECLARACION DE QUIEBRA.—LAS CAUSAS DE INADMISION SE CONVIERTEN EN CAUSAS DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

Hechos.—La base de esta sentencia es un recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada en apelación de la recaída en incidente seguido como trámite legal de la Sección Primera (Declaración de Quiebra) del Título XIII del Libro II de la LEC, concretamente regulado en los artículos 1.326 a 1.330 en relación con los artículos 1.028 a 1.034 del Código de Comercio de 1829 sobre oposición al auto de declaración de quiebra.

El TS desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Para que resoluciones de naturaleza análoga lleguen al TS por medio del recurso de casación, habrían de referirse a incidentes de tal modo que la resolución haga imposible la continuación del juicio principal, entendiéndose obviamente que el juicio principal, a su vez, es de los que tienen la posibilidad de acceder a la casación, o bien a resoluciones para las que expresamente se admita «en las circunstancias y conforme a los requisitos que vengan establecidos».

Ninguno de estos supuestos autorizantes concurren en la sentencia objeto de este recurso:

a) En cuanto al primer punto señala que las quiebra, en cuanto conjunto de actuaciones de un orden de proceder que comprende varios aspectos desarrollados en piezas, carece de acceso a la casación. Es más, la pieza esencial y principal del juicio universal, esto es, la relativa al auto de declaración de la misma tampoco llega a la casación conforme se desprende de los artículos 1.330 y 758 de la LEC y 1.031 del CCom de 1829.

b) Por lo que respecta al segundo extremo, ninguna disposición concreta autoriza la formulación del recurso de casación. Ni del examen del Título XIII, Libro II de la LEC sobre el «orden de proceder en las quiebras», ni de los preceptos atinentes del Código de Comercio de 1885, ni de cualquiera otra norma aplicable se obtiene conclusión alguna a favor de la existencia legal del recurso de casación.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Se plantea ante los Juzgados de Palma de Mallorca demanda relativa al incumplimiento y efectos consiguientes a la defectuosa realización de un con-

trato cuya ejecución, pretendidamente defectuosa, tuvo lugar en la ciudad de Palma.

Esto, en principio, atribuiría la competencia a los juzgados de esta ciudad como lugar de cumplimiento, pero la circunstancia de que en la reclamación judicial actuada se hizo constar expresamente por la actora que el contrato, en base al cual demandaba, se regía «por las condiciones que son de ver en el presupuesto en su día confeccionado», condicionado éste en que figura la cláusula de sumisión expresa de las partes a los Tribunales de Barcelona, con renuncia al fuero propio, determina la declaración de obligatoriedad de esta cláusula de sumisión expresa y consiguiente atribución del conocimiento del pleito a los Tribunales que las partes señalaron de su preferencia, ya que la tesis contraria supondría atribuir, contra todo principio de buena fe y lealtad, a una de las partes la facultad de invocar en su apoyo un condicionado, excluyendo del mismo sólo una de las cláusulas integradas en él, mientras que su restante contenido es, al propio tiempo, dado por bueno y eficaz por la propia parte.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

LLOMBART BOSCH, M.^o DE LOS DESAMPARADOS: *Temas de Derecho Agrario*, Universidad Politécnica de Valencia, 1955. Un tomo de 395 páginas.

Resulta extraño, por no decir desconsolador, que la rama agraria del Derecho sólo se estudie oficialmente en las Escuelas de Ingenieros Agrónomos y, en cambio, se desconozca prácticamente en las Facultades de Derecho. Aunque otras cosas más raras se ven, como, por ejemplo y sin ir más lejos, el urbanismo y la materia registral, vitales para un Abogado y que sólo se estudian casi de pasada en nuestras Universidades.

Que recordemos, hubo unas clases en los cursos del Doctorado de una Universidad madrileña; pero esas clases desaparecieron y hoy no queda nada, absolutamente nada, del Derecho Agrario, que nosotros sepamos.

Y es curioso que mientras a diario aparecen noticias sobre las medidas y cortapisas que se imponen a nuestros agricultores y ganaderos desde Bruselas, no se dedique una especial atención para que nuestros universitarios sepan, al menos, en qué consiste eso de la Política Agraria Comunitaria, la célebre PAC, que tiene sabores europeos; y más importante aún es que los juristas conozcan los problemas que tiene nuestro campo, lo que nos interesa de modo directo. Se ha publicado una Ley que tiene por objeto la modernización de explotaciones agrarias, y no estamos seguros de que vaya a tener el eco que merece. Y es que hay tendencia en la Universidad a considerar el Derecho Agrario como una simple derivación o hijuela del Derecho Administrativo o Civil y pare usted de contar, cuando tiene una relación autónoma cada vez mayor.

En fin, menos lamentaciones y al grano. El motivo de este pesimista comentario preliminar es reseñar la aparición del libro que arriba señalamos y que ha escrito, dedicado a la enseñanza de los futuros ingenieros, la profesora de la Universidad Politécnica de Valencia MARÍA DE LOS DESAMPARADOS LLOMBART, que comparte cátedra con su esposo, LUIS AMAT ESCANDELL; ambos son agraristas vocacionales y nuestra amistad ya es añeja por haber coincidido en varias reuniones y congresos iusagraristas, donde ellos han aportado valiosos trabajos.

Aunque la finalidad del libro sea didáctica y vaya dirigido principalmente a ingenieros y técnicos agrarios, su altura jurídica raya a nivel muy apreciable y trata la materia de modo muy completo, abarcando todo el amplio abanico de cuestiones que se plantean en el mundo rural.

Empieza el libro con el concepto del Derecho Agrario, recogiendo las varias orientaciones doctrinales que tienden, en general, a conseguir una perspectiva más operativa del iusagrarismo. De entre las varias definiciones que se exponen recogemos la del profesor AMAT ESCANDELL, que contempla los dos aspectos administrativista y civilista, diciendo que el Derecho Agrario es la rama jurídica especial que tiene por objeto, de una parte, la regulación de las personas, bienes y actividades constituidos en empresas agrarias dedicadas a la obten-

ción de productos del campo, y de otra, el régimen jurídico de la acción pública ordenada a proteger y fomentar dicha producción y lograr una adecuada distribución al servicio del bien común

Hace la autora a continuación una amplia exposición de las materias que componen el ámbito rural y recoge todo el cúmulo de fuentes que las regulan, sean de carácter nacional o regional, y acaba el capítulo inicial con un resumen de la normativa europea, tan inconcreta como variable, pues es objeto de continuas e inacabables reformas.

Siguiendo la pauta de separar los dos aspectos que conforman el Derecho Agrario, la autora comienza la exposición por la faceta que podríamos llamar civilista, estudiando la propiedad rústica y los derechos limitados sobre la tierra; después acoge la teoría de la empresa agraria, con los elementos que componen la explotación y que ahora ha recibido el retoque de la nueva Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias a que antes nos referimos. Los contratos agrarios en toda su gran variedad y amplitud se recogen en el libro, dedicando la mayor atención al contrato más típico en la agricultura que es el arrendamiento, con toda su abundante problemática y haciendo especial referencia a los arrendamientos históricos valencianos. El crédito agrícola y su organización, mitad administrativa y mitad civil, es también estudiado por la autora en todos sus aspectos por el gran impacto que tiene las ayudas a este sector secularmente deprimido de los labradores; otro tanto hace con los seguros agrarios, tema siempre pendiente y en el que no se ha conseguido aún acertar de modo pleno. Dentro aún del ámbito civilista, el libro estudia el Derecho sucesorio agrario, con sus especialidades de la transmisión *mortis causa* de las explotaciones creadas por el IRYDA y órganos que le han sucedido y cuyas normas, por cierto, también han sido modificadas *a posteriori* por la repetida Ley de Modernización, ya que ésta ha derogado lo que se disponía en el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria, dando nueva redacción a los artículos 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Pasando al sector de tinte administrativo del Derecho Agrario, el libro estudia después las leyes de defensa del medio ambiente, empezando por el régimen jurídico del agua y el de los montes; viene después la ganadería, con sus limitaciones «europeas» que se concretan en el dogal de las célebres cuotas lecheras.

El asociacionismo agrario tiene figuras específicas en las cuales se conforma la llamada agricultura de grupo, por la que se trata de apuntalar la escasa viabilidad de las explotaciones puramente familiares. Se estudian las diversas formas societarias rurales y su regulación, destacando como figuras más corrientes las sociedades agrarias de transformación y las cooperativas agrarias.

Otro gran sector interesante es el laboral, pues el trabajo en la agricultura tiene sus características peculiares que lo hacen especial, tanto en la reglamentación del trabajo como en los seguros sociales.

El libro termina con el eterno tema de las reformas agrarias, panacea para unos, problema para otros y preocupación para todos. Los sistemas son variados y las soluciones ensayadas suelen ser diferentes y aún opuestas, desde el comunismo integral que ha fracasado en varios países, hasta las reformas bajo el patrocinio de la FAO y la de los que dicen que debe reformarse algo para que todo siga igual. La verdad es que pocas veces se ha logrado el éxito en el grado que se propusieron sus respectivos promotores.

España ocupa el postrer capítulo, incluyendo datos de las distintas reformas intentadas y la actuación del IRYDA, para acabar con las nuevas regu-

laciones autonómicas, un tanto alejadas del *desideratum* de las directrices europeas.

A poco de aparecer el libro se ha publicado la antes citada Ley de Modernización de Explotaciones que intenta conseguir mediante las llamadas «explotaciones prioritarias» que nuestra agricultura se despegue y pase a ser una agricultura de mercado, igualándose a la de los demás países de la Unión Europea. Pero eso es ya otro cantar.

Aquí sólo estamos hablando de este libro y terminamos repitiendo que, aunque tenga finalidad didáctica, es muy completo y resultará muy útil para quienes tengan inquietudes agronómicas o vivan los problemas del campo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ: *Nueva fiscalidad de los actos jurídicos documentados*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1944. Un tomo de 319 páginas.

Me resulta especialmente grata la tarea encomendada de esta reseña y pido desde sus primeras líneas disculpa a los lectores de la REVISTA por cualquier falta de objetividad vertida en lo que sigue, debido todo ello al papel entrañable que JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ desempeñó en el inicio de mi actividad como Registradora desde mi —entonces— condición de aspirante e interina. Recojo el testigo de manos de mejores conocedores de MENÉNDEZ, de su actividad y obra jurídica, de su labor como Registrador, liquidador, asesor, inspirador del legislativo, dentro y fuera de nuestras fronteras. Doctor en Derecho, licenciado en Ciencias de la Información del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, es autor infatigable de numerosos artículos y de libros como *Legislación fiscal*, *Estudio de la legislación hipotecaria en Guinea*, *Derecho privado fiscal*, *Contradicciones y paradojas del Impuesto sobre la Renta*, *Análisis jurídico del IVA*, *Problemática jurídica de las reformas agrarias integrales*, *El nuevo Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, *Los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico*, *Comentarios a la Ley y al Reglamento sobre Sucesiones y Donaciones*, *La Ley de Actuación y el Impuesto de Operaciones Societarias*. El trabajo que ahora comentamos hace el número 188 entre los de este prolífico autor. Interesa destacar, en cuanto puedan complementarlo y actualizarlo, los posteriores «Análisis del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados» (*Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 314, págs. 1979 y sigs.) e «Investigación hermenéutica sobre varios preceptos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales» (*Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 7, 2.ª época, págs. 1581 y sigs.).

Nueva fiscalidad de los actos jurídicos documentados está redactado con posterioridad al Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pero antes del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. De ahí que la crítica a los preceptos vigentes vaya acompañada de propuestas de *lege ferenda*, en esa «labor roturadora y de avanzadilla» que el autor asume, defen-

diendo su «criterio de total independencia crítica frente a las proclamaciones del legislador» y haciendo del *in lege unitas, in opinionibus plena libertas* lema de su escudo. Es de advertir que todas las referencias a los textos legales en vigor se acomodarán en esta reseña a los arriba citados, en adelante TRITP y RITP.

El IAJD, que GARCÍA JIMÉNEZ define como un gravamen de carácter documental consecuente a la protección derivada de las solemnidades formales requeridas por el ordenamiento jurídico, se contempla por MENÉNDEZ HERNÁNDEZ desde una perspectiva de **tributo híbrido** que grava no sólo el soporte documental —como hicieran los antiguos Impuesto de Papel Sellado o Impuesto del Timbre—, sino también el acto; y así, sobre el carácter adjetivo, el Texto Refundido de 6 de abril de 1967 injertó alguna savia sustantiva. Otra aportación interesante del autor a la figura del IAJD es la de destruir el espejismo de imposición de cobertura que supla la falta de previo gravamen de determinados actos, porque el tributo analizado **tiene su propio hecho imponible**, tipificado por los artículos 27.1 TRITP y 66.1 RITP: los documentos notariales, mercantiles y administrativos (desaparecida ya la mención de los judiciales, que habían sido liberados por la Ley de 24 de diciembre de 1986 sobre supresión de tasas judiciales).

Precisamente los documentos —que la STS de 9 de marzo de 1992 conceptuó como «soporte escrito con el que se prueba, acredita o hace constar alguna cosa», en definición reiterada por el artículo 76.2, párrafo último RITP, añadiendo los informáticos— son el sustrato del IAJD y también del presente libro, que se estructura en cuatro partes: «Documentos públicos» (notariales y administrativos), «Documentos privados» (mercantiles y civiles), «Disposiciones comunes» y «Normativa reguladora» (Tít. III, arts. 27-44 TRITP, al que ahora debemos adjuntar el Tít. III, arts. 66-87 RITP, sin olvidar el resto del articulado de ambos textos y otras disposiciones fiscales)

Los «Documentos notariales» están sujetos al IAJD con cuota fija (arts. 31.1 TRITP y 71 RITP, 50 ptas. por pliego o 25 ptas. por folio, tras su elevación por la Ley de Presupuestos para 1993) y con cuota variable (arts. 31.2 TRITP y 72 RITP, al tipo de gravamen del 0,50 %). Este **gravamen gradual** se configura como impuesto residual, en defecto de otro impuesto sobre el tráfico jurídico generadores de una mayor presión fiscal directa y de aplicación prevalente. Se critica la doble imposición en actos sujetos además al IVA. Delimitan el hecho imponible dos requisitos conjuntos: el objeto valuable y la inscribibilidad o registrabilidad. Constituye un acierto del legislador haber optado por la inscribibilidad en vez de por la inscripción ya realizada y se considera deseable la extensión de este criterio a las anotaciones en Registros públicos (arts. 40.2 TRITP y 82.2 RITP). Sigue el estudio de supuestos de posible sujeción (expedientes de reparcelación, disminución de capital o disolución de la sociedad sin transmisión de bienes o derechos a los socios, declaración de obra nueva, descripción de resto, elevación a público de documentos privados), algunos de los cuales aparecen contemplados en los artículos 70 y 75 RITP.

Los **arrendamientos financieros**, desde el punto de vista de los impuestos de carácter sustantivo, si son empresariales están sujetos a IVA, tanto en el acto constitutivo como en la venta. Respecto al IAJD, resultan gravados el acto constitutivo, la prórroga, la cancelación por pago o impago.

En materia de **comprobación de valores**, se reputan sancionables siempre las diferencias resultantes de la comprobación, aunque el sujeto pasivo declare el valor según las normas del ISP y pese a lo dispuesto en el artículo 96.2

RITP. Se admite la validez de la notificación hecha al portador del documento (*ex arts. 56.3 TRITP y 100.1 RITP*). El autor aborda nuevamente, como ya hiciera en *Los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico*, los supuestos de **Ley de Tasas** (arts. 147 TRIPT y 21 RITP), calificándolos de multas disfrazadas, de vértigo sancionador desmesurado que sin embargo se disimula al aplicarse sobre la base y no sobre la cuota; frente al criterio de la Circular DGT de 29 de diciembre de 1989, interpreta *secundum legem* que tal normativa es compatible con la liquidación complementaria por ITP y con la sanción correspondiente.

Las **exenciones** aplicables a la cuota gradual de AJD, de conformidad con los artículos 45.1.b), 4, 12 y 15.c), 6.ª TRITP y 88.1.b), 4, 12, 15.b), 6ª y 25 RITP, recaen sobre las actas de entrega de cantidades en ejecución de escrituras de préstamo hipotecario, escrituras relacionadas con VPO, préstamos y préstamos a las explotaciones familiares agrarias (antiguo art. 64 de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, actualmente art. 8 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias), subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (arts 7 y 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo).

La tributación de **hipotecas, préstamos, créditos y fianzas** constituye parte sustancial de este libro. Los artículos 15.1 TRITP y 25.1 RITP consagran un monstruo de la moderna mitología fiscal, con medio cuerpo de crédito y otro medio de hipoteca (en el Derecho Hipotecario hablará CHCO de «matrimonio indisoluble» entre obligación y garantía), que desde la Reforma de 1967 sólo tributa por el concepto de préstamo, al contrario que en el Reglamento del Impuesto sobre Derechos Reales, donde lo hacía por el de hipoteca. MENÉNDEZ sostiene que estos preceptos no deben regir en materia de **préstamos hipotecarios empresariales** en cuanto negocios jurídicos regulados por la normativa del IVA y sujetos a una **tributación dicotómica**: como préstamos están sujetos a IVA, pero exentos; como hipotecas, están sujetas a ITP al tipo del 1 por 100, y por legal exclusión, no sujetos al gravamen proporcional de AJD. La postura oficial, sin embargo, liquida al 0,50 por 100 estos préstamos empresariales inscribibles (Circulares DGT de 6 de mayo de 1986 y 27 de julio de 1989; STS Contencioso-Administrativa de 20 de septiembre de 1989 en recurso extraordinario de apelación en interés de Ley; Resolución TEAC de 17 de marzo de 1992; STS de 10 de febrero de 1994; Respuesta DGT de 5 de septiembre de 1994). Este criterio, fuertemente contestado por la doctrina (BLANQUER UBEROS, PASTOR MORENO Y BOLÁS ALFONSO, MARTÍNEZ LAFUENTE) ha obtenido su consagración normativa en los artículos 68, párrafo 2.º, y 74.2 RITP, y posteriormente en el artículo 8 Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

El autor analiza como posibles **hechos imponible**s de IAJD los distintos avatares de las hipotecas: distribución de la responsabilidad hipotecaria, posición de hipoteca, posposición de condición resolutoria a hipoteca, modificación de la hipoteca, subrogación en el crédito garantizado, cancelación parcial o total. En cuanto a la **base imponible**, encuentra absurdo que el sujeto pasivo tribute por los intereses, gastos y cuotas, que no recibe sino que padece, por lo que la base de toda clase de préstamos, simples o con garantía, debería ser la misma, frente a lo dispuesto por los artículos 10.2c) y 1) TRITP y 44 y 50.4. RITP. Lo anterior va acompañado de un minucioso examen de la tributación de determinadas figuras: hipoteca en garantía de aval prestado por Caja de Ahorros para garantizar deudas fiscales; hipoteca en garantía de obligación

futura; hipoteca unilateral, hipoteca en garantía de cuenta corriente, figuras híbridas creadas por la práctica bancaria, como el negocio mixto de préstamo y apertura de crédito o el préstamo con entrega del principal condicionada al cumplimiento de determinados requisitos; hipoteca en garantía del reconocimiento de deuda; fianza de particulares en favor de empresario; fianza de empresario; préstamos multigarantizados; condiciones resolutorias explícitas de las compraventas, crédito de suministro.

Entre los «Documentos administrativos» sujetos a IAJD (arts. 40 TRITP y 82 RITP), la anotación de embargo plantea el problema de determinar la base imponible, cuando recae solidariamente sobre varias fincas sin distribución de responsabilidad (art. 167 RH), que hoy tiene solución expresa en el artículo 85 RITP. También se consideran sujetas la anotación de suspensión, su posterior conversión, la anotación de demanda y la del crédito refaccionario. Pero no la anotación de suspensión de pagos, la prórroga ni la caducidad no solicitada en documento notarial.

Los documentos mercantiles que realizan función de giro están sujetos *ex* artículos 33 TRITP y 76 RITP, no siéndoles de aplicación a los beneficios fiscales (arts. 45.II TRITP y 88.II RITP). El artículo 76.3.a) RITP recoge el criterio de la Respuesta DGT de 8 de abril de 1994, sujetando los pagarés como títulos a la orden «natos», salvo cláusula no a la orden o expresión equivalente. Las obligaciones y títulos análogos, sujetos desde la disposición adicional 2.ª de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, soportan según el autor una doble imposición: como préstamos por ITP y como documentos mercantiles por IAJD, si bien disfrutan de una exención [art. 45.1.b).15 TRITP y 88.1.b).15 RITP] cuyo área coincide con el de la sujeción, lo cual es criticado desde el punto de vista de técnica tributaria.

Los «Documentos civiles» (modificaciones de entidades hipotecarias, declaraciones de obra nueva, instancias de cancelación de hipotecas en garantía de títulos a la orden) no están sujetos, aunque se considera que deberían estarlo.

La tercera parte del libro trata de las «Disposiciones comunes» (arts. 45 y sigs. TRITP y 88 y sigs. RITP). El sistema de **autoliquidación**, implantado con carácter general salvo la excepción del artículo 99 RITP, se critica por cuanto supone una mayor presión fiscal indirecta y puede provocar la imposición de multas en cadena. En sede de **infracciones y sanciones**, se califica de infracción grave, sancionable con multa del 50 al 300 por 100 de la cuota, la declaración de valores inferiores a los reales, la aplicación de tipos inferiores a los procedentes o el disfrute indebido de beneficios fiscales. El **ámbito territorial de aplicación del IAJD** resulta de los artículos 6.1.c) TRITP y 6.1.c) RITP, desarrollado este último por el artículo 9 RITP, que, como dirá JOSÉ MENÉNDEZ en otro lugar, da un sentido procesal a la expresión «surtir efecto» y olvida una explicación autonormativa («poder ejercitar» o «haber de cumplir» los derechos derivados del contrato). La **competencia territorial** se rige por las reglas del artículo 103 RITP, con el criterio preferente de la cuota gradual de AJD y la derivativa aplicación de las normas de competencia territorial al ámbito fiscal. Se analizan otros aspectos del IAJD, como el sistema retributivo de los liquidadores, la inflexible ejecución del acto, la falta de aportación de los documentos necesarios para la liquidación, la gestión, el período ejecutivo, la devolución, la prescripción, la compatibilidad con el ITP (art. 1.3 RITP), los efectos de la falta de presentación y el cierre registral.

Ciertamente, despiertan un enorme interés las posiciones adoptadas a lo largo de la presente obra, a cuyo estudio remito para conocer los argumentos que las fundamentan. Junto a ellos encontrará el lector numerosos supuestos de aplicación, soluciones judiciales y administrativas, citas doctrinales, fundamentos de Derecho Tributario, aspectos de otros impuestos conexos, cuestiones civiles e hipotecarias, en una obra de gran utilidad en la interpretación y aplicación del IAJD. Sobre todo, quisiera destacar el enfoque crítico adoptado, enriquecido con múltiples dimensiones y sustentando brillantemente debate y discusión. Quizá ésta sea la relevante misión de la doctrina científica frente al legislador de hoy y de mañana.

ELENA MÚGICA ALCORTA

Varios autores (MARTÍNEZ EMPERADOR, R.; NEBOT LOZANO, M. L.; SENDÍN BLÁZQUEZ, A.; DRAKE DRAKE, R., y BORRAJO DACRUZ, E.), *Afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles: Criterios administrativos y repercusiones fiscales*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1994. Un tomo de 155 páginas.

En la obra que publica la Cámara de Comercio e Industria de Madrid se analiza con profundidad uno de los aspectos de la difícil y polémica materia, no dotada de una regulación legal unitaria, relativa a la alta dirección empresarial. Efectivamente, administradores y personal de alta dirección componen el grupo de los *managers*, que si bien sociológicamente está definido, jurídicamente tiene un régimen disperso.

También es objeto de atención en la obra el régimen, en materia de Seguridad Social, de los socios de sociedades personalistas y capitalistas, cuando presten sus servicios para la sociedad ya en su calidad de socios, bien conformando parte de la alta dirección empresarial, bien como trabajadores ordinarios.

A favor de la oportunidad de la obra militan varias razones, entre ellas las que son relevantes: a) La especial preocupación, desorientación e inseguridad que la Circular número 2/034, de 29 de diciembre de 1992, de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ha procurado entre quienes ocupan aquellos relevantes cargos o puestos de trabajo en el seno de las organizaciones empresariales y societarias; b) La existencia de una fluctuante, nada segura y a veces contradictoria doctrina jurisprudencial de las Salas Cuarta y Tercera del Tribunal Supremo en materia de alta dirección empresarial; c) La clarificación de la situación de aquellos socios que presten servicios para la sociedad; d) La competencia y solvencia intelectual, que se vincula en la propia trayectoria profesional, de quienes participan en su elaboración.

En la sistemática de la obra influye su origen conferencial, como advierte en su presentación el Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, don ADRIÁN PIERA. Por esa razón aparece dividida en diversas ponencias o apartados-conferencias, cada uno con diferentes capítulos, que pretenden agotar todo un aspecto de la materia considerada en la obra. Son ocho apartados, además de la presentación de la misma, de los cuales cuatro se dedican a estudios jurídicos sustantivos y adjetivos, uno contiene un sugestivo proyecto de análisis y tres recogen normas, disposiciones administrativas, consultas y resoluciones de la Administración tributaria.

El primero de los apartados citados, del que es autor don RAFAEL MARTÍNEZ EMPERADOR, lleva por título «Alta en la Seguridad Social de socios, administradores y directivos de las compañías mercantiles y civiles». Como acertadamente destaca el autor, se trata de una materia «difícil y compleja: compleja, porque son de naturaleza distinta las relaciones jurídicas de las que deriva la actividad tomada en cuenta para producir el alta; difícil, porque ha existido cierta desarmonía en la evolución de los ordenamientos laborales y de Seguridad Social».

En este primer apartado merece especial atención el capítulo 3, «Alta en la Seguridad Social de administrativos y directivos de sociedades capitalistas», en el que se parte de la siguiente conclusión no irrefutable, tratada a modo de afirmación preliminar: «Los altos cargos societarios con vinculación orgánica quedan comprendidos en el ámbito de exclusión de la laboralidad que consagra el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores», precisándose que dicha exclusión «también abarca a quienes formando parte de los órganos rectores y por delegación interna de los mismos deben cumplir las altas funciones de gestión de la sociedad». No obsta a ello que el autor destaque la existencia de, en celebrada y conocida terminología laboral, «zonas grises», con diversas líneas jurisprudenciales («la relación que vincula con la sociedad al administrador general de la misma no debe ser incardinada en la laboral especial», «la insuficiencia del criterio de la actividad a efectos de determinar la naturaleza de la relación», sobre «la confluencia en la misma persona de los cargos de Consejero-Delegado y de Gerente» y los «supuestos de autocontratación»).

El tratamiento que el ordenamiento jurídico de Seguridad Social ha venido dando, históricamente, a los administradores y altos cargos es objeto de determinada atención en el indicado capítulo 3, afirmándose que el artículo 97.2 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, desvela la incertidumbre anterior, generada por el artículo 61 de la Ley que se refunde, acogiendo la interpretación más restrictiva de esta última, de tal manera que, según el criterio del autor, los administradores quedan fuera del ámbito de la Seguridad Social; por ello concluye, acertadamente, que tras ampliar por vía de Circular (Circular núm. 2/034, de 29 de diciembre de 1992, de la TGSS) «el campo de aplicación del régimen especial de trabajadores autónomos, extendiéndolo a dichos altos cargos societarios, me parece que constituye un exceso» y que «el camino elegido, además, distorsiona la armonía necesaria del ordenamiento jurídico. Basta para comprobarlo tener presente los aspectos fiscales».

La segunda de las ponencias lleva por título «Régimen de Seguridad Social aplicable a los socios, administradores y directivos de sociedades: criterios sustantivos», y su autora es MARÍA LIDÓN NEBOT LOZANO. En este apartado, con erudición, se mantiene una posición polémica y no necesariamente compartible, pero sin duda muy interesante. Se parte de la afirmación, cierta, de que «la ausencia de los presupuestos de la relación laboral, y en consecuencia la inaplicación del estatuto jurídico laboral, no conduce sin más a la exclusión de los beneficiarios de la Seguridad Social, sino a la aplicación de un régimen diferenciado, expresamente dirigido a estos denominados «trabajadores por cuenta propia o autónomos». La diferencia entre el régimen general y este régimen especial derivan, en su origen, de la «forma» en que se realiza la actividad profesional».

En el primer capítulo, punto 1, de este apartado segundo, se cuestiona si pueden asimilarse a trabajadores por cuenta ajena los cargos directivos de

empresa, excluidos del Estatuto de los Trabajadores. Al respecto manifiesta la autora su criterio, no irreproachable, de que la diferenciación entre consejeros activos y pasivos «carece de base jurídica suficiente porque distorsiona los propios fundamentos de la normativa laboral y de Seguridad Social». En el punto 2 la autora justifica, con fundamento discutible, la inclusión en el régimen especial de trabajadores autónomos de los administradores, partiendo de que la noción de trabajador autónomo es propia del ordenamiento de la Seguridad Social y de que lo definitorio de la misma es que la actividad lucrativa (concepto que utiliza en sentido común o vulgar) «no sea objeto de contrato de trabajo, criticándose la opinión generalizada de considerar relevante para no incluir en aquel régimen especial a los administradores la distinción entre administrador y empresario, pues lo relevante, a juicio de la autora, es la «forma» en que se realiza la actividad profesional.

Acoge como punto de referencia para justificar la inclusión en el referido régimen especial de trabajadores autónomos a los administradores sociales la circunstancia de que en ese régimen especial de la Seguridad Social se incluye a los socios de sociedades personalistas que trabajen en el negocio, criterio que la autora fundamenta únicamente en que la prestación del trabajo es inseparable de su condición de socio, sin cuestionarse otros extremos que constituyen importantes factores diferenciales (el carácter de comunidad de trabajo y de medio principal de vida para los socios, la dedicación a la sociedad y especialmente la comunicación de responsabilidad, el carácter esencial de comunidades en mano común de aquellas sociedades o su personalidad jurídica imperfecta).

En el capítulo segundo se analizan los criterios jurisprudenciales delimitativos de las figuras del «socio trabajador» y del «consejero o administrador», así como la posible coexistencia de vínculos laborales y societarios en una misma persona, sin un excesivo detenimiento en los matices de la, por otra parte desacertada, jurisprudencia laboral.

Los criterios administrativos de encuadramiento se analizan en el capítulo tercero de esta ponencia. Respecto de los «socios de sociedades capitalistas», se afirma, en el punto 1, el encuadramiento en el régimen general si existe relación laboral con la sociedad, y en otro caso la posible inclusión en el régimen de trabajadores autónomos, analizándose particularmente las «sociedades familiares», las «sociedades de trabajo» o «autónomos encubiertos» y las «sociedades anónimas laborales». En relación con los «miembros de los órganos de administración de empresas que revisten la forma jurídica de sociedad, punto 2, la autora parte de que, sean o no socios, «no se les puede considerar trabajadores por cuenta ajena» por los «cometidos inherentes» y por la falta de la nota de «dependencia», concluyendo, de forma no irreproachable, que si «el ejercicio de actividades gerenciales de la empresa por parte del empresario individual, de forma personal, habitual y directa, determina su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos», por la misma razón los socios y «los miembros de los órganos de administración, cuando realizan su actividad a título lucrativo», deben quedar incluidos en aquel régimen especial de la Seguridad Social.

En los puntos siguientes la autora se detiene en el estudio del «personal de alta dirección», acogiendo la doctrina jurisprudencial de la naturaleza del vínculo. Estudia también al «consejero o miembro del órgano de administración que limite su actividad en el Consejo a las meras funciones internas de deliberación y consejo y convocatoria de la Junta general», respecto del que

concluye que «por no existir actividad profesional no procede su encuadramiento en la Seguridad Social por esta concreta condición». Se detiene igualmente en la «simultaneidad de la condición de administrador y trabajador por cuenta ajena con una relación laboral común o especial», considerando que es inadmisibles la autocontratación, por lo que, en tal caso, no procede la inclusión en régimen alguno distinto del que corresponde por su actividad de administrador (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), regla que, según su criterio, no rige si la actividad como consejero se limita a la mera deliberación y consejo, en cuyo caso sí es compatible con la condición de trabajador y procede su inclusión en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

La tercera ponencia se debe a don ALBERTO SENDÍN BLÁZQUEZ y es titulada «Afiliación y alta en la Seguridad Social de los socios y administradores de las sociedades mercantiles: criterios procedimentales». El autor comienza afirmando que «las afiliaciones y altas de los socios que prestan sus servicios en los distintos tipos de sociedades y de los administradores de las mismas, en principio, no deben plantear problemas especiales en cuanto al procedimiento. Se realiza exactamente igual que las demás afiliaciones al Sistema de la Seguridad Social y que las demás altas en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en el que aquéllos deben figurar encuadrados en función de los criterios sustantivos aplicables a los mismos».

De gran interés es la afirmación efectuada en este apartado de que la «Ley 30/1992 desde que entró en vigor el 27 de febrero de 1993 es de aplicación directa a todos los actos de la Tesorería en que se ejerciten potestades administrativas, como son los correspondientes a la inscripción de los empresarios y la afiliación, altas, bajas, y variaciones de trabajadores», bien que la revisión de oficio de los actos de Tesorería tenga un régimen especial, según aquella norma, al que dedica especial atención el punto 2 del capítulo tercero de esta ponencia.

Destaca el autor la viabilidad de la revisión de oficio de los actos de la Tesorería que se contiene en el artículo 144 LPL, y tras revisar las distintas posiciones sobre el alcance de aquella revisión señala, acertadamente, que «el artículo 144 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, con gran coherencia, parte del principio general de la irrevocabilidad de los actos de la Administración de la Seguridad Social, pero luego sólo aplica, muy restrictivamente, a los actos declarativos de derechos y, además, solamente a éstos cuando su revocación fuere en perjuicio de los beneficiarios, lo que equivale a decir que los que no sean actos declarativos de derechos —como los de gravamen y los actos que sean declarativos de derecho, cuya revisión fuere favorable a los beneficiarios— sí pueden ser revisados de oficio por las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social», añadiendo que «las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para revisar de oficio las afiliaciones y altas en cuanto actos que, en principio y por sí solos, irrogan cargas u obligaciones, no parecen claras a nivel de Ley».

Se afirma en este apartado que la Circular citada 2/034, de 29 de diciembre de 1992, no permite revisar de oficio los actos de afiliación o alta cuando se es pensionista o beneficiario de una prestación o cuando ya se han solicitado, pero sí en los demás casos, así como los errores aritméticos o de hecho, así como cuando se detecten omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios.

La cuarta ponencia estudia las «Repercusiones fiscales en la retribución de socios y administradores» y su autor es don RAMÓN DRAKE DRAKE. En ella analiza los «rendimientos profesionales», los «rendimientos del trabajo personal», las «retribuciones en especie», de entre las cuales resulta especialmente

relevante el estudio que se efectúa de la ocupación de vivienda por razón del cargo o empleo y por la utilización de vehículos automóviles. Se detiene también en el análisis de los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero y los «contratos de seguro», de los que se dice que «no han salido bien parados los seguros de vida o muerte en la nueva Ley del Impuesto» (IRPF), y dedica también atención a los «comedores de empresa».

La retención a los administradores del 30 por 100 en el importe íntegro de sus retribuciones dinerarias pone de manifiesto el pragmatismo del ordenamiento tributario y fiscal. En cuanto a las indemnizaciones por cese o despido, tras analizarse la evolución normativa, pone de manifiesto cómo a la hora actual cualquier duda ha sido despejada respecto de la cuantía excluida del impuesto (IRPF), con la referencia al Estatuto de los Trabajadores contenida en la actual legislación.

El apartado quinto recoge un sugestivo guión elaborado por el profesor don EFRÉN BORRAJO DACRUZ, que puede servir de base para cualquier análisis de la problemática que encierra el trabajo profesional y su repercusión respecto del Sistema de Seguridad Social pública contributiva.

En conclusión puede afirmarse que constituye una obra de gran interés, en la que se analizan los aspectos más sobresalientes de la aguda problemática del régimen jurídico de la Seguridad Social de los socios, administradores y personal de alta dirección. Destacable es que se mantienen tesis contrapuestas según las ponencias (especialmente en las ponencias primera y segunda), lo que, sin duda, enriquece la obra. Su carácter eminentemente práctico no puede obviarse, ni su amplia referencia a la ya abundante jurisprudencia sobre el tema. Por último, los apéndices legislativos y reglamentarios son de gran utilidad; ejemplo de ello es la transcripción de la no publicada Circular 2/034, de 29 de diciembre, la cual, por más que sea cierta la afirmación de que carece de eficacia normativa (no obstante citarse en alguna Sentencia como la reciente de 27 de septiembre de 1994 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), de hecho es jurídicamente relevante, en cuanto que es la norma de conducta que se da y a la que se obliga la propia Administración pública (que de no observarse procuraría que la actividad administrativa incidiese en desviación de poder).

ANTONIO TAPIA HERMIDA
Profesor Titular de Derecho Mercantil
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Administración
de la Seguridad Social (excedente)

LÓPEZ MEDEL, JESÚS: *Principios filosófico-jurídicos y comunitarios en la política educativa de la Unión Europea*. Discurso de ingreso leído en la Real Academia de Doctores por el excelentísimo señor don JESÚS LÓPEZ MEDEL, y contestación del excelentísimo señor don MANUEL FRAGA IRIBARNE, Madrid, 1995. Un tomo de 118 páginas. Edita Dykinson, Madrid, 1995.

Bajo una perspectiva constitucional nadie puede poner en duda que, de entre los derechos fundamentales de la persona humana, uno de los más importantes en cualquier Estado de derecho es el reconocimiento efectivo del

derecho a la educación y de la libertad de enseñanza que aparece en el artículo 27 de la Carta Magna. En efecto, difícilmente alcanzará aquélla el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), ni podrá ejercer el derecho-deber del trabajo ni ejercitar libremente una profesión u oficio (art. 36.1), ni tampoco podrá participar en los asuntos públicos ni acceder a las funciones y cargos de esta naturaleza (art. 23) sin haber recibido la adecuada formación humana, social y religiosa. Ocurre, sin embargo, que este derecho a la educación no ha merecido excesiva atención por parte de la doctrina (1), pese a la abundante jurisprudencia del TS en cuestiones tales como la enseñanza privada o la enseñanza de la religión y, últimamente, la polémica Ley catalana sobre la inmersión lingüística que ha sido objeto de recurso ante el TC. Bien puede afirmarse que si no se garantiza de modo adecuado el derecho de los padres a la libertad de enseñanza para sus hijos, no pasará una generación sin que comiencen a aparecer síntomas preocupantes de dirigismo ideológico que conducen a corto plazo a una sociedad domesticada.

De aquí la importancia del tema tratado por LÓPEZ MEDEL en su discurso de ingreso en la Academia de Doctores, así como la contestación al mismo del profesor FRAGA IRIBARNE. Del primero, a modo de presentación, cabe decir que es uno de los máximos expertos en temas educativos tanto en el ámbito nacional como europeo; lo avala una extensa trayectoria bibliográfica de la que aquí sólo cabe aludir a las obras más importantes (2).

De la rica personalidad del autor —que FRAGA IRIBARNE engloba en las categorías de jurisprudente y jurisperito— me parece que emerge con rasgos significativos la de jurista y, en efecto, es jurídicamente como aborda el tema de su discurso de ingreso, articulado en tres partes bien diferenciadas. En la primera, a modo de introducción, se ocupa del hombre, de la sociedad y de la escuela, dando cumplida respuesta a las preguntas-clave de ¿qué educar? y de ¿para qué y por qué educar? La segunda trata de la educación en un sistema de libertades y derechos humanos, en donde analiza especialmente el significado del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos de 1948 y, paralelamente, la Constitución *Gaudium et spes* del Vaticano II en sus aspectos educativo, destacando que en ella se aborda el tema educativo como libertad civil y no como privilegio. Concluye con el artículo 13 del Pacto de 1966 sobre Derechos Sociales, Culturales y Económicos, cuyo apartado 3 resulta altamente significativo: «Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». En la tercera parte —que constituye el eje vertebral de

(1) Sobre el tema véase GARCÍA CANTERO, «Derecho, familia y educación en la España contemporánea», *Revista Española de Pedagogía*, septiembre-diciembre 1993, págs. 503 y sigs., con referencias bibliográficas.

(2) Pueden mencionarse: *Educación, Universidad y profesión* (Madrid, 1964); *El derecho al estudio* (Madrid, 1970); *Un diagnóstico sobre la enseñanza* (Madrid, 1978); *Un proceso educativo: El artículo 27 de la Constitución y sus circunstancias* (Madrid, 1980); *¿Adónde va la educación?*, 3.ª edición (Zaragoza, 1982); *Libertad de enseñanza*, 3 vols. (Zaragoza, 1981-1984); *Enseñanza de la religión en una sociedad democrática* (Ávila, 1989); *Constitución, democracia y enseñanza religiosa* (Ávila, 1994).

su discurso— realiza un seguimiento del tema educativo en el proceso de integración europea y de modo especial en los artículos 126-128 del Tratado de Maastricht, cuya filosofía jurídica sintetiza en los principios de calidad de la enseñanza, de cooperación interestatal educativa y de competitividad y convergencia.

En resumen, lo que el autor denomina «Nuevo derecho a la educación» viene recogido en las proposiciones siguientes:

- 1.^a El principio de calidad presupone el de la libertad de enseñanza.
- 2.^a Se exige con más eficacia el derecho a la educación, no como acción política del Estado en el sentido asistencial, sino como derecho humano que afecta al hombre, a todo el hombre y a todos los hombres en una comunidad sociocultural.
- 3.^a Reduce a sus justos límites el papel del Estado en la educación porque su modelo educativo ni es único ni puede considerársele indiscutible. El costo de las innovaciones técnico-pedagógicas y el típicamente asistencial y de bienestar, por fallos internos en su propio sistema, hace inevitable y exigible la presencia y la participación de la sociedad.
- 4.^a Las fronteras de la educación se han abierto y, por tanto, la escuela «nacional» no puede ser algo que oprima, sino que estimule la calidad.
- 5.^a La desideologización de la escuela es un presupuesto fundamental para alcanzar la calidad; los «pactos escolares» serán, en cada país, antesalas de los Pactos Comunitarios.
- 6.^a El sentido internacionalista e intercomunitario de la escuela se ve facilitado por el principio de calidad.
- 7.^a Las clásicas «guerras educativas» tienden a ser superadas o a desaparecer en el contexto mundial; por tanto, hay que limar los distanciamientos entre escuelas públicas y escuelas privadas, porque unas y otras han de converger para el logro de la calidad. Es decir, una escuela abierta desde sí misma a la sociedad y a todas las sociedades.
- 8.^a El mito de la gratuidad propio de los años sesenta-setenta debe transformarse en un espíritu de integración social que la escuela debe procurar.
- 9.^a La familia es escuela en sí misma; en la búsqueda de la calidad el agente familiar no ha de ser subsidiario o accidental, por lo que ha de instrumentarse un esquema de participación.
10. La referencia a la calidad de la enseñanza reduce a sus justos términos lo que se ha venido en llamar escuela comprensiva, más interesada en la igualdad social, por abajo, que en la promoción hacia arriba; ha de revalorizarse la formación profesional, y, en cuanto a los contenidos, sólo una escuela de valores puede ser animadora de la calidad.

Lo que LÓPEZ MEDEL denomina el *nuevo derecho a la educación* trata de realizar la aspiración expresada en el Preámbulo de la Declaración de 1948 al decir que «la Libertad, la Justicia y la Paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana (y) la Asamblea General proclama la presente Declaración como ideal común a fin de que todos los pueblos promuevan mediante la enseñanza y la educación el respeto a esos derechos y libertades».

En la contestación de FRAGA IRIBARNE se afirma que la enseñanza ha de ser, ante todo, un sistema para producir ciudadanos honrados, justos, decididos, despiertos y valientes; y no una máquina para producir frustrados, resentidos,

inadaptados, improvisadores y cobardes. Y que la educación ha de ser un arte liberador de la personalidad y formador de personas capaces y fiarse unas de otras. Reiterando afirmaciones hechas en otro lugar (3), sostiene que son los padres los que han de empezar por ejercitar ellos mismos la educación de sus hijos, porque el derecho a la educación no es sólo el derecho a participar en una ayuda equitativa a todas las escuelas, sino el derecho a sacrificarse cada uno a poco más para que los hijos tengan una escuela mejor. Afirma asimismo su fe en la educación para la trascendencia, para una ética personal y social y para una visión religada y ética de la vida.

Tomando por base la idea de los nuevos principios de la educación europea, FRAGA IRIBARNE destaca la originalidad del planteamiento de LÓPEZ MEDEL, cuyo mérito fundamental es el de haber llamado la atención sobre aquéllos ofreciendo campo fructífero para futuras indagaciones. En los preceptos del Tratado de Maastricht analizados por este último, ve como mínimo el siguiente dodecálogo de principios: 1) de educación de calidad; 2) de cooperación con otros Estados y con otras entidades; 3) de diversidad cultural, lingüística, nacional y regional; 4) de la dimensión europea en la enseñanza a impartir en cada territorio; 5) de movilidad de estudiantes y profesores; 6) de intercambio de información; 7) de educación a distancia como subsidiaria; 8) de exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias; 9) de adaptación a las transformaciones; 10) de formación permanente; 11) de manifestación, difusión, conservación y protección del patrimonio cultural común, y 12) de creación o de creatividad.

Dado que la Unión Europea ya ha comenzado a poner en funcionamiento algunos de los principios aquí expuestos (por ejemplo, el de la movilidad de estudiantes y profesores, y no sólo de nivel universitario), ello sirve para corroborar la importancia del tema abordado, merecedor también de alguna reflexión de fronteras adentro.

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995.

El haber tenido al estudiar la carrera de Derecho ciertas lagunas de conocimientos sobre materias enmarcadas en el Derecho Público —concretamente en el Derecho Administrativo— supone siempre que, tarde o temprano, ese desconocimiento te pasa la factura que hay que pagar reconociendo la ignorancia. No voy a explicar ahora las causas —que son muchas— de mi salida universitaria con el ayuno a cuestras sobre el Derecho Administrativo. Terminaba la segunda guerra mundial y por aquel entonces —y ya hay que contabilizar medio siglo— no pude percibir lo que había de necesitar de la materia que formaba una de mis lagunas universitarias. Sé que si no me hubiese «precipitado» en hacer la carrera, mis pobres conocimientos sobre el Derecho Administrativo se hubieran engrandecido con las doctas explicaciones del autor de esta monografía en su primera cátedra sobre la materia..., pero es-

(3) FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español* (Barcelona, 1978)

taban pendientes la milicia universitaria y el comienzo de la preparación de oposiciones, que luego se prolongaron excesivamente.

El gran peso que significó la formación especializada sobre Derecho Hipotecario, Mercantil y Civil exigió que me acercase, con cierta timidez y recelo, al campo del Derecho Administrativo, y fue entonces cuando descubrí la majestuosa obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, que significó para mí lo que la obra de CASTÁN había supuesto en el Derecho Civil. Ahora, cada vez que leo —y he leído casi todo— a GARCÍA DE ENTERRÍA me siento «cómodo», entendiendo la materia, y hasta tengo la osadía de hacer la recensión de esta monografía que aborda en España el gran tema que ya Kelsen, allá por los años en que nazco, había resuelto: *«La idea de legalidad aunque conduzca a limitar la esfera de aplicación del principio democrático debe, no obstante, ser mantenida para asegurar la realización de la democracia»*.

La gran lección que este libro ofrece es la de servir de explicación a ese intento de cobijar con la palabra democracia actos, actitudes y realizaciones que están fuera de la misma. El autor, con su impresionante magisterio, explica la realidad española y juega constantemente con la idea de Kelsen: «Existe una oposición funcional entre democracia de la legislación y democracia de la ejecución...» Vamos a exponer sintéticamente el contenido de la monografía, marginando su proyección sobre la situación española, pero sí haciendo una recomendación: hay que leer este libro para poder entender lo que ha querido decir la Constitución española al hablar de «un Estado social y democrático de Derecho». Y esta recomendación va dirigida a todos aquellos a quienes se les pueden exigir responsabilidades. Leerse a Kelsen ya es de privilegiados, como el autor del libro.

El trabajo monográfico tiene dos partes: la primera, dedicada a explicar los límites de los poderes públicos en la democracia, y la segunda, sobre la doctrina norteamericana de la «*deferencia*» judicial hacia el ejecutivo. Por supuesto que la primera abarca las tres cuartas partes de extensión del trabajo y comprende o se estructura en diecinueve capítulos. Dedicando a la segunda ocho. Lleva unos índices que resumen el contenido de las partes en que se divide, y al final uno onomástico de los autores consultados, sin perjuicio de las citas a pie de página. Respetando todo ello, intentaremos dar una versión del contenido.

PARTE PRIMERA

El autor arranca de la idea central que constituye la base de su estudio: la cuestión del control judicial en el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración. Es el tema clásico de la teoría del Derecho, está en los mismos orígenes del Derecho Administrativo y es su tema central. Frente a ciertas opiniones que postulan que «el papel constitucional que al Ejecutivo (o a los administradores autónomos y locales) reserva el sistema político» debe ser «*respetado*» por el control de la discrecionalidad, el autor abre la polémica y deja plasmados los jalones históricos de la formación del Derecho Administrativo desde el sistema imperial puro hasta la instauración de la III República en 1875. Por supuesto que en esta evolución se refiere al Derecho español, citando el gran logro que el Ministerio que preside ITURMENDI marca al encarar redactar el texto de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a los profesores MANUEL BALLBÉ y JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (Ley de 27 de

diciembre de 1956). La evolución que diseña en forma general llega hasta el llamado «Informe Nolan» que elabora el Parlamento británico sobre los *standards* de conducta de la vida pública.

Destaca el gran error que supone la idea de que el Derecho Administrativo, y en concreto el afinamiento de sus técnicas de control, tenga un lugar más apropiado en los regímenes dictatoriales que en los democráticos. Esto, de nuevo en el terreno de los hechos, es inexacto, rotundamente. Y concluye el autor: ningún régimen autoritario facilita el control de sus actos, ninguno tampoco reconoce siquiera la legalidad como un límite y los derechos de los ciudadanos, base de ese control, como obstáculos a su omnipotencia.

Igualmente importante es el diseño que hace del *poder judicial* en el sentido de que el Juez debe respetar la posición constitucional de la Administración, que es la base mínima del sistema contencioso-administrativo. Pero conviene advertir que ese proceso —y cito literalmente al autor— no está montado para sustituir al titular de la decisión política, sino que tiene dos objetos exclusivos: uno, controlar (art. 106.1 de la Constitución) si en dicha decisión se ha respetado el principio, también constitucional (art. 103.1) y base del sistema mismo del Estado de Derecho, de la sumisión de la Administración a la Ley al Derecho, que es el marco en cuyo seno la decisión debe precisamente producirse; y dos, garantizar una tutela judicial efectiva a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24). Este segundo objeto no debe entenderse subsumido en el anterior, ya que es el que da a la jurisdicción contencioso-administrativa justamente su sentido «subjetivo», frente al tradicional dogma de un supuesto «objetivo» de la misma que elimina de raíz la vieja doctrina sobre el carácter meramente «revisor» de esta jurisdicción, doctrina que ha sido un dogal para su desarrollo en el sentido de una «tutela judicial efectiva».

Lo apasionante del trabajo —a mi modo de entender— es la utilización de la obra de Kelsen en la que no se hace teoría jurídica, sino ciencia política rigurosa en defensa de la democracia. En nota aclaratoria cuenta el autor cómo Kelsen había sido nombrado Magistrado vitalicio del Tribunal Constitucional por ser redactor de la Constitución austríaca de 1920, pero como consecuencia de una Sentencia de la que fue ponente se le expulsó del Tribunal; aceptó una cátedra en Colonia y tras el triunfo nazi emigró a Estados Unidos. Este judío, de religión católica, hace sus planeamientos generales para dar una visión de la Administración en el seno de una democracia, y resuelto el problema de la creación de normas generales en el grupo se plantea la cuestión de la ejecución de esas normas. Entiendo que la esencia de su pensamiento reside en esta frase que el autor utiliza: «Contrariamente a lo que se podría pensar a primera vista, no se puede creer que la democracia en la ejecución sea una simple consecuencia de la democracia de la legislación, ni que la idea democrática se satisfaga tanto mejor si la forma democrática se aplica al proceso de ejecución...»

En la defensa de ideas con base «kelsiana» va ofreciendo situaciones actuales que nacen al amparo de la democracia, como son el Estado de partidos o partidocracia, la corrupción, sistema de cuotas de partidos en la composición de órganos públicos, la colonización de la sociedad por los partidos y la colonización del Estado por la sociedad y la corrupción. Igualmente, toca la erosión de la confianza pública y la necesidad de su restauración... Todo ello completado por el «Informe Nolan» del año 1955, en el que uno de sus objetivos fundamentales es el de reconstruir la confianza pública: es preciso terminar con la «cultura de la ligereza» y se impone un reforzamiento de los controles.

Los capítulos finales de este singular e importante trabajo están destinados a fijar la posición del Juez dentro del Estado democrático de Derecho. No hay Derecho sin Juez, dice el autor, y el Juez es la boca que pronuncia las palabras de la Ley. Reino de la Ley y el Derecho de sumisión plena a los Jueces. Su control debe abarcar los conceptos jurídicos indeterminados, la llamada «utilidad pública», la discrecionalidad y sus elementos reglados. Termina con los principios generales del Derecho que aseguran un valor democrático central: el consenso.

A modo de conclusión el autor, en fuerza de todo lo que sostiene, afirma que el Estado de Derecho es necesariamente un Estado de Justicia, justicia frente a la cual el poder público, o más precisamente aun sus ocasionales titulares, no pueden pretender ninguna inmunidad. Termina su reflexión con la cita de ALEXIS DE TOCQUEVILLE y sus frases en defensa del poder judicial: «Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes...»

PARTE SEGUNDA

Esta segunda parte del trabajo sirve al lector de gran orientación en la forma de entender el problema crucial planteado en Estado Unidos. El autor maneja con una soltura envidiable las primitivas Sentencias arrancadas de la de 1803, para llegar a la de 1838 en la que ya se condena al Ejecutivo. Especial referencia y estudio dedica a la creación de Comisiones independientes el surgimiento de la doctrina de la «deferencia» de los Tribunales hacia la Administración, la explicación americana de la división de los poderes, la negación de control sobre los actos del Presidente, la Sentencia Dalton de 1994 y la gran dificultad de aplicación de esos conceptos americanos en los países europeos.

Hace referencia —y esto sí tiene singular importancia en relación con el panorama político español— a la publicación de la obra de EDLEY, Jr., *Derecho Administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración pública*, por un centro oficial. Lo cual, si se une con la aprobación por el Gobierno en julio de 1995 de un proyecto de reforma de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, se hace «sospechoso», ya que en dicho proyecto de Ley se pretende implantar la «irrecorribilidad» absoluta de los actos de «dirección política» del Gobierno central y los autonómicos. Cajón en el que se pueden introducir muchos actos.

Toda la gran vitalidad jurídica que la lectura de este trabajo produce se ensombrece al darse uno cuenta de cómo se ha entendido hasta hace muy poco la idea de la democracia. Es cierto que los Jueces no deben mirar a las urnas, pero ese pueblo español que todavía hace triste la frase que contaba MADARIAGA («Mire usted, don José, en mi hambre mando yo...») debe cuidar las urnas para conseguir lo que fue Roma: un Estado de Derecho y no de leyes...

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 615 (Diciembre 1995)

«El deber de motivación en los procedimientos administrativos en materia tributaria», por J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE, pág. 12913.

SUMARIO: I. Introducción.—II. La motivación de los actos administrativos en la Ley de Procedimiento Administrativo. Quiebra legislativa de una trabajosa creación jurisprudencial.—III. La necesaria reinterpretación de la Ley de Procedimiento Administrativo a la luz de los dictados constitucionales. La regulación establecida en la Ley 30/1992: 1. *El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Conexión con el derecho fundamental a la igualdad.* 2. *La falta de motivación como quebranto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.* 3. *La ausencia de motivación como prueba de una posible desviación de poder por parte de los órganos administrativos.* 4. *El decidido avance de la Ley 30/1992.*—IV. El deber de motivación en las actas formalizadas por la inspección de los tributos y en la condonación de sanciones y aplazamiento o fraccionamiento del pago.—V. La motivación preimpresa como justificación racional de los llamados «actos masa» en el procedimiento de gestión tributaria.—VI. El insoslayable deber de motivación en el procedimiento sancionador.—VII. La motivación como correlato de la exigencia de información y colaboración solicitada a los obligados tributarios.—VIII. Motivación y comprobación de valores.

«El profesional de la agricultura y el cultivador personal en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Reflexiones en torno a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias», por JESUS ESTRUCH ESTRUCH, pág. 12985.

SUMARIO: I. Justificación del tema.—II. Situación anterior de la Ley 19/1985: A) *Consideraciones previas.* B) *Aportaciones jurisprudenciales.*—III. Modificaciones introducidas por la Ley 19/1995: A) *El nuevo concepto de profesional de la agricultura:* 1. *Definición.* 2. *Requisitos exigidos:* a) *Enumeración.* b) *En relación con el tiempo.* c) *En relación con la renta.* d) *Consideraciones críticas.* B) *Consecuencias de la nueva Ley sobre los arrendamientos rústicos preexistentes.* C) *Invariabilidad del concepto de cultivador personal.*

«La cláusula de secreto profesional en el Código Penal de 1995», por JOAQUÍN FRIGOLA VALLINA y JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATILLA, pág. 13011.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Naturaleza: ¿Derecho o deber?—3. El secreto profesional. 3.1. *Concepto*. 3.2. *Sujetos*. 3.3. *Contenido y límites*—4. El secreto profesional del artículo 20.1.d) y la *interpositio legislatoris*.—5. El secreto profesional en los estatutos de redacción y en los códigos deontológicos.—6. Las propuestas de regulación del secreto profesional. La proposición de Ley de 1993.

«Extensión y límites de la actuación de las comisiones de investigación parlamentarias de los *Länder* en la República Federal de Alemania (un análisis de jurisprudencia)», por MARIANO GARCÍA PECHUÁN, pág. 13097.

SUMARIO: 1. Consideración preliminar.—2. La actuación de las comisiones de investigación de los *Länder* en el ámbito de la federación en la jurisprudencia.—3. La evaluación crítica de la doctrina acerca de la jurisprudencia sobre la fundamentación de la actuación extraterritorial de las comisiones de investigación de los *Länder*.—4. El modelo alemán ante la aparición del problema en el Estado autonómico español.

«Grupos y capital social», por GIUSEPPE B. PORTALE, pág. 13389.

«Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos», por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 13415.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Encuadramiento del sistema de protección de los socios externos: A) *Tutela específica o tutela societaria común*. B) *El relieve del Derecho del mercado de valores*. C) *Tutela de los socios externos y proceso de formación del grupo*.—III. Delimitación del concepto «socio externo»: A) *Socio minoritario o socio externo*. B) *Concepto de socio externo*.—IV. Visión global de las medidas de tutela de los socios externos: A) *Consideraciones generales*. B) *Medidas de carácter patrimonial*: a) Planteamiento general. b) La compensación c) El derecho de separación. C) *Medidas no patrimoniales*: a) Premisa. b) La información. c) El control. d) La responsabilidad.—V. Consideraciones finales.

«Grupos de empresas y armonización del mercado de valores en la Unión Europea. La perspectiva de la tutela del inversor», por JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, pág. 13431.

SUMARIO: 1. Grupos de sociedades y mercados de valores.—2. Problemas planteados para la armonización de las normas del mercado de valores relativas a los grupos.—3. Directivas del mercado de valores que armonizan normativas nacionales relativas a los grupos.—4. Problemas actuales pendientes de armonización.—5. Conclusiones.

«El problema del *insider trading*. Materiales para la reflexión», por CARMEN ESTEBAN DE QUESADA, pág. 13441.

SUMARIO: I. Introducción.—II. *Insider trading*: Concepto y antecedentes: 1. *Concepto*. 2. *Necesidad de su represión*: 2.1. En contra de una regulación. 2.2. A favor de su represión. 3. *Tipos de regulaciones posibles*. 4. *Evolución histórica*: 4.1. Estados Unidos. 4.2. Reino Unido. 4.3. Francia. 4.4. Alemania. 4.5. Normativa comunitaria y adaptación de nuestra LMV.—III. Regulación en España: *Tipificación*: 1.1. El iniciado. 1.2. La información privilegiada. 1.3. Conductas prohibidas. 2. *Responsabilidades*: 2.1. Responsabilidad administrativa. 2.2. Responsabilidad penal. 2.3. Responsabilidad civil.—IV. Conclusiones.

«La retribución de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas en el Derecho español y en el Derecho inglés: aproximación a sus aspectos comunes y nuevas perspectivas», por M.^a ISABEL HUERTA VIESCA y CHARLOTTE VILLIERS, pág. 13475

SUMARIO: I. La remuneración de los administradores en Inglaterra y en España: contexto social.—II. El contexto jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas en Inglaterra y en España —III. Componentes y justificación de la retribución de los administradores en el Derecho español y en el Derecho inglés.—IV. La presunción de gratuidad del cargo de administrador de las sociedades de capital: a) *Carácter gratuito del cargo de administrador*. b) *Las «fórmulas» de escapatoria de la gratuidad* —V. Determinación estatutaria del sistema de retribución: a) *Carácter contractual de la determinación estatutaria en el sistema inglés*. b) *La fijación clara y precisa del sistema de retribución en el sistema español*.—VI. La igualdad en la retribución de los administradores.—VII. Contratos de los administradores con la sociedad: a) *Los artículos 82 y 84 «Table A» en el Derecho inglés*. b) *La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada española: el artículo 67*. c) *El administrador como trabajador de la sociedad*. d) *Conclusiones sobre estos contratos en el Derecho inglés y en el Derecho español*.—VIII. Fórmulas de la retribución: a) *Las «stock option»*. b) *Los «bonus payment»*. Remuneración consistente en participación de los beneficios. c) *El sistema de sueldo*. d) *Remuneración fijada por el sistema de mixtos*. e) *Modificación de la retribución de los administradores* —IX. Prescripción del derecho al cobro de la retribución.—X. Mecanismos legales de protección de los socios y de la sociedad frente a la excesiva retribución de los administradores: a) *Fórmulas de defensa de los socios y de la sociedad en el Derecho español y en el Derecho inglés ante la cuestión de la retribución* b) *Búsqueda de fórmulas alternativas de control y defensa*. El informe de Cadbury —XI Hacia una información más clara y precisa sobre las retribuciones de los administradores.—XII Conclusiones.

«Norma aplicable, analogía, fraude de ley "and all that" en el Derecho de sociedades», por FRANCISCO VICENT CHULIÁ, pág. 13523.

SUMARIO: I. Norma aplicable —II. Aplicación de las normas por analogía.—III. Aplicación de las normas por fraude de ley: 1. *Constitución retardada*.

2. *Publicidad de la sociedad unipersonal.* 3. *Asistencia financiera de la sociedad a terceros para la adquisición de las acciones y participaciones propias de las sociedades del grupo.*—IV La prohibida transmisión de acciones y participaciones antes de la inscripción de la constitución de la sociedad y del aumento de capital.

NUMEROS 616-617 (Enero-Febrero 1996)

«La unificación de los procesos civil y penal», por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 13.

SUMARIO: I. Introducción: A) *La dolorosa realidad que para la víctima supone la absolución penal.* B) *Exposición de algunos casos concretos en los que, tras una absolución penal, es factible resolver sobre la cuestión civil.* C) *Planteamiento del problema.*—II. La progresiva aproximación entre el proceso penal y el proceso civil: descripción de la realidad procesal actual: A) *Aproximaciones entre el proceso penal y el civil:* a) Tendencias de aproximación del proceso penal al civil. b) Tendencias de aproximación del proceso civil al penal. B) *Aminoración de las consecuencias punitivas de los procesos penales.* C) *Realce del aspecto indemnizatorio en el proceso penal.*—III. En torno a la unificación total o parcial de los procesos penal y civil, al menos desde un punto de vista funcional: A) *La conveniencia de unificar los procesos penal y civil.* B) *La posibilidad técnica de unificar los procesos penal y civil:* a) Análisis comparativo de las diferentes fases de los procesos civil y penal: 1. Fase de alegaciones: equiparación entre la demanda civil y la calificación provisional penal. 2. Fase de prueba: 2.1. El recibimiento a prueba. 2.2. El objeto de la prueba: su disponibilidad por las partes. 2.3 Las pruebas de oficio: diligencias para mejor proveer. 3. Fase de conclusiones: 3.1. La similitud conceptual entre las conclusiones definitivas en los procesos civil y penal: 3.1.1. En el proceso civil. 3.1.2. En el proceso penal. 3.2. La diferencia existente entre las conclusiones civiles y penales por razón de la eficacia de la cosa juzgada: 3.2.1. La consideración del hecho delictivo como un suceso histórico, a efectos de la aplicabilidad de la excepción de cosa juzgada. Consideraciones generales sobre la cosa juzgada. 3.2.2. La posibilidad de modificar las conclusiones provisionales, en la medida en que quedan afectadas por la excepción de cosa juzgada: 3.2.2.1. Hechos nuevos: 1.º Hechos nuevos no conexos: deducción de testimonios. 2.º Hechos nuevos conexos: posibilidad de una información suplementaria. 3.2.2.2. Hechos debatidos: 1.º Hechos debatidos heterogéneos: formulación de una nueva tesis. 2.º Hechos debatidos homogéneos: apreciación de oficio. 3.2.2.3. A modo de recapitulación. 3.3. La similar función desempeñada por las conclusiones definitivas en los procesos civil y penal. b) La gran similitud existente entre los procesos civil y penal, salvadas las especialidades de éste por razón de la cosa juzgada. C) *La unificación procesal es factible al menos desde un punto de vista funcional:* a) El derecho sustantivo civil o penal como causa determinante de las divergencias procesales advertidas entre el proceso civil y el penal. b) La relativa importancia del interés privado o público como causa diferenciadora entre el proceso civil y el penal. c) La conveniencia de adoptar un criterio

preponderantemente funcional.—IV. Soluciones que se proponen: A) *Ampliación del pronunciamiento penal absolutorio a su aspecto civil*. B) *Equiparación de los procesos civil y penal*.

«La suspensión condicional de la pena en el nuevo Código Penal de 1995», por JAIME DE LAMO RUBIO, pág. 47.

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. La remisión condicional en su actual regulación: A) *Introducción*. B) *Concepto*. C) *Clasificación*: 1. Remisión condicional ordinaria. 2. Remisión condicional por Ministerio de Ley. 3. Remisión condicional en caso de delitos relacionados con el terrorismo. 4. Remisión condicional por drogadicción. D) *Problemática en la aplicación del artículo 93.bis*.—III. Regulación contenida en el nuevo Código Penal de 1995: A) *El Código Penal de 1995*. B) *El nuevo sistema de suspensión condicional*: 1. Suspensión condicional ordinaria: a) Facultad. Plazo de suspensión. Ambito. b) Requisitos. c) Principio de oficialidad. d) Criterios legales para la concesión. e) Sistema de registro y control. f) Las reglas de conducta. g) Efectos de la infracción de las condiciones de la suspensión. h) Efectos del cumplimiento de las condiciones. 2. Suspensión condicional para drogodependientes: a) Con carácter general. b) Requisitos. c) Regla especial en caso de reincidentes. d) Condiciones. e) Controles. f) Requisitos para conceder la remisión de la pena. g) Balance. 3. Régimen especial en caso de enfermos incurables. 4. Cuestiones generales: a) Concepto de «reo habitual» b) Desaparición del régimen especial en caso de delitos de terrorismo.—IV. Apunte de derecho transitorio.

«El régimen disciplinario de los integrantes del Órgano Jurisdiccional. Repercusiones de la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial», por JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATILLA y JOAQUÍN FRÍGOLA VALLINA, pág. 63.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Derecho disciplinario general: 2.1. *Introducción histórica*. 2.2. *Concepto*. 2.3. *Naturaleza*. 2.4. *Los principios generales del orden punitivo en el marco disciplinario*: A) Principio de legalidad y de reserva de ley. B) Fractura del principio de tipicidad. C) Principio de proporcionalidad. D) Principio de culpabilidad. E) Principio de *non bis in idem*. F) Otras garantías.—III. Responsabilidad disciplinaria de los integrantes del órgano judicial y en especial de la Secretaría Judicial: 3.1. *Introducción*. 3.2. *Independencia y responsabilidad*. 3.3. *Breve consideración de la Secretaría Judicial*. 3.4. *Problemática disciplinaria*.—IV. El régimen disciplinario de los integrantes del órgano judicial: 4.1. *Regulación legal*. 4.2. *Principios generales*. 4.3. *Las faltas*: A) Clases. B) Prescripción. 4.4. *Sanciones*: A) Clases. B) Prescripción. C) Órganos competentes. 4.5. *El procedimiento general o expediente disciplinario*: A) Advertencia. B) De Jueces y Magistrados, anterior a la reforma. C) De Jueces y Magistrados, posterior a la reforma. D) De Secretarios Judiciales. E) Del resto de personal al servicio de la Administración de Justicia. F) Comentario. G) Internos. H) Suspensión provisional. I) Anotación, ejecución, inejecución y suspensión temporal de la sanción. J) Cancelación. K) Régimen de recursos. L) Régimen disciplinario y función sindical. M) Extinción de la responsa-

bilidad disciplinaria.—V. Conclusiones.—VI. Epílogo.—VII. Resumen de las principales resoluciones judiciales en el ámbito del derecho disciplinario de la Administración de Justicia.

«Proyecto de Convenio Comunitario de 1994 relativo a la quiebra», por JUAN LUIS MARONDA FRUTOS y M.^a ISABEL TENA FRANCO, pág. 117.

SUMARIO: Preámbulo.—La CEE y el tratamiento de las situaciones de insolvencia.—El proyecto de Convenio de 1994.—I. Ambito de aplicación.—II. El procedimiento principal de insolvencia: A) *Efectos del procedimiento de insolvencia*. B) *Matizaciones al principio general*: 1. Derechos reales sobre bienes del deudor situados con anterioridad en el territorio de otro Estado contratante. 2. Los efectos del procedimiento y la compensación de créditos. 3. Compraventa y procedimiento de insolvencia. 4. Inaplicación de la *lex concursus* por razón de objeto. 5. Otras medidas de protección de los acreedores nacionales. 6. Efectos del procedimiento de insolvencia sobre instancias en curso.—III. Procedimientos secundarios de insolvencia: A) *Ley aplicable*. B) *Legitimación para solicitar la apertura del procedimiento secundario*. C) *Conexión entre el procedimiento principal y el/los secundarios*: 1. Deber de información. 2. Facultad de presentar propuestas en el procedimiento secundario. 3. Insinuación de créditos en ambos procedimientos. 4. Participación de los síndicos en las Asambleas de acreedores de los otros procedimientos. 5. Reversión del superávit de un procedimiento secundario al principal. 6. Imputación y Restitución. D) *Suspensión del procedimiento secundario*. E) *Medidas poniendo fin al procedimiento secundario*. F) *Apertura posterior del procedimiento principal*. G) *Medidas de conservación de los bienes del deudor situados en otros Estados*.—IV. Costas y gastos del procedimiento.—V. La figura del síndico: A) *Facultades*. B) *Acreditación*.—VI. Algunos problemas intrínsecos a la quiebra internacional.—VII. La insolvencia provisional.—VIII. Información de los acreedores y presentación de los créditos: A) *Información de los acreedores*. B) *Presentación de los créditos*. C) *Idioma*.—IX. Interpretación del Convenio.—X. Derecho transitorio.—XI. Derogación de otros textos.—XII. Adhesión, ratificación, entrada en vigor, duración, revisión y depósito del Convenio: A) *Ratificación*. B) *Entrada en vigor*. C) *Adhesión al Convenio*. D) *Depósito del Convenio*. E) *Duración del Convenio*. F) *Revisión del Convenio*.—Breve conclusión.

«El derecho-deber de participar en la Administración de Justicia (Ley Orgánica 5/1995, de 23 de mayo, del Tribunal del Jurado): su problemática constitucional», por GORAN ROLLNERT LIERN, pág. 221.

SUMARIO: Introducción.—1. La función del jurado como derecho-deber.—2. Libertad ideológica y objeción de conciencia *versus* obligatoriedad de la función del jurado.—3. El jurado como institución de participación directa.

«Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Estatuto de los Trabajadores», por XAVIER SAMPEDRO FROMONT, pág. 549.

«Delimitación de las jurisdicciones contencioso-administrativa y local (Breve comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 5 de octubre de 1995 y a los Votos Particulares que la acompañan)», por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 567.

SUMARIO: I. Comentario.—II. Texto de la Sentencia.

«La sucesión de empresas en el Ordenamiento Laboral Español. sucesión *mortis causa* y supuestos especiales», por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 591.

SUMARIO: I. Introducción e ideas generales.—II. Breve referencia histórica.—III. Concepto de empresa desde la perspectiva transmisora que se contempla.—IV. Naturaleza del fenómeno jurídico de la sucesión de empresa.—V. Requisitos de la sucesión empresarial: 1. *Cambio de titularidad empresarial*. 2. *Identidad de la empresa*. 3. *Tracto directo*. 4. *Voluntariedad de la transmisión*.—VI. Clases de sucesión de empresa: 1. *Jubilación e incapacidad del empresario*. 2. *Transmisiones inter vivos*. 3. *Contrato de sociedad y negocios relativos a ella*.—VII. Delimitación jurisprudencial de la sucesión de empresa y supuestos más conflictivos en la jurisprudencia reciente: a) *Las concesiones administrativas de servicios públicos*. b) *Las fusiones de empresas*. c) *Sociedades laborales subsiguientes a expedientes de regulación de empleo*. d) *Las transferencias en el ámbito de las Administraciones Públicas*. e) *Personal de las Recaudaciones de Zona de Tributos*. f) *Empleados de Notarías*. g) *Empleados de Agencias de Cambio y Bolsa*.—VIII. Régimen jurídico de la sucesión de empresa. Derechos de los trabajadores y responsabilidad de los empresarios involucrados: 1. *Notificación de la cesión de empresa*.—IX. Conclusiones.—X. Bibliografía.

«El contrato de aprendizaje. ¿Avance o retroceso histórico?», por ANGEL ESTEVES JIMENO y CARMEN ARROYO MENA, pág. 623.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El aprendizaje: 1. *Concepto*. 2. *Evolución histórica*. 3. *El menor aprendiz*.—III. La enseñanza y formación profesional: A) *Noción*. B) *La formación profesional*. C) *Escuelas de aprendizaje*.—IV. Contrato de aprendizaje: A) *Introducción*. B) *Contrato de aprendizaje en el Código de 1926*. C) *Contrato de aprendizaje en la Ley de 1931*. D) *Contrato de aprendizaje en LCT (Decreto de 27 de enero de 1944)*.—V. Los contratos de formación y prácticas: A) *Introducción*. B) *El contrato de formación como aprendizaje moderno*. C) *El contrato en prácticas como otra forma de aprendizaje*. D) *La reforma de 1994*.—VI. Nueva regulación.—VII. El contrato de aprendizaje en el marco de la CEE: Su regulación en los distintos países: En Luxemburgo. En Grecia. En Bélgica. En Dinamarca. En los Países Bajos. En Francia. En Italia. En la República de Irlanda. En Alemania. En Gran Bretaña.—VIII. Consideraciones finales. Bibliografía.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 13 (Enero-Marzo 1995)

«Vecindad civil y nulidad de testamento», por JOSÉ MARÍA ARRIOLA ARANA, pág. 9.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El fraude de ley en el Derecho Interregional y sus efectos: 1. *El fraude de ley internacionalista*. 2. *De la tesis internacionalista a la pluralista en el concepto de fraude de ley*. 3. *El fraude de ley en el derecho Interregional y la Constitución Española*.—III. Elementos subjetivos en la adquisición derivativa de la vecindad civil: 1. *Adquisición derivativa de la vecindad civil*. 2. *Fraude a la ley eludida*.—IV. Vecindad civil y nulidad de testamento: 1. *Prueba de la vecindad civil*. 2. *Momento de la calificación de la vecindad civil en el plano sucesorio*. 3. *Efectos de una falsa vecindad civil*. 4. *El orden público en el Derecho Interregional*.—V. Naturaleza de las normas sobre desheredación hereditaria en el derecho Interregional.

«La unificación del Derecho privado», por EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, pág. 51.

SUMARIO: I. Consideraciones previas: 1. *El derecho mercantil como derecho especial frente al derecho civil o común*. 2. *El problema de la autonomía del derecho mercantil*.—II. La unificación sustancial del derecho privado como consecuencia lógica de su evolución: 1. *Origen y evolución del derecho mercantil*: 1.1. La inexistencia de un derecho especial en Grecia y en Roma. 1.2. El *ius mercatorum* como derecho especial. 1.3. Evolución del derecho mercantil en la Edad Moderna. 1.4. La codificación separada y el inevitable nacimiento de las tesis unificadoras: 1.4.1. La codificación mercantil. 1.4.2. El problema del concepto del derecho mercantil. 1.4.3. Las primeras tesis unificadoras. 1.5. Hacia un nuevo derecho mercantil: la doctrina de la empresa: 1.5.1. Exposición de la doctrina. 1.5.2. Insuficiencias de la doctrina. 1.5.3. El problema de la unificación en la doctrina española de la época. 1.6. La conveniencia lógica de la unificación sustancial del derecho privado: 1.6.1. Las dificultades de formular un concepto científico del derecho mercantil. 1.6.2. La generalización de las instituciones jurídico-mercantiles. 1.6.3. La absorción del derecho especial por el derecho común. 2. *El proceso de transformación del derecho privado y sus consecuencias sobre la unificación*. Sectorialización del derecho privado: 2.1. La crisis del derecho privado codificado. 2.2. Hacia la unificación sectorial del derecho privado. 3. *La cuestión de la unificación en la doctrina española actual*.—III. La unificación legislativa del derecho privado como necesidad. Los problemas derivados de la dualidad de regímenes. La realidad de la unificación legislativa: 1. *Consideración general*. 2. *El estatuto jurídico del empresario*: 2.1. Consideración general. 2.2. Los problemas de dualidad de regímenes. 2.3. Los avances en la unificación. 3. *El derecho de sociedades*: 3.1. Los problemas de dualidad de regímenes. 3.2. Los avances en la unificación. 4. *El derecho de los títulos-valores*. 5. *El derecho de la contratación*: 5.1. Consideración general. 5.2. La unificación de las normas generales sobre las obligaciones. 5.3. La unificación de los contratos. 5.4. De la uni-

ficación formal a la unificación sustancial. 5.5. Los avances en la unificación. 6. *El derecho concursal*. 7. *El pretendido obstáculo constitucional para la unificación del derecho privado*: 7.1. Planteamiento del problema. 7.2. Relativización del obstáculo.—IV. La unificación del derecho privado en los ordenamientos más significativos: 1. *Consideración general*. 2. *Ordenamientos unificados*. 2.1. Suiza. 2.2. Italia. 2.3. Holanda. 3. Ordenamientos no unificados: 3.1. Francia. 3.2. Alemania. 3.3. Argentina.—V. Conclusiones.

«Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones», por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, pág. 181.

SUMARIO: Introducción. Gametos, preembriones, embriones y fetos: Status jurídico.—I. Los gametos.—II. Preembriones: 1. *Concepto*. 2. *Actuaciones sobre el embrión*. 3. *Preembriones y negocio jurídico*: 3.1. Depósito y utilización de preembriones. 3.2. Donación de preembriones: 3.2.1. Los donantes. 3.2.2. La revocación de la donación. 3.3. Renuncia a los preembriones. 3.4. Preembriones criopreservados y testamento.—III. Embriones.—IV. Fetos. Capacidad para suceder y técnicas de reproducción asistida.—I. Capacidad para suceder.—II. La supervivencia del sucesor al causante. Técnicas de reproducción asistida y sucesión testamentaria.—I. Disposición testamentaria a favor de los «hijos del testador».—II. Disposiciones testamentarias a favor de los parientes del testador.—III. Institución del heredero bajo condición suspensiva: 1. *Institución de heredero condicionada a que el heredero llegue a tener descendientes*. 2. *Institución de heredero sujeta a la condición resolutoria de que el heredero llegue a tener descendientes, en cuyo caso serán éstos los herederos*.—III. Las sustituciones: 1. *La sustitución vulgar*. 2. *La sustitución fideicomisaria*.—IV. La nulidad del testamento por incumplimiento de las formalidades legales. V. La revocación del testamento. Técnicas de reproducción asistida y sucesión legítima o forzosa: I. Legítimas de los ascendientes y descendientes: 1. *Inseminación artificial homóloga con semen de marido*. 2. *Inseminación artificial homóloga con semen de conviviente «more uxorio»*. 3. *Inseminación artificial homóloga y fallecimiento del marido o varón no casado: fecundación «post mortem»*. 4. *Inseminación artificial heteróloga o con semen de donante*. 5. *Derechos legítimos de los ascendientes y descendientes y transferencia de embriones (TE) como consecuencia de FIV*: 5.1. FIVTE de mujer sola. 5.2. FIVTE de mujer casada. 5.3. FIVTE de mujer de pareja estable. 6. *Derechos legítimos de los preembriones criopreservados*. 7. *Derechos legítimos y fecundación «post mortem»*.—II. Preterición de legítimos. III. Las reservas: 1. *La reserva viudal*. 2. *La reserva del art. 811 del Código Civil*.—IV. El derecho de reversión del artículo 812 del Código Civil. Técnicas de reproducción asistida y herencia intestada: I. Sucesión intestada de los descendientes y ascendientes. II. El derecho de representación.

«El reenvío en el Derecho Internacional Privado español: Una interpretación actualizada», por A. PÉREZ VOITURIEZ, pág. 257.

SUMARIO: I. Evolución histórica: 1. *El reenvío como delimitación de competencias soberanas*. 2. *El reenvío expediente y su interpretación funcional*: 2.1. El

reenvío-expediente y su crítica. 2.2. La interpretación funcional. 3. *Criterio de aplicación sincrónica*.—II. La aplicación del reenvío en el Derecho vigente: 1. *Derecho convencional internacional*. 1.1. Solución unitaria de armonización de legislaciones. 1.2. El reenvío en el actual Derecho convencional internacional. 2. *Derecho vigente comparado*: 2.1. Actitud formal de admisión o rechazo. 2.2. Flexibilización y relativización en la aplicación. 3. *La doctrina jurisprudencial comparada*: 3.1. La jurisprudencia francesa, con referencias comparativas a la alemana. 3.2. La jurisprudencia inglesa.—III. El reenvío en el Derecho español: 1. *La jurisprudencia española*: 1.1. Desarrollo anterior a la Reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974. 1.2. Concreción de la jurisprudencia inglesa en materia sucesoria española. 1.3 Jurisprudencia actual. 2. *La doctrina española*: 2.1. La doctrina anterior a la Reforma del Título Preliminar del Código Civil. 2.2. El análisis posterior a la reforma. 3. *Perspectivas de actualización*: 3.1. Exclusión de materias. 3.2. Relativización en los sectores admitidos. 4. *Consideraciones finales*.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 4 (1996)

«El procurador ante la ejecución procesal: algunos criterios prácticos», por JAVIER PUYOL MONTERO, pág. 79.

SUMARIO: 1. La reinterpretación constitucional de los principios que inspiran la actuación de los órganos judiciales civiles en relación con la ejecución procesal.—2. La organización, simplificación y en su caso supresión de las normas jurídicas de ejecución procesal contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.—3. La propuesta de algunas medidas alternativas a la ejecución procesal.—4. La procedencia de la notificación de las sentencias definitivas a las partes litigantes directamente y de oficio por el órgano judicial.—5. El régimen procesal de las consignaciones judiciales.—6. Los secretarios judiciales, los mandamientos y las comunicaciones.—7. Necesidad urgente de la existencia de una policía judicial en el ámbito civil.—8. La utilización del cauce procesal establecido en el párrafo final del artículo 1455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—9. Nuevas cuestiones relativas a la práctica de la diligencia de embargo.—10. La posible pérdida de vigencia de la exigencia de respetar la prelación de bienes establecida en el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los efectos de la práctica de la diligencia de embargo.—11. El embargo de bienes muebles.—12 El embargo de bienes inmuebles.—13. La ejecución de sentencias consistente en el embargo de sueldos.—14. La proporcionalidad de los bienes embargados, con relación a las responsabilidades civiles a cubrir, en la práctica de embargos.—15. La práctica de las diligencias de embargo sobre bienes de empresas, sociedades y demás personas jurídicas.—16. La simplificación del número de subastas judiciales a celebrar legalmente.—17 La suspensión de la celebración de una subasta judicial por la existencia de una causa de fuerza mayor. -v. gr.: anuncio de bomba etc.—18. Algunas medidas para la agilidad de las subastas judiciales.—19 Necesidad de erra-

dicar en la celebración de las subastas la existencia de personas que controlen sistemáticamente el resultado de las mismas. -subasteros.—20. La adjudicación de los bienes subastados judicialmente a precios irrisorios, o excesivamente distantes de los normales del mercado.—21. La necesidad de una mayor agilidad en la adjudicación y en el otorgamiento de la titulación derivadas de las subastas judiciales.—22. La necesidad de proceder a reducir el contenido material de los edictos judiciales publicados en diarios oficiales y privados, debido al alto coste de los mismos.—23. El elevado coste de las inscripciones y anotaciones registrales.—24. La práctica de la diligencia de avalúo en las situaciones de rebeldía procesal del demandado, y su derecho a designar segundo perito.—25. La necesaria agilidad que han de tener las comunicaciones llevadas a cabo con el Registro de la Propiedad.—26. La simplificación del trámite procesal de las tercerías.—27. La regularización de la práctica de la pericia valorativa en la ejecución procesal.—28. La supresión en ejecución de sentencia de la diligencia de apercibimiento de lanzamiento del ocupante o del inquilino.—29. El régimen de las ejecuciones de las sentencias extranjeras. Actos de comunicación procesal en ejecución de sentencia.—30. La determinación y cuantificación de las reclamaciones efectuadas en moneda extranjera.—31. Identidad de criterios entre los órganos judiciales a la hora de exigir fianzas y garantías.—32. La reducción de los supuestos en que quepa la ejecución provisional de una resolución judicial.—33. La disparidad de criterios a los efectos de la constitución de avales, fianzas, garantías y cauciones.—34. El ofrecimiento de garantías previsto en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—35. El estricto cumplimiento de los plazos procesales en la adopción de las medidas cautelares por parte de los órganos judiciales.—36. El embargo preventivo de bienes: criterio flexible para su concesión.—37. El embargo preventivo de bienes la necesidad del cumplimiento de los requisitos procesales contenidos en el artículo 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—38. Las medidas cautelares previstas al amparo del artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—39. El devengo de intereses imputables a las dilaciones procesales ocasionadas por el propio órgano judicial.—40. Evitación de los supuestos de creación de cargas en fraude de ley -normalmente arrendaticias-, en perjuicio del adquirente del inmueble.—41. El uso de la ejecución por sustitución.—42. La imposición de las costas procesales en los allanamientos.—43. La práctica de la diligencia de mejora de embargo.—44. La creación de servicios comunes de ejecuciones procesales civiles.—45. Necesidad de unificación de criterios y papel a desempeñar en dicha función tanto los colegios profesionales de abogados y procuradores, las juntas de jueces, y los decanatos de los juzgados.—46. Introducción de nuevas figuras procesales como la del procurador-ejecutor.—47. Algunas conclusiones.

Número 5 (1996)

«Apuntes sobre el arbitraje de consumo El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo», por SILVIA DÍAZ ALABART, pág. 103.

SUMARIO Introducción.—I. Arbitraje común y arbitraje especial. La Ley de 5 de diciembre de 1988 y el Real Decreto de 3 de mayo de 1993.—II. Los

árbitros: Prohibiciones. Independencia e imparcialidad. Responsabilidad: 1. *Prohibiciones*: A) Los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, y los que ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel B) Arbitros que hubieran incumplido el encargo de laudar por haberlo hecho fuera de plazo, o que hubieran incurrido en responsabilidad declarada judicialmente, en el desempeño de anteriores funciones arbitrales. C) Efectos del nombramiento de árbitros contra las prohibiciones de la Ley. 2. *Independencia e imparcialidad de los árbitros*: A) Abstención y recusación de los árbitros. 3. *Responsabilidad*.—III. El arbitraje: 1. *Formalización del convenio arbitral*. 2. *Tramitación previa*. 3. *Comienzo del procedimiento*: A) Momento de inicio. B) Designación de los árbitros. C) Aceptación de los árbitros. 4. *Desarrollo del procedimiento arbitral*: A) Posibilidad de desistir del procedimiento arbitral. B) Representación de las partes. C) Sustitución de algunos de los miembros del colegio arbitral. D) Lugar de celebración del arbitraje e idioma en que han de desarrollarse las actuaciones arbitrales. E) Otros extremos del procedimiento.—IV. El laudo: 1. *Preparación del laudo*. 2. *Formulación del laudo*. 3. *Notificación y posibles aclaraciones sobre el laudo*. 4. *Impugnación del laudo*.

NUMERO 6 (1996)

«Los principio de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 127.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Ambito de aplicación.—III. Breve enumeración de los principios básicos de UNIDROIT.—IV. Otras cuestiones: 1. *Error y ventaja exclusiva*. 2. *Determinación del precio y medios de pago*. 3. *Incumplimiento de contrato y derecho de resarcimiento*.—V. Conclusión.

NUMERO 7 (1996)

«Reflexiones en torno al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias en la nueva legislación catalana: su valoración en relación al Derecho común», por PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, pág. 137.

SUMARIO: 1. Introducción: La Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de Modificación de la Compilación Catalana en materia de Relaciones Patrimoniales entre los cónyuges.—2. Competencia de la Comunidad Autónoma para la introducción y regulación del régimen de participación en las ganancias.—3. Configuración del régimen de participación en las ganancias, y estudio comparado en relación a la regulación del derecho común: 3.1. *Planteamiento inicial*. 3.2. *Diferencias principales entre la regulación catalana y la común y su valoración*: A) Relativas al funcionamiento del régimen durante su vigencia. B) Relativas al funcionamiento del régimen a su extinción. C) Relativas a la configuración misma del régimen.—4. Conclusiones.

NUMERO 8 (1996)

«Las aportaciones sociales en la Sociedad Anónima: consideración especial de la aportación de un fondo de comercio», por SONIA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pág. 153.

SUMARIO: Introducción.—I. Posibles contenidos de las aportaciones sociales: 1. *Aportaciones dinerarias y no dinerarias* 2. *Las aportaciones sociales y las funciones del capital en las sociedades anónimas. Bienes susceptibles de ser aportados.* 3. *Criterios para determinar la «aportabilidad» de los bienes.*—II. La aportación de una empresa: 1. *Planteamiento general.* 2. *La aportación del «fondo de comercio»:* 2.a. Concepto de «fondo de comercio». 2.b. Posibilidad de su aportación. 2.c. La aportación de un fondo de comercio negativo. 2.d. La amortización del fondo de comercio.—III. Bibliografía.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 218 (Octubre-Diciembre 1995)

«La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, pág. 1339.

SUMARIO: I Nulidad del negocio jurídico y nulidad del negocio jurídico societario.—II. Fundamentación jurídico-conceptual del régimen de la nulidad societaria: II.1. *Preliminar.* II.2. *La «société de fait»* II 3. *La «Faktische Gesellschaft».*—III. Nulidad societaria y «existencia» de la sociedad inválida

COMENTARIO: El objeto del trabajo es el estudio y exposición del régimen de los vicios originarios en el contrato de sociedad y, sobre todo, cuáles son los efectos que a ellos anuda el ordenamiento jurídico. Para ello se analizan las diferentes formas en que ha sido tratado en el Derecho comparado el problema de la nulidad societaria.

El autor valora la significación de la construcción de esta sociedad de hecho —«société de fait»— como aquella que inválidamente constituida ha tenido una manifiesta existencia. Su objetivo es salvar la actividad efectivamente desarrollada como social por la sociedad viciada originariamente. Respecto a las relaciones externas de la sociedad, el criterio es que los socios no pueden invocar la nulidad frente a los terceros. A los acreedores se les reconocía la posibilidad de considerar válida o nula a la sociedad según fuera preferible para la mejor defensa de sus intereses. En cuanto a las relaciones internas, y sabiendo que una vez preordenada la declaración de nulidad, ésta entra en fase de liquidación, los problemas surgen en torno a la aplicación de los pactos estatutarios previstos para dicha liquidación social.

También analiza la construcción jurisprudencial y doctrinal de la «Faktische Gesellschaft» en relación con la nulidad de las sociedades. En el Derecho Alemán la declaración de nulidad supone la invalidez intrínseca del contrato social. Dicha construcción ha sufrido una evolución que detalladamente expo-

ne el autor señalando que las causas de invalidez operan *ex nunc* tanto en las relaciones externas como en las internas. Finaliza destacando que esta construcción jurídica otorga relevancia a la sociedad constituida pero inválida que, sin embargo, ha actuado como tal en el tráfico jurídico y donde ni cabe desconocer la existencia de vínculos entre los terceros ni aquellos nexos que vinculan a la sociedad con los terceros.

Por último se detiene en estudiar la importancia de los efectos de la nulidad societaria, pues se tutelan los intereses afectados tanto de terceros como de los propios socios, que conlleva la exigencia de que aquella sociedad viciada sea tratada como si no lo fuera. Concluye profundizando acerca del significado y la fundamentación de la nulidad societaria, cuya finalidad consiste en lograr la irretroactividad de los efectos propios de la nulidad, a fin de salvaguardar las relaciones de la sociedad nula con los terceros y ofrecerles la oportuna tutela. Así, entiende que debe propugnarse una sociedad existente tanto respecto a terceros como en las relaciones internas. En este caso, los efectos de la declaración de nulidad, como la apertura del procedimiento de liquidación, no son el único presupuesto para llegar a la extinción de la sociedad, pues con la liquidación del patrimonio social y la división de su haber presuponen la vigencia de las relaciones de la sociedad con terceros, pero también la de los socios con la sociedad, y entre sí; de manera que en cierta medida continuará actuando en el tráfico y vinculándose con terceros.

«Sobre la llamada reducción de capital con cargo a beneficios o reservas en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 1391

SUMARIO: Introducción.—La amortización de capital. Descripción y clases.—Las dos clases de amortización de capital: con y sin reducción de capital social.—La amortización sin reducción de capital: examen de la evolución histórica de nuestro Derecho societario: 1. *La amortización de capital en el Código de Comercio*. 2. *La amortización de capital con cargo a reservas en la LSA 1951*. 3. *El estatuto de la reserva por capital amortizado en el sistema legal de la LSA 1951*. 4. *Conclusión sobre el estado de la doctrina antes de la aprobación de la vigente LSA 1989*. 5. *La nueva LSA de 1989: la reserva del artículo 167.3*.—Admisibilidad de la amortización sin reducción de capital en nuestro Derecho positivo.—La amortización con cargo a beneficios o reservas libres en las sociedades anónimas: 1. *Introducción*. 2. *Requisitos del acuerdo social de amortización con cargo a reservas libres o beneficios en las SA*. 3. *Acreditación de la existencia de beneficios o reservas libres. Crítica de la doctrina sentada por la RDGRN de 29 de julio de 1986*.—La reserva de capital amortizado del artículo 167.3. LSA: 1. *Examen de Derecho comparado: A) Derecho comunitario. B) Ordenamientos de Derecho comparado próximos*. 2. *Naturaleza de la reserva*. 3. *finalidad y estatuto de la reserva*. 4. *Aplicaciones de la reserva de capital*.—La amortización con cargo a reservas en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. El artículo 80.4 LSRL: 1. *Introducción*. 2. *La aplicabilidad del procedimiento del artículo 80.4 LSRL al supuesto del artículo 81 LSRL (Garantías estatutarias para la restitución de aportaciones)*. 3. *Adquisición a título gratuito*. 4. *Estatuto de la reserva del artículo 80.4 LSRL*. A) *Naturaleza y fundamento de la reserva*. B) *Aplicación de la reserva*.

COMENTARIO: La finalidad del estudio se centra en analizar la reducción del capital de las sociedades mercantiles. Con un ánimo ilustrativo comienza el autor realizando un estudio del concepto, descripción y clases de la amortización de capital; analiza la amortización con y sin reducción de capital social, deteniéndose en la evolución histórica de nuestro Derecho societario en relación con la amortización sin reducción del capital, todo ello con base en el Código de Comercio, la LSA de 1951, el estado de la doctrina con anterioridad a la vigente LSA de 1989, la nueva LSA y, específicamente, el artículo 167.3 de la misma; por último, analiza la admisibilidad de la amortización sin reducción de capital en nuestro Derecho Positivo.

Una vez realizados estos planteamientos, centra el trabajo en el estudio de la amortización con cargo a beneficios o reservas libres en las sociedades anónimas.

Tras exponer que la reducción de capital más frecuente en nuestra práctica societaria es la amortización de capital de los socios, señala que ésta puede hacerse o con cargo al capital social de las aportaciones total o parcialmente reembolsadas, o que la sociedad disponga de fondos o recursos libres que pueda aplicar a la amortización, siendo entonces con cargo a reservas. Se estudian los requisitos del acuerdo social de amortización con cargo a estas reservas libres o beneficios de la SA. Igualmente profundiza en la necesidad de que la existencia de beneficios o reservas libres se acrediten mediante el oportuno balance verificado, en base a la tutela preventiva de los acreedores, frente a la doctrina de la DGRN, que entiende que este requisito carece de fundamento al no venir exigido en la Ley. A juicio del autor no está en modo alguno justificado el privilegiado trato conferido por el legislador a la operación de reducción de capital con cargo a reservas libres respecto a la de reducción para dotar la reserva legal.

Por último, el autor se detiene en el análisis de la amortización con cargo a reservas en la nueva Ley de sociedades de responsabilidad limitada, contemplada en el artículo 80 LSRL como una reducción de capital por restitución de aportaciones, y donde la dotación de la reserva de capital amortizado permite excluir el régimen común de responsabilidad de los socios a quienes se hubiere restituido la totalidad o parte de sus aportaciones sociales. Estudia diversas cuestiones que plantea la nueva normativa tales como la aplicabilidad del procedimiento señalado del artículo 80 LSRL al supuesto del artículo 81, esto es, las garantías estatutarias para la restitución de aportaciones; o la omisión legal del supuesto de la amortización de participaciones adquiridas por la sociedad a título gratuito; o la reserva del capital del artículo 80.4 de la citada Ley.

«Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores», por JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, pág. 1447.

SUMARIO: I. Los grupos de empresas en el mercado de valores: 1. *Consideraciones generales respecto a la regulación de los grupos en las normas del mercado de valores.* 2. *Finalidad del Derecho de grupos del mercado de valores.*—II. Definición de grupo: 1. *Cláusula general:* 1.1. Control conjunto y acción en concierto. 1.2. Otros elementos integrantes de la cláusula general. En especial significado de «unidad de decisión» y de «control». 1.3. Reglas de cómputo de los derechos relevantes a los efectos de determinar la existencia de control. 2. *Presunciones.*—III. Divulgación de informaciones

financieras: 1. *Divulgación de informaciones como consecuencia de la admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una Bolsa de valores:* 1.1. Divulgaciones que debe realizar toda entidad emisora perteneciente a un grupo de sociedades: 1.1.1. Informaciones relativas a la composición del grupo y las relaciones de participación entre las sociedades que lo constituyen. 1.1.2. Informaciones sobre los accionistas de la entidad emisora. 1.2. Divulgaciones que deben realizar tan solo aquellas entidades emisoras que sean las dominantes de un grupo consolidable de sociedades: 1.2.1. Informaciones relativas a las actividades principales del grupo sometido a la obligación de consolidar sus estados financieros del que el emisor sea entidad dominante: 1.2.1.1. Actividades principales del grupo. 1.2.1.2. Circunstancias condicionantes. 1.2.1.3. Informaciones laborales. 1.2.1.4. Política de inversiones. 1.2.2. Informaciones contables consolidadas. 1.2.3. Informaciones relativas a los administradores, directores y accionistas de la entidad emisora. 1.2.4. Informaciones respecto a la evolución reciente y perspectivas del grupo. 2. *Información periódica que deben publicar las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial en una Bolsa de Valores:* 2.1. Informaciones que deben divulgarse con carácter trimestral. 2.2. Información semestral. 3. *Divulgación de informaciones como consecuencia de la realización de una emisión o venta pública de valores.* 4. *Divulgación de informaciones como consecuencia de la realización de una oferta pública de adquisición de valores.* 5. *Divulgación de los accionistas mayoritarios a través de la divulgación continuada de la modificación de la participación de una sociedad cotizada.*—IV. Uso de información privilegiada.—V. Mercado de control: 1. *Técnicas de adquisición del control:* 1.1. Técnicas de adquisición de control y reparto de la prima de control. 1.2. Regulación del mecanismo de adquisición del control en el Derecho español. 1.3. Ofertas públicas obligatorias. 1.4. Imposibilidad de asegurar el control a través de una adquisición ilícita. 1.5. Resultado de la oferta y posibilidad de promover ulteriores ofertas. 2. *La lucha por el control de las sociedades cotizadas.* 3. *Tutela de los socios minoritarios ante las adquisiciones de control.*—VI. Conclusiones.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 146 (Enero-Febrero 1996)

«Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos», por JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA, pág. 11.

SUMARIO: Introducción con referencia a las formas jurídicas de la actividad administrativa en el ámbito del urbanismo.—La acción concertada o urbanismo concertado.—Los llamados convenios urbanísticos en la jurisprudencia.—Los convenios urbanísticos en la legislación autonómica o foral: A) *En el derecho Foral Navarro.* B) *En el derecho autonómico de Madrid.* C) *En el derecho autonómico de la Comunidad Valenciana.*—Ensayo de una teoría general sobre los convenios urbanísticos en el marco de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: A) *Presencia de los convenios urbanísticos en nuestra realidad y la práctica administrativa.* B) *Los convenios ur-*

banísticos y la libertad de pactos. C) El procedimiento de contratación. D) De las prerrogativas de la Administración contratante en los convenios urbanísticos.

«La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística», por CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, pág. 27.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El principio de calificación registral.—III. La anotación preventiva de la demanda en el proceso contencioso-administrativo en materia de urbanismo: 1. *Su posibilidad bajo el régimen de la Ley del Suelo de 1976.* 2. *La novísima regulación en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo.* 3. *Resolución judicial en la que puede acordarse la anotación preventiva y su ejecutividad.* 4. *Juez o tribunal competente para acordar la citada medida cautelar.* 5. *La exigencia de fianza para acordar la medida y llevarla a efecto.* 6. *Vigencia y prórroga de la anotación preventiva.* 7. *Requisitos para que proceda la adopción de la anotación preventiva.* 8. *Efectos de la anotación preventiva.*

«La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento (Hacia la reducción de la discrecionalidad)», por ANTONIO ALFONSO PÉREZ ANDRÉS, pág. 57.

SUMARIO: I. Introducción.—II. La reserva de ley y la remisión normativa al planeamiento: II.a. *Precisiones sobre la remisión normativa operada al planeamiento por el art. 8 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992.* II.b. *En los límites de la remisión normativa al planeamiento. En especial, la reserva material de ley:* II.b.1. *Aplicabilidad al planeamiento de los límites de la potestad reglamentaria.* II.b.2. *La reserva a la Ley de la limitación del derecho de propiedad.* II.b.3. *La remisión normativa en el ámbito de la reserva de ley a la luz de la jurisprudencia constitucional.* II.b.4. *Los reglamentos remitidos.* II.c. *En el camino de la erradicación de las remisiones en blanco de la legislación postconstitucional reguladora del derecho de propiedad:* II.c.1. *Insuficiencia de la Ley del Suelo.* II.c.2. *La formación postconstitucional del grupo normativo regulador del ejercicio del derecho de propiedad inmueble.*—III. *Conclusión. el recto cumplimiento de la reserva de ley base de la reducción y del control de la discrecionalidad del planeamiento.*

«Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos», por JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER, pág. 97.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. A modo de presupuesto: La actividad convencional de la Administración Pública. Delimitación y tipología general: A) *Contratos y convenios administrativos de colaboración.* B) *Convenios y procedimiento administrativo.* C) *Delimitación de supuestos de actuación administrativa convencional.*—3. Los convenios urbanísticos en la legislación de urbanismo estatal: supuestos y límites: A) *La gestión convencional en la*

elaboración del planeamiento urbanístico. B) La gestión convencional en la ejecución del planeamiento. C) La gestión convenida de forma contractual, en actuaciones en suelo urbanizable no programado.—4 Los convenios urbanísticos en la legislación autonómica: A) *Reforzamiento de los compromisos a asumir por los promotores y propietarios (Cataluña y Madrid). B) En la Comunidad Autónoma de Valencia. C) En la Comunidad Foral de Navarra.*—5. Jurisdicción competente para conocer de las cuestiones suscitadas con ocasión o como consecuencia de los convenios urbanísticos.—6. Conclusión

«Ordenación del territorio y medio ambiente», por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 131.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 139 (Julio-Diciembre 1995)

«Nicoló dei Tedeschi in Spagna», por M. TEDESCHI, págs. 499-518.

«Apuntes sobre la evolución histórica del concepto de heroicidad de las virtudes aplicado a las causas de los santos», por A. ROYO MEJÍA, págs. 519-561

«La prueba del consentimiento matrimonial simulado. Indicaciones jurisprudenciales recientes», por F. R. AZNAR GIL, págs. 563-592.

«Normativa procesal y tercera instancia», por J. L. MÉNDEZ RAYÓN, págs. 593-655.

«La delegación de medios de comunicación social de las diócesis españolas», por J. F. SERRANO OCEJA, págs. 657-712.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 19 (Enero-Junio 1995)

«Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo», por JESÚS LEGUINA VILLA, pág. 9.

«Autonomía local y competencias de Navarra en materia de Haciendas locales: su plasmación en la Ley Foral 2/1995», por FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR, pág. 15

SUMARIO: I. Introducción —II. El marco constitucional de las Haciendas locales —III. Las competencias de la comunidad foral de Navarra en materia de Haciendas locales. a) *El artículo 46 de la LORAFNA y su aplicación a la Hacienda local* b) *El Convenio Económico y su incidencia en el ámbito de las Haciendas locales.*

«El derecho de saca en la Ley de Derecho civil Foral del País Vasco», por ANA SEISDEDOS MUIÑO, pág. 45

SUMARIO. I. Concepto.—II. Objeto: *II.1. En general. II.2. Supuestos de enajenación simultánea de varios inmuebles* —III. Sujetos: *III.1. En general. III.2. Concurrencia de varios parientes tronqueros al ejercicio del derecho de adquisición preferente. III.3. Supuestos de enajenación directa de la finca a uno de los parientes tronqueros.*—IV. El llamamiento a los parientes tronqueros: *IV.1. Naturaleza jurídica de esta institución. IV.2. Formalidades del llamamiento: IV.2.1. Publicidad. IV.2.2. Contenido del edicto.*—V. El ejercicio del derecho de adquisición preferente cuando ha habido llamamiento: *V.1. Comparecencia inicial de los parientes tronqueros. V.2. Prestación de fianza.—V.3. Perfección del contrato. V.4. Designación del tronquero preferente y determinación del precio de la finca. V.5. Acuerdo para la enajenación de la finca a un tercero. V.6. Otorgamiento de la escritura y pago del precio. V.7. Desistimiento del tronquero preferente. V.8. Continuación del procedimiento con los demás parientes tronqueros. V.9. Incumplimiento del propietario del bien troncal. V. 10. Efectos de la incomparecencia de los tronqueros.*

COMENTARIO: En el presente trabajo se analiza el derecho de preferencia de los parientes tronqueros sobre los bienes troncales para adquirirlos con preferencia a extraños a quienes hayan sido o les vayan a ser transmitidos a título oneroso.

El objeto de la investigación es más amplio que el título del trabajo, como bien expone su autora, pues en él se van a analizar todas las cuestiones referentes tanto al momento anterior a la enajenación a título oneroso del bien troncal, esto es, al *llamamiento* de los parientes que ostenten la condición de tronqueros, como a los problemas relativos a un momento posterior una vez enajenado el bien troncal sin haberse efectuado el llamamiento, esto es, al *derecho de saca*.

También se profundiza en el estudio de los derechos de adquisición preferente de los tronqueros, en los casos de *venta forzosa de un bien troncal*, y en las hipótesis de *permuta*.

El estudio de la institución tiene gran importancia tras la nueva regulación por la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco que afecta a esta materia en sus artículos 112 a 127 bajo la rúbrica «De la Saca Foral y demás derechos de adquisición preferente».

Al ser un exhaustivo y pormenorizado trabajo investigador, de fácil comprensión y lectura ágil, la autora expone todos y cada uno de los problemas de esta institución poniéndolos en relación con la existencia o no de antecedentes históricos, tanto del Fuero Viejo como del Fuero Nuevo, o de los dos Proyectos de Apéndices al Código Civil para Vizcaya y Alava, y, específicamente, la Compilación de 1959, todo ello con la finalidad de analizar la nueva regulación legal donde se destacan fundamentalmente los principios del Derecho vizcaíno y, sobre todo, la finalidad foral de la institución. Igualmente, para la solución de los problemas que surgen tras la nueva normativa o, incluso, para fundamentar las novedades introducidas se exponen las soluciones existentes en otros Ordenamientos forales que mantienen figuras análogas al derecho de saca, como el retracto gentilicio en Navarra y el derecho de abolorio en Aragón.

«Acción subrogatoria y opción de compra», por FAUSTINO CORDÓN MORENO, pág. 93.

SUMARIO: I. Introducción: 1. *Supuesto de hecho*. 2. *Delimitación del objeto de este comentario*.—II. El alcance de la sentencia que declara ejercitado el derecho de opción.—III. Naturaleza y alcance de la acción subrogatoria: 1. *La acción subrogatoria es un supuesto de legitimación extraordinaria*. 2. *Cuestiones que plantea el proceso en que ejercita la acción subrogatoria*. A) El alcance de la subsidiariedad de la acción. B) La naturaleza de la legitimación del acreedor. C) Innecesariedad de demandar al deudor sustituido. D) Las facultades del deudor sustituido. E) ¿Declaración confesoria o testifical del deudor sustituido? F) El objeto de la acción subrogatoria. G) Eficacia de la sentencia frente al deudor sustituido.—IV. La posibilidad del deudor sustituido de instar las medidas adecuadas para lograr la efectividad del fallo.

COMENTARIO: El autor toma como punto de partida el supuesto de hecho de una Sentencia del Tribunal Supremo para estudiar la naturaleza y alcance de la acción subrogatoria como cuestión de legitimación extraordinaria. Expone las cuestiones que plantea el proceso donde se ejercita la acción subrogatoria por el acreedor sustituto una vez que se ha declarado ejercitado el derecho de opción.

El problema central planteado hace referencia a la legitimación del sustituto-deudor, que es el titular del derecho de opción y codemandado en el proceso, con la finalidad de adoptar las medidas determinadas en el fallo de la sentencia, tendentes a lograr la efectividad del derecho que se declara ejercitado subrogadamente por el actor-acreedor.

El estudio tiene como finalidad poner de manifiesto la complejidad procesal de la acción subrogatoria, pues como señala el autor es «una institución que permanece huérfana de un examen a fondo desde la perspectiva del proceso».

Se inicia el análisis con el alcance de la sentencia que declara ejercitado el derecho de opción por el subrogado, en base a la doctrina jurisprudencial de estimar la opción como una compraventa concluida, y al amparo del artículo 1.111 CC, que reconoce al acreedor una legitimación extraordinaria para hacer valer en nombre propio los derechos que corresponden a su deudor frente a un tercero.

Como ejemplo más significativo de la acción subrogatoria menciona la legitimación extraordinaria. El sustituto actúa en juicio en nombre propio, pero pidiendo la tutela de un derecho ajeno por expresa disposición legal.

Acertadamente el autor se detiene en las cuestiones que se plantean en el proceso al ejercitarse la acción subrogatoria. Comienza analizando el alcance de la subsidiariedad de la acción subrogatoria manteniendo una interpretación amplia, lo que significa defender la exigencia del artículo 1.111 de que se hayan perseguido previamente los bienes del deudor, lo cual no implica que el acreedor haya iniciado contra él un proceso de ejecución y en él no haya encontrado bienes suficientes para satisfacer su crédito, sino que se satisfaría con la prueba de la insolvencia del deudor y de su inactividad dentro del proceso de declaración. Así, el acreedor podría acumular a su pretensión, frente al deudor, la acción subrogatoria, o ejercitar ésta aisladamente, siendo

suficiente para que la misma sea estimada la prueba en el mismo proceso de sus diferentes presupuestos, entre ellos el de la ausencia de bienes en el patrimonio del deudor. Esta tesis supone que la acción subrogatoria tendría una doble finalidad ejecutiva y conservativa, esto es, tendría el carácter de acción subsidiaria del embargo y realización de los derechos del deudor y, a su vez, serviría de cauce para recomponer el patrimonio de éste con vistas a una futura ejecución.

En relación con la naturaleza de la legitimación del acreedor-sustituto, entiende el autor que se trata de una facultad de contenido estrictamente procesal. Esto significa que está facultado por ley para ejercitar los derechos y acciones del deudor para ingresar en el patrimonio de dicho deudor. La titularidad sigue siendo del deudor. De esta manera, al actuar en el proceso el acreedor en nombre propio, aunque ejercitando un derecho ajeno, resulta innecesario demandar al deudor sustituido. No obstante, la sentencia que se dicte produce frente al deudor sustituido en la subrogatoria eficacia de cosa juzgada. Por otro lado, como el deudor-sustituido es el titular del derecho, podrá realizar actos de disposición sobre su derecho con el límite impuesto por el fraude.

«Notas sobre la naturaleza jurídica del cumplimiento», por RAFAEL MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, pág. 109.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El contenido de la obligación.—III. Sentido amplio y sentido estricto del cumplimiento.—IV. La naturaleza jurídica del cumplimiento: IV.1. *El cumplimiento como negocio jurídico bilateral.* IV.2. *La fragmentación de la naturaleza jurídica del cumplimiento.* IV.3. *La teoría de la fragmentación limitada.* IV.4. *El cumplimiento como negocio jurídico unilateral en Andreoli.* IV.5. *El cumplimiento como negocio jurídico unilateral en Barbero.* IV.6. *La crítica a las teorías negocialistas.* IV.7. *El cumplimiento como acto jurídico.* IV.8. *El cumplimiento como acto jurídico debido.*

«Apuntes sobre el régimen de las adquisiciones *a non domino* en el Derecho Foral de Navarra», por ALFONSO MELÓN MUÑOZ, pág. 127.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Ideas generales.—III. Estudio de la Ley 355 del Fuero Nuevo.—IV. Efectos inmobiliarios de la Ley 355.—V. Estudio de la Ley 358 del Fuero Nuevo.—Nota bibliográfica.

«Órgano municipal competente para iniciar el procedimiento de apremio en el vigente Derecho local navarro», por FRANCISCO JAVIER CIRIÁ PÉREZ, pág. 137.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Objeto de la recaudación.—III. Órgano municipal competente para iniciar el procedimiento de apremio: 1. *Legislación sobre tesorería en la Ley Foral de la Administración local de Navarra.* 2. *El personal con funciones de Tesorería es el órgano municipal competente para dictar la providencia de apremio. Opiniones favorables. Opiniones en contra.*—IV. Conclusión.

REVISTA JURIDICA DE LA REGION DE MURCIA

Número 20 (1995)

«Licitud de la Intromisiones Corporales», por CARMEN ORENES BARQUERO, pág. 13.

SUMARIO: 1. Introducción: A) *Exigencia del principio de legalidad*. B) *Autorización judicial*. C) *Observancia del principio de proporcionalidad*.—2. Concepto de intervenciones corporales.—3. Derechos fundamentales afectados por la realización de intervenciones corporales.—4. Medidas de intervención corporal en el Derecho procesal español.—5. Posición de la jurisprudencia española y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.—6. Presupuestos y requisitos para su adopción. La obligación de soportar su práctica.—7. Consecuencias de su ilicitud. La prueba ilícita.—8. Conclusiones.—Bibliografía.

«La policía administrativa en la Ley de Medio Ambiente de la Región de Murcia», por ANTONIO MARTÍNEZ NIETO, pág. 33.

SUMARIO: 1. Introducción: A) *Contenido y alcance de la nueva regulación*. B) *El sistema de protección ambiental*.—2. El marco competencial: A) *Distribución de competencias en materia de medio ambiente*. B) *Desarrollo legislativo y normas adicionales*.—3. Autorización de actividades contaminantes: A) *La evaluación ambiental estratégica*. B) *La evaluación de impacto ambiental*. C) *Análisis y valoración crítica del sistema*. D) *La calificación ambiental*. E) *Las entidades colaboradoras*. F) *Las áreas de sensibilidad ecológica*. G) *El control integrado de la contaminación*.—4. La etiqueta verde regional: A) *Necesidad de una etiqueta ecológica regional*. B) *El sistema de etiqueta verde*. C) *Etiqueta ecológica y turismo sostenible*.—5. La disciplina ambiental: A) *Contenido de la policía de medio ambiente*. B) *Los inspectores de medio ambiente*. C) *La restauración e indemnización por los daños al medio ambiente*. D) *La potestad sancionadora ambiental*. F) *La suspensión de actividades como medida cautelar*.—6. Las infracciones de medio ambiente: A) *Tipificación y calificación de infracciones ambientales*. B) *Descripción de las infracciones muy graves*. C) *El ruido como infracción administrativa*. D) *La sanción de los malos olores*. E) *La consideración del paisaje como infracción administrativa*. F) *La declaración anual de medio ambiente*. G) *Vertidos líquidos y otras infracciones ambientales*.—7. El procedimiento sancionador: A) *Necesidad de un procedimiento especial*. B) *Análisis documental del procedimiento sancionador*. C) *El período de la información previa*. D) *La Providencia de Incoacción*. E) *El Documento Acusatorio Unico*. F) *La resolución sancionadora*.—8. Información y participación ciudadana: A) *La libertad de acceso a la información*. B) *Participación ciudadana y acción popular*.—9. Conclusión.

«La notificación a los acreedores posteriores en el proceso de ejecución», por ANTONIO LUIS VALERO CANALES y JAVIER LUIS PARRA GARCÍA, pág. 141.

«La prisión preventiva», por MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ, pág. 147.

«La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Algunas notas jurisprudenciales», por JOSÉ MIGUEL ALCÁNTARA Y COLÓN, pág. 161.

«Delitos de resultado cortado», por JOSÉ MUÑOZ CLARES, pág. 171.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Número 1 (Extraordinario 1994)

«La representación procesal», por ALEJANDRO ABAL OLIÚ, pág. 9.

«La securitización de activos y las letras hipotecarias en la Ley Argentina núm. 24 442», por LUIS ANDORNO, pág. 39

«Tendencias demográficas y su incidencia en la seguridad social notarial», por LUIS CASARES, pág. 49

«El Registro Inmobiliario en su faceta social», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, pág. 75.

«Calificación registral extrínseca e intrínseca», por RAÚL GARCÍA CONI, pág. 81.

«Las concentraciones empresariales y el derecho de la libre competencia en la Unión Europea, a través de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia», por AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y FERNANDO PÉREZ HUALDE, pág. 91.

«Nuevas fronteras del abuso del derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo», por RICARDO L. LORENZETTI y DANIEL F. PEDROTTI, pág. 113

«El Derecho Privado en el MERCOSUR», por JORGE MOSSET ITURRASPE, pág. 125.

«Introducción a los aspectos contractuales de la transferencia de tecnología», por SIEGBERT RIPPE, pág. 133

«Regulación de los títulos de crédito y de los medios de pago vinculados con la circulación internacional del dinero», por RUBÉN SANTOS BELANDRO, pág. 147.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 2 (Mayo-Agosto 1995)

«La nueva empresa cooperativa: ¿Un reencuentro con el Derecho Privado?», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, págs. 11-37.

«Cooperativas: una alternativa olvidada para el desempleo», por CAROLINA ORTIZ PORRAS, págs. 39-61.

«Tendencias del Derecho del Trabajo en los umbrales del siglo XXI», por JOSEFA MONTALVO ROMERO, págs. 63-76

«La función pública: ¿Un cambio en la naturaleza del trabajo?», por ROBERTO CHARIS GÓMEZ, págs. 77-86.

«Sanciones internacionales y su posible eficacia: una perspectiva en materia laboral», por MARICARMEN MACÍAS VÁZQUEZ, págs. 87-106.

«Autoridades que resuelven conflictos de Derecho entre las diversas partes del Estado y sus trabajadores», por MIGUEL ACOSTA ROMERO, págs. 107-126.

«Los derechos de los pueblos indios en búsqueda de una fundamentación», por RAÚL HERNÁNDEZ VEGA, págs. 127-133.

«Derecho y ciencia jurídica», por ROLANDO E. TAMAYO Y SALMORÁN, págs. 135-163.

«Realidad carcelaria en México», por FERNANDO ESPINOZA DE LOS MONTEROS, págs. 165-169.

«El conflicto religioso en Chiapas», por ENRIQUE MARROQUÍN, págs. 171-182.

«Chiapas: Discusiones en torno al sistema penal», por FERNANDO TENORIO TAGLE, págs. 163-196.

«El sector público autonómico en España», por JAIME RODRÍGUEZ ARANA, págs. 197-235.

«El contenido de los Derechos Humanos. Aportes latinoamericanos», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, págs. 237-253.

«El supremo Poder Conservador, primer tribunal de constitucionalidad mexicano en 1936», por JUAN JOSÉ MATEOS SANTILLÁN, págs. 255-290.

«La novísima reforma de la Suprema Corte de Justicia mexicana», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 291-230.

Número 3 (Septiembre-Diciembre 1995)

- «Facultades y atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: el inicio de una nueva época», por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, págs. 11-28.
- «El Tribunal Constitucional en la estructura del Estado. El caso de la Corte Constitucional de Guatemala», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, págs. 29-67.
- «Soberanía, Estado de Derecho y Medio Ambiente», por RAQUEL GUTIÉRREZ NAJERA, págs. 69-97.
- «El Derecho y las políticas ambientales en la Unión Europea», por MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, págs. 99-128.
- «Evaluación del impacto ambiental: posibilidades y limitaciones en conservación», por ALICIA LOEZA CORICHI, págs. 129-145.
- «Seguridad Pública y Conveniencias Políticas», por FERNANDO TENORIO TAGLE, págs. 147-173.
- «Derecho y política en los Planes Nacionales de Desarrollo», por CARLOS A. SEPÚLVEDA VALLE, págs. 175-227.
- «Derechos indígenas en México», por LUZ MARÍA CÁRDENAS ARENAS, págs. 229-297.
- «La novísima reforma de la Suprema Corte de Justicia mexicana (parte final)», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 299-329.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPÚBLICA
ARGENTINA

Número 843 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1995)

- «¿Puede uno de los cónyuges enajenar la mitad indivisa de un inmueble ganancial de titularidad de ambos?», por EDUARDO VÍCTOR CURSACK, pág. 729.
- «Otra forma alternativa de protección jurídica de la vivienda familiar: derecho de habitación del cónyuge supérstite (artículo 3573 bis del Código Civil)», por LILIANA M. GARBARINI y otros, pág. 737.
- «¿Protección jurídica de la vivienda familiar? El artículo 211 del Código Civil y el supuesto de *cónyuge enfermo*», por HORACIO TEITELBAUM y RICARDO J. BLANCO LARA, pág. 753.
- «Bien de familia Divorcio: ¿causal de desafectación? Bien de familia, divorcio y ganancialidad. Derecho comparado», por MYRIAM S. PALACIO y OCTAVIO J. GILLO, pág. 765.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (1996)

- «The Challenges for Uniform Law in the Twenty-first Century», por ALAN D ROSE Ao, pág. 9.
- «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG. Alternatives or Complementary Instruments?», por MICHAEL J. BONNELL, pág. 26.
- «Une avancée du droit international: la Convention de rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés», por PIERRE LALIVE D'EPINAY, pág. 40.
- «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», por LYNDEL V. PROTT, pág. 59

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 133 (Febrero 1996)

- «La reforma del control jurisdiccional comunitario en la Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea aprobada por el Parlamento Europeo el 10 de febrero de 1994», por MANUEL DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, pág. 9.
- «El nuevo panorama de la programación de las ayudas a España con fondos comunitarios en el período 1994-1999», por ANA GIL ANTÓN, pág. 27.
- «El arduo camino hacia la Unión Económica y Monetaria», por JAUME MUNICH I GASA, pág. 31.
- «El nuevo acuerdo sobre contratación pública», por MIGUEL ANGEL DÍAZ MIER y ANTONIO M.^a AVILA ALVAREZ, pág. 53.
- «Los contratos de servicios en el marco de la Directiva 93/38/CEE», por LUIS OLIVIE MARTÍNEZ-PEÑALVER, pág. 67.

Número 134 (Marzo 1996)

- «Insuficiencias del Parlamento Europeo en el examen del presupuesto y en el examen político de las instituciones comunitarias», por JUAN CARLOS ARCE GÓMEZ, pág. 9.
- «Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aprobación del Tratado de la Unión Europea», pág. 19.

- «Ordenamiento comunitario y reformas del Derecho de la contratación en España», por JAVIER AVILÉS GARCÍA, pág. 29.
- «La Unión Europea y el Sector de las Telecomunicaciones», por MARÍA LUISA RODRÍGUEZ LÓPEZ, pág. 35.
- «La publicidad del abogado: La difícil solución de un conflicto multidisciplinar», por JAVIER VIÑA DE LA PUENTE, pág. 43.
- «Convergencia, cohesión y política regional», por MARTA MAGADÁN DÍAZ, pág. 51.
- «El concepto de impuesto sobre el volumen de negocios en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia», por FRANCISCO ALVAREZ ARROYO, pág. 63.
- «La influencia del Derecho Tributario Europeo en la legislación española sobre Impuestos Especiales», por SANTIAGO ALVAREZ GARCÍA y MARÍA CONCEPCIÓN ARIZAGA JUNQUERA, pág. 71.
- «Acerca del impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente», por MARTA GÓMEZ VERDESOTO y MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ, pág. 81.
- «Regulación de un IVA uniforme por la Comunidad Europea. Tesis en contra», por JUAN ZURZO RUIZ-AYÚCAR, pág. 91.

