

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



julio-septiembre 2011

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

ACTUALIDAD JURÍDICA

NOTICIAS, CONGRESOS
Y REUNIONES INTERNACIONALES



ANIVERSARIO 1862 - 2012
DE LA LEY DEL NOTARIADO



ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO

**150 años de historia: una función
de futuro**

11º Congreso Notarial Español

“La Autonomía de la Voluntad”

2011

Marzo. Colegio Notarial de Andalucía

“La Autonomía de la Voluntad: planteamiento general”

Junio. Colegio Notarial de Galicia

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho de la persona, familia y sucesiones”

Septiembre. Colegio Notarial de Cataluña

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho mercantil”

Noviembre. Colegio Notarial de Valencia

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho patrimonial”

2012

Enero. Colegio Notarial de Murcia

“La Autonomía de la Voluntad: otras formas de expresión”

Marzo. Colegio Notarial del País Vasco

“La Autonomía de la Voluntad: conflicto interregional e internacional”

28 de mayo de 2012 Colegio Notarial de Madrid

Sesión Plenaria



**CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO**

Número **79**
julio-septiembre 2011

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

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

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com

Impresión: JACARYAN, S. A. Avda. Pedro Díez, 3. 28019 Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR

D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (†)

SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

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

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Las unidades mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad	9
M. ^a Elvira Afonso Rodríguez	

Nuevos enfoques en la Ley Concursal introducidos por la Ley 38/2011, de 10 de octubre	37
Francisco José Aranguren Urriza	

Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español ...	71
Santiago Castán Pérez-Gómez	

Derechos y garantías del ciudadano en el procedimiento registral	131
Alfonso Cavallé Cruz	

Sistemas legales de actualización de las rentas arrendaticias. Estudio crítico	159
José María de la Cuesta Sáenz	

Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria	177
Antonio Fernández de Buján	

La literatura actual sobre el Derecho de Familia	227
Víctor Manuel Garrido de Palma	

Función notarial, cláusula de nacionalidad y libre establecimiento	249
José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz	

Los supuestos de sustitución vulgar y el notario	279
Domingo Irurzun Goicoa	

Tipos societarios específicamente europeos	323
Ubaldo Nieto Carol	

Distribución de responsabilidad hipotecaria	403
Alfonso Ventoso Escribano	

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda	497
Víctor Manuel Garrido de Palma	

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

El derecho de acrecer entre coherederos , de L. Zumaquero Gil, prólogo de A. Cañizares Laso, Editorial Dykinson-Consejo General del Notariado, Colección Monografías de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones, Madrid, 2011	517
Por José María de la Cuesta Sáenz	

Introducción al Derecho y exposición de las categorías jurídico privatísticas fundamentales , recensión de la obra Derecho Privado Romano , 4. ^a ed., de A. Fernández de Bu-ján, Editorial Iustel, Madrid, 2011	523
Por Ángel Serrano de Nicolás	

NOTICIAS, CONGRESOS Y REUNIONES INTERNACIONALES

Manuel Albaladejo García	531
Por Víctor Manuel Garrido de Palma	

ESTUDIOS DOCTRINALES



LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (*)

M.^a Elvira Afonso Rodríguez

Profesora titular de Derecho civil

Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas

Universidad de La Laguna

Resumen: La unidad mínima de cultivo, como mecanismo jurídico que favorece el desarrollo agrario, al evitar la excesiva fragmentación del suelo rústico, determina una limitación a la facultad de disposición del propietario, en cuanto impide los actos de división o segregación de la finca, cuya plena efectividad se hace depender, a diferencia de las limitaciones legales al dominio, de la constancia registral expresa, salvo la declaración de innecesariedad prevista en el RD 1093/1997.

Palabras claves: Finca rústica, división, segregación, publicidad registral, limitación dominical, facultad de disposición.

Abstract: The minimum cultivation unit, as a legal mechanism to favour the agricultural development, in order to avoid an excessive rural land fragmentation, entails a restriction to its owner's disposal faculty, as it prevents any estate division or segregation, of which full effectiveness depends on, unlike ownership legal limitations, the express register proof, except when RD 1093/1997 unnecessary declaration applies.

Keywords: Plot of land, division, segregation, official register publication, ownership limitation, disposal faculty.

(*) Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación "El Registro de la propiedad como elemento vertebrador de la información territorial: datos espaciales, metadatos y Directiva INSPIRE" (DER 2008-02962/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. INSCRIPCIÓN DE LAS FINCAS RÚSTICAS
 - A) Planteamiento general
 - B) Unidad mínima de cultivo
 - 1. Antecedentes legislativos
 - 2. Regulación actual: Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias
 - 3. Competencia para determinar la unidad mínima de cultivo
 - 4. Mecanismos de garantía de la unidad mínima de cultivo: su tratamiento registral
- III. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica “Las unidades mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad”, voy a abordar el estudio de las fincas rústicas no susceptibles de fraccionamiento desde la óptica del Registro de la Propiedad, esto es, analizando de qué forma y con qué alcance nuestro sistema inmobiliario garantiza y protege la existencia, titularidad y contenido de las titularidades jurídicas que afectan a la propiedad rústica no susceptible de división o segregación, en el entendido de que el Registro de la Propiedad, la publicidad registral, se revela como un mecanismo eficaz para la protección del suelo rústico.

Con tal fin, partimos en primer lugar por conceptuar y deslindar el suelo rural del que está en situación de urbanizado, partiendo a tal efecto del RD 2/2008, de 20 junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo [se reproducen los mismos términos de la Ley del Suelo de 29 de mayo (Ley 8/2007)]; suelo en situación de

urbanizado, cuyo fraccionamiento ha merecido la atención del legislador si bien en este caso la terminología acuñada ha sido la de parcelación, de modo que aunque en teoría, división, segregación o parcelación constituyen operaciones de fraccionamiento del suelo, tratándose de fincas rústicas, el legislador habla de divisiones y segregaciones. Pues bien, dice la citada norma, en su artículo 12.2, que se encuentra en situación de suelo rural: “a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente”.

II. INSCRIPCIÓN DE LAS FINCAS RÚSTICAS

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

El principio de especialidad que preside nuestro sistema hipotecario, y que resume la frase “una finca, un derecho” (1), acarrea como consecuencia la adopción del sistema de folio real como criterio organizador de nuestro Registro, de modo que cada finca abre un folio distinto en el Registro. Folio en el que a continuación se practicarán “Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca..., sin dejar claro entre los asientos” (13.1 y 243 LH). Disponiendo al respecto el Reglamento Hipotecario en su Tí-

(1) RDGRN de 27 de enero de 1928.

tulo II, relativo a Las formas y efectos de la Inscripción, bajo la rúbrica "Circunstancias de las Inscripciones", los requisitos a los que se tiene que ajustar la inscripción de las fincas rústicas. Dispone así el artículo 51 que "la inscripción de las fincas rústicas, además de contener los requisitos especiales que para cada una de ellas determina el artículo 9 del Reglamento, se practicará con sujeción a las reglas siguientes: 1.^a La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana... Si se aporta cédula, certificación o licencia administrativa que lo acredite se hará constar, además, la calificación urbanística de la finca... 4.^a La medida superficial se expresará en todo caso y con arreglo al sistema métrico decimal, sin perjuicio de que también se haga constar la equivalencia a las medidas del país".

Asimismo, la inscripción de toda finca rústica deberá expresar también, por mandato expreso del artículo 26 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Ley 19/1995), si la misma es susceptible o no de división o segregación.

Ahora bien, ¿qué se entiende por finca rústica? Superando la tradicional conceptualización de la finca como el trozo o porción de la corteza terrestre continuo, cerrado por una línea poligonal, que pertenece a una sola persona en propiedad, o a varias en pro indiviso, el RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, conceptúa la finca como "la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo..."; finca que si conforme a la legislación hipotecaria abre folio en el Registro de la Propiedad, tendrá la consideración de finca registral. Tenemos así que la noción de finca rústica no es asimilable plenamente a finca registral por cuanto la legislación hipotecaria aplica este concepto a otras entidades inmobiliarias, distintas de los tradicionalmente llamados bienes raíces. Y dentro de estas otras entidades inmobiliarias, hay algunas en cuya determinación influye la voluntad del propietario o propietarios, que puede constituir en una misma extensión varias fincas, como una sola, como es el caso de las explotaciones agrarias o industriales y en otras son las disposiciones legales las que limitan las facultades de disposición del propietario, como acontece con las unidades mínimas de cultivo.

Pues bien, son precisamente las unidades mínimas de cultivo las que me interesa destacar y analizar desde la óptica registral por representar una limitación a las facultades de disposición del dueño

que determinan su sujeción a un régimen jurídico específico que tiene su reflejo en el sistema inmobiliario, al imponerse, de una parte, a los notarios que autoricen las escrituras de segregación o división de fincas la obligación de exigir, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable, y de otra, a los registradores de la propiedad el cumplimiento de idéntico requisito para practicar la correspondiente inscripción exclusiva.

B) UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO

1. Antecedentes legislativos

La preocupación de nuestro legislador por los problemas que para el desarrollo agrario implica la excesiva dispersión y fragmentación del suelo rústico, motivó que la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954 estableciera una serie de medidas dirigidas a frenar la excesiva diseminación parcelaria y atomización de la propiedad, tan característica en algunas zonas de nuestro territorio (2). Entre ellas, me interesa destacar, por razón de este trabajo, la dirigida a fijar la unidad mínima de cultivo y el establecimiento de la indivisibilidad legal de la misma, con la consiguiente limitación a las facultades de disposición dominical, salvo que la división diere lugar a parcelas en las que fuese a realizarse cualquier género de edificación o construcción permanente, o predios de extensión superior a la unidad mínima de cultivo cuando la división no dé origen a parcelas de extensión inferior a la unidad de cultivo o cuando la parcela o parcelas inferiores que en su caso resulten de la división se adquieran simultáneamente por propietario de terrenos colindantes con el fin de unir las a las que ya posean para

(2) Objetivo este que también sirvió de fundamento a la Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952, cuya Exposición de Motivos califica como de extraordinaria importancia el que se deriva del intenso parcelamiento que sufre gran parte del territorio nacional, así como para las Leyes sobre Colonización y distribución de la propiedad en zonas regables de 21 de abril de 1949, y Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952.

formar de este modo una nueva finca que cubra el mínimo de la unidad de cultivo.

Así pues, la primera regulación de las Unidades Mínimas de Cultivo procede de la Ley de 15 julio 1954, que fue desarrollada, primero, por el Decreto de 25 de marzo de 1955, que determinó en su artículo primero los límites máximo y mínimo de las unidades mínimas de cultivo en las distintas provincias, distinguiendo entre fincas de secano y de regadío, y posteriormente, por la Orden de 27 mayo 1958, que en cumplimiento del encargo contenido en la Ley de que fuera el Ministerio de Agricultura el que debía señalar la extensión de la unidad de cultivo dentro de cada zona, completa la anterior y fija la unidad mínima de cultivo por provincias.

Hay que hacer notar, sin embargo, que aunque esta Ley es la primera que contiene un tratamiento completo de las unidades mínimas de cultivo, ya con anterioridad la Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre 1952 –que con carácter urgente y experimental introduce la concentración parcelaria para aquellas zonas del territorio nacional donde el parcelamiento de la propiedad rústica era especialmente grave– aludía a las unidades mínimas de cultivo al disponer su artículo 9 que “Una vez realizada la concentración parcelaria, las fincas de extensión igual o inferior a la fijada para las unidades mínimas de cultivo, tendrán la consideración de cosas indivisibles, y la parcelación de predios de extensión superior a la dicha unidad sólo será válida cuando no se dé origen a parcelas de extensión inferior a ella”.

Pero al margen de esta referencia legal, es la Ley de 1954 la que contiene una regulación más completa de la unidad mínima de cultivo, de la que decía que la extensión de la misma dentro de cada zona o comarca vendrá constituida, en terrenos de secano por la extensión suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señale como superficie del huerto familiar, estableciendo a continuación, el artículo 2, el carácter indivisible de dichas parcelas, salvo en los supuestos expresamente previstos (3).

(3) Tales son: los supuestos de división en que las parcelas resultantes de la división, aunque inferiores a la unidad mínima de cultivo, se adque-

Ahora bien, establecida en los términos indicados dicha indivisibilidad, sin embargo no se dispone de un régimen sancionador expreso, más allá de la mera declaración de invalidez contenida en el artículo 2, que se limita a disponer que la división del predio superior a la unidad de cultivo "sólo será válida" cuando dé origen a parcelas de extensión superior a la unidad mínima de cultivo, o la posibilidad que se reconoce a los interesados, en caso de que la división traiga causa de una donación o herencia, de anularla dentro del plazo legalmente previsto, reconociendo asimismo el artículo 3 un derecho de adquisición preferente a favor de los propietarios de las fincas colindantes que resulten de la división cuando aquellas sean de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Derecho de adquisición preferente que podrá hacerse valer en todo caso, al proclamarse en el párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley que "la inexactitud en la medida superficial de las fincas inscritas no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad ni enervará, por lo tanto, los derechos establecidos en la ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción".

Ahora bien, este derecho de adquisición preferente establecido con carácter general en el artículo 3 a favor de los colindantes, disponía de una regla específica para el caso de que la división o segregación resultara de una partición hereditaria o donación, disponiendo en tal caso el párrafo 2.º que el colindante solo podrá ejercer este derecho si mediaba notificación previa fehaciente de su propósito y en el plazo de treinta días los interesados no acuerdan anular la división o rectificarla ajustándola a las previsiones legales.

Del régimen legal transcrito, resulta por tanto que la vulneración del régimen general de las unidades mínimas de cultivo no engendraba la nulidad de las divisiones realizadas, sino tan solo otorgaba un derecho de adquisición preferente a favor de los propietarios de las fincas colindantes.

Esta Ley fue posteriormente derogada por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 enero 1973 (4), que refundió en su texto

ran simultáneamente por propietarios de terrenos colindantes con el fin de unir las a las que ya posean, para formar de este modo una nueva finca, que cubra la unidad mínima de cultivo y las segregaciones de la unidad mínima de cultivo cuando sobre la parcela segregada se vaya a efectuar cualquier género de edificación o construcción permanente.

(4) En este repaso por los antecedentes de la figura, es referencia obli-

todas las leyes relativas a estructuras agrarias, como las de Unidades Mínimas de Cultivo y Concentración Parcelaria, y establecía en su Título III, Libro II, un régimen específico y más extenso para las unidades mínimas de cultivo, en parecidos términos a los expresados, aunque sin distinguir entre fincas concentradas o no (5). Así pues, después de definir la unidad de cultivo como la extensión superficial mínima que se considere suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características de la agricultura en la comarca, se proclama la indivisibilidad o imposibilidad de segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo tanto de las fincas concentradas como de las no concentradas (ex arts. 43 y 44).

En el mencionado título y como norma general se determina que “la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo” (art. 44.1), estableciendo a continuación el número 2.º tres excepciones, a saber: a) las disposiciones a favor de propietarios colindantes siempre que como consecuencia de la división o segregación no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo; b) cuando las porciones segregadas se destinen a cualquier tipo de edificación o construcción; y c) los supuestos de “segregación o división que, sin respetar las normas mínimas, se destinen a huertos familiares de las características que se determinen reglamentariamente”. Y a continuación, el artículo 45 establece que el incumplimiento de las normas mínimas dará

gaba la Ley de Explotaciones Agrarias familiares indivisibles de 14 de abril de 1962, que al establecer la superficie correspondiente a las explotaciones familiares en cada provincia, pretenderá, sin conseguirlo, sustituir la idea de unidad mínima de cultivo por la de explotación agraria al proyectar la protección de la unidad mínima de cultivo no sobre la finca, sino sobre la explotación.

(5) Recordemos que las fincas concentradas contaron, hasta la promulgación de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, con una regulación específica que garantizaba la integridad de las fincas de reemplazo obtenidas mediante la concentración parcelaria cuya división o segregación no solo estaba sancionada con la nulidad del acto, sino que no admitía la aplicación del derecho de retracto que generaba a favor de los colindantes la división de la unidad mínima de cultivo, tal y como preveía el Decreto de 22 de septiembre de 1955, que excluía de su aplicación a las fincas concentradas.

lugar al derecho de retracto de colindantes, debiendo respetar las tan aludidas normas mínimas, aun en las particiones hereditarias, conforme determina el artículo 46. Por último, también contempla esta Ley, como lo hacía la anterior, la obligación que compete a los registradores de la propiedad de hacer constar en la inscripción que solo podrán ser objeto de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo.

2. Regulación actual: Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias

Recogiendo el testigo de la normativa anterior, la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, utilizando los clásicos criterios de "suficiencia" y "rendimiento satisfactorio", define en parecidos términos esta categoría, al disponer el artículo 23.1 que la unidad mínima de cultivo es "la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona".

A continuación, se atribuye la competencia para la regulación de los fraccionamientos a la legislación agraria o forestal que dicte cada Comunidad Autónoma, cuya ausencia determinará la aplicación supletoria de la regulación contenida en los artículos 23 y siguientes de la citada Ley (6). Ahora bien, como solo algunas CCAA han fijado esas unidades mínimas de cultivo, subsiste un alto grado de inseguridad jurídica en torno a estas cuestiones (7), a las que dedicaré un apartado específico de este trabajo.

(6) La determinación de esas unidades mínimas por la Administración autonómica se realizará, según dispone el artículo 23.3 LMEA, atendiendo a sus circunstancias edafológicas, climáticas y socioeconómicas. Lo cierto es que, incluso con anterioridad a la aprobación de esta Ley, la mayoría de las CCAA habían determinado la extensión de las unidades mínimas de cultivo aplicables en su ámbito mediante disposiciones de diverso rango normativo.

(7) Por lo que se refiere a la Comunidad Canaria, el Decreto 58/1994, de 22 de abril, establece la unidad mínima de cultivo en suelo rústico, con carácter general, en una hectárea para todo el territorio de la Comunidad Autónoma, sancionando con la nulidad los negocios jurídicos de división o segregación de las fincas rústicas que den lugar a una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. En tal sentido, la Orden de 14 de junio de 1994,

De la unidad mínima de cultivo se predica asimismo su indivisibilidad, salvo en los casos expresamente previstos, tal y como resulta del artículo 25, que autoriza la división o segregación en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de actos de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo; b) Cuando la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación; c) Cuando la división

de la Consejería de Agricultura y Alimentación, por la que se desarrolla el Decreto 58/1994, de 22 de abril, por el que se establece la unidad mínima de cultivo, dispone: "Primero. En la división o segregación de una finca rústica, el informe de la Consejería de Agricultura y Alimentación se entenderá emitido favorablemente cuando como consecuencia de la misma no resulte ninguna parcela de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Segundo. Para la emisión del preceptivo informe, en los supuestos excepcionales recogidos en el artículo 3 del Decreto 58/1994, de 22 de abril, por el que se establece la unidad mínima de cultivo, los Ayuntamientos remitirán a la Dirección General de Estructuras Agrarias la siguiente documentación: 1) Solicitud del interesado en la que se deberá expresar la superficie de la finca matriz y de la parcela a segregar, así como el objeto de la segregación. 2) Documento de propiedad de la finca matriz y, en su caso, de la finca colindante, o de la no colindante cuando se vaya a constituir con la misma una unidad orgánica. Se entenderá que dos fincas no colindantes constituyen una unidad orgánica cuando se inscriben como una sola finca bajo un mismo número en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. 3) Plano o croquis de situación de la finca con indicación de la parcela a segregar. 4) Informe de la oficina técnica municipal sobre la calificación del suelo donde se ubica la finca matriz. 5) Autorización prevista en el artículo 9.2 de la Ley Territorial 5/1987, de 7 de abril, sobre Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el supuesto que la segregación tenga por objeto realizar una construcción o instalación, definidas en el apartado b), punto 1, artículo 3, del citado Decreto 58/1994. 6) Informe, en su caso, del organismo público cuya actuación produjo la división de la finca rústica y la incomunicación entre los predios resultantes de personas, animales o medios de producción".

o segregación sea consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos; y d) cuando se produzca por causa de expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa.

De la regulación transcrita resulta pues que los supuestos excluidos de la división o segregación se amplían respecto de la legislación anterior para incluir los casos en que la división o segregación sea el resultado del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos o cuando traiga causa de una expropiación forzosa. Con esta ampliación se estaba aludiendo, de un lado, a los supuestos regulados en los artículos 84 a 99 de la derogada Ley de Arrendamiento Rústicos de 1980 (Ley 83/1980, de 31 de diciembre), en los que el reconocimiento a favor del arrendatario de parte de la finca del derecho de acceder a la propiedad de la misma, en los términos allí establecidos, podía originar que de la división o segregación de la finca arrendada resultare una parcela de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Supuesto este hoy inoperante, como consecuencia de la derogación operada por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre. Respecto al segundo de los nuevos supuestos exceptuados de la prohibición, se está contemplando la posibilidad a que se refiere el artículo 23 de la Legislación Expropiatoria de que la misma implique solo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica. Nada nuevo añade el RDL 2/2008 a dicha regulación a la que expresamente se remite, al establecer el apartado 2 del artículo 17 que "La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas en la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística...". Reiterando a continuación dicha normativa la obligación –históricamente consagrada– de los notarios y registradores de la propiedad de exigir, para sus testimonios, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta la división o segregación de la finca rústica.

3. Competencia para determinar la unidad mínima de cultivo

La atribución por la originaria Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 julio 1954 al Ministerio de Agricultura de la competencia para

determinar la extensión superficial de la unidad mínima de cultivo, determinó la aprobación, primero del Decreto de 25 de marzo de 1955, que fijaba las unidades mínimas de cultivo para todo el territorio nacional, distinguiendo entre fincas de secano y de regadío, y posteriormente, de la Orden de 27 mayo 1958, que completando la anterior, fijaba la unidad mínima de cultivo por provincias.

Competencia que con la actual conformación política de España y reparto competencial, está residenciada en las Comunidades Autónomas, que, en ejercicio de las competencias asumidas tanto en materia de agricultura como de urbanismo y ordenación del territorio, contienen disposiciones que regulan la división y segregación de las fincas de naturaleza rústica, disponiendo a tal efecto el artículo 23 de la LMEA que compete a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial. Ahora bien, es lo cierto que, incluso con anterioridad a la aprobación de esta Ley, algunas Comunidades Autónomas ya habían establecido la extensión de las unidades mínimas de cultivo aplicables en su ámbito mediante disposiciones de diverso rango normativo, de modo que en el momento actual son pocas las que carecen de normativa específica. Por orden cronológico serían: Cataluña (Decreto 12 abril de 1983); Castilla y León (Decreto 16 de agosto 1984); Madrid (Decreto 11 mayo 1989); Cantabria (Decreto de 23 marzo 1990); Asturias (Decreto de 30 diciembre 1992); Canarias (Decreto 58/1994, de 22 de abril, modificado por el Decreto 80/1994, de 13 de mayo); Murcia (Decreto de 6 junio de 1997); País Vasco (Decreto de 8 junio 1997).

Restan pues solo cinco Comunidades (Aragón, Baleares, Castilla-La Mancha, La Rioja y Valencia) que carecen de normativa, lo que plantea el problema, ciertamente debatido, de cuál sería la normativa aplicable en estos ámbitos territoriales. En Aragón la solución la ofrece la reciente Ley Urbanística, de 25 de marzo de 1999, que colma este vacío normativo al contemplar la aplicación transitoria de la Orden del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1958. En parecidos términos, en Valencia, la Ley autonómica 2/1997, de 13 de junio, establece en su Disposición Transitoria Primera que, en tanto se apruebe por Decreto del Gobierno Valenciano, de conformidad con la LMEA, la extensión de las unidades mínimas de cultivo, estas se determinarán en todos los casos por aplicación de las reglas

establecidas en el número 2 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley autonómica 4/1992, del Suelo No Urbanizable, según su nueva redacción establecida en el artículo 3 de la Ley 2/1997.

Pero como decíamos, el problema de la extensión de la unidad mínima sigue subsistiendo respecto de los territorios donde aún no se han dictado normas específicas, lo que ha llevado a aplicar supletoriamente la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 (que completa el Decreto de 25 marzo de 1955), por la que se fijaron las unidades mínimas de cultivo en las distintas provincias. Sin embargo, la vigencia de esta Orden es una cuestión largamente debatida tanto en la doctrina científica como jurisprudencial. De hecho, el propio Tribunal Supremo ha mantenido una postura oscilante, que va de su original planteamiento a favor de su derogación, pasando por la admisión de su vigencia y su vuelta a la doctrina inicial. Así, tenemos que en la STS de 10 de mayo de 1980 se manifiesta contrario a su vigencia al declarar que: *"... dicha Orden Ministerial se publicó como consecuencia y complemento de la primitiva Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 15 julio 1954, la que en su artículo 1.º dejaba al Ministerio de Agricultura la facultad de señalar por Decreto la extensión de las unidades mínimas de cultivo dentro de cada zona o comarca de la provincia a los efectos de dicha Ley, y como ésta ha sido expresamente derogada por la vigente Ley de 1973, tal derogación ha de llevar consigo necesariamente la de la O. de 27 mayo 1958 que, en cumplimiento de los Decretos de 25 marzo y 22 septiembre 1955 –dictados en aplicación de mencionada Ley de 1954–, fijó la extensión de referidos mínimos de cultivo, pues sabido es que el espíritu derogatorio de una ley ha de alcanzar, si la nueva no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada, como lo son las aclaratorias, complementarias o dictadas para ejecución de la misma, y esta condición tiene la Orden Ministerial de 1958 en relación con la Ley de 1954..."*. Por el contrario, en fecha posterior (sentencia de 10 de marzo de 1986) modifica su planteamiento, favorable ahora a su vigencia, en la consideración de que el Decreto de 25 de marzo de 1955 establecía únicamente los límites máximos y mínimos que en las diversas provincias habían de asignarse a la unidad mínima de cultivo, mas el designio de ese señalamiento no era otro que el de fijar los límites dentro de los cuales habían de fijarse ulteriormente las superficies mínimas para cada una de las comarcas, que es justamente lo que

efectuó la Orden de 1958, sin que por lo tanto le afecte la operada en 1973, que afectaba únicamente a "las disposiciones de carácter general con rango de ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria", mas no a las disposiciones de rango inferior cuales son el citado Decreto de 25 de marzo de 1955. Pero cuando ya parecía aparentemente resuelta la cuestión de la vigencia de la citada Orden, vuelve el Tribunal Supremo a su planteamiento inicial, contrario a su vigencia, en la sentencia de 11 de mayo de 1988, en la que razona que *"la alegación contenida en la demanda de Primera Instancia de que desde 1973 a 1984 no existía fijada unidad mínima de cultivo en la zona no ha sido negada por la Administración, que lleva el debate al terreno estrictamente urbanístico: la existencia de un núcleo de población y congruente existencia de infracción. Pero en todo caso a esa conclusión hay que llegar por el juego derogatorio resultante de la incidencia de la Ley de 12 de enero de 1973 (la de Reforma y Desarrollo Agrario) sobre la de 15 de julio de 1954 y la Orden de 27 de mayo de 1958"*.

La falta de uniformidad de la jurisprudencia no se aprecia con tanto vigor entre los autores, partidarios en su mayoría de la tesis que sostiene que la derogación de la Ley sobre Unidades Mínimas de cultivo de 1954 no alcanzó al Decreto. Este es el planteamiento seguido, entre otros, por ALONSO GONZÁLEZ (8), que fundamenta su tesis en tres órdenes de razones. La primera, que la Disposición Final Derogatoria de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 se refiere en su apartado primero expresa e individualizadamente a diversas leyes, entre las que se incluye la de unidades mínimas de cultivo de 1954, derogando su apartado segundo disposiciones de carácter general con rango de ley, entre las que no se pueden entender incluidas otras de rango inferior. Segunda, que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 es un texto refundido en el que se incorporó el contenido de la Ley de unidades mínimas de cultivo de 1954, por lo que las disposiciones que a esta servían de complemento pueden igualmente servir a la Ley nueva. Y tercera, que si se estimase derogada la Orden de 1958 se vulneraría el principio general de conservación de las normas, además de generarse un vacío normativo que determinaría la imposibilidad de aplicar lo dispuesto

(8) En el mismo sentido, CORRAL GIJÓN, ob. cit., pp. 237 y siguientes; CORRAL DUEÑAS, ob. cit., p. 847, entre otros.

en otras normas, como el artículo 20.2 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones o el artículo 62 a) de la LRHL.

4. Mecanismos de garantía de la unidad mínima de cultivo: su tratamiento registral

Después de este breve repaso por el devenir legislativo de la figura, y los problemas competenciales referidos, examinaré a continuación el mecanismo de garantía con el que las sucesivas normas han tutelado la previsión legal de indivisibilidad.

Debo empezar significando que el interés de la doctrina por determinar el tipo de sanción que se anuda a los actos de contravención de la prohibición legal de división o segregación de fincas de las que resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo arranca ya desde la originaria Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954. Preocupación que se explica por la falta de precisión legal que se aprecia al respecto. Recordemos que el artículo 2 de la citada ley se limitaba a consagrar la indivisibilidad de las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima, al declarar que la división solo será válida cuando la división no dé origen a parcelas de extensión inferior. Al tiempo que el párrafo 2 del artículo 4 reconocía a los interesados, para los casos de división por herencia o por donación a favor de herederos forzosos, el derecho a anular o rectificar la división practicada. Por su parte, el artículo 3 dejaba a salvo el derecho de los propietarios de las fincas colindantes con las parcelas que resultasen de extensión inferior a la de la mínima unidad de cultivo como consecuencia de la infracción de dichas prescripciones legales. Completa este régimen las previsiones contenidas en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 5, que, por una parte, ordenaban a los notarios y registradores de la propiedad que “toda inscripción de finca rústica deberá contener su medida superficial, con expresión de si el cultivo a que está dedicada es de secano o de regadío, y cuando su superficie sea inferior al doble de la fijada para la unidad mínima de cultivo harán constar su carácter de indivisible”, y por otra, disponía que la inexactitud en la medida superficial de las fincas inscritas no podía favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervará los derechos establecidos en la Ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción. Exigencia de constancia registral que se reitera en el Decreto de 25 de marzo de 1955, que disponía igualmente que los

notarios y registradores de la propiedad, a partir del día siguiente a la publicación del referido Decreto, tenían la obligación, al autorizar o inscribir los documentos en los que se realizaran las segregaciones o divisiones ilegales, de hacer constar en el título y en la inscripción el carácter de indivisibles de las parcelas.

Pero no obstante esta falta de sanción legal a los actos de división o segregación, no faltaron autores que, como SALAS MARTÍNEZ (9), defendieron el carácter nulo, radicalmente nulo, del negocio jurídico de división o segregación ilegal que daba lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, sin perjuicio –razona el autor– de que dicha infracción llevase aparejada la sanción adicional del derecho de recomposición, que, lejos de interpretarse como el reconocimiento tácito de la legalidad de la segregación, lo que hace es reforzar doblemente el régimen sancionador, al imponer la nulidad del acto y la imposición de una pena, como es el derecho de recomposición. O la de otros autores que sostenían la inoperancia de la ley frente a las segregaciones y divisiones ilegales que se hagan constar en documento privado, al limitarse la ley a sancionar las formalizadas en documento público, o la de aquellos que sostenían que el derecho de recomposición era la única sanción prevista a los actos de segregación ilegales, y no nulidad *ipso iure*. Tesis esta frontalmente combatida por FOSAR BENLLOCH (10), quien sostuvo el carácter nulo de dichos actos, tanto se formalizaran en documento público o privado, porque lejos de que de los preceptos de la ley pueda deducirse el pretendido olvido de los documentos privados, es lo cierto que los términos de generalidad en los que se expresa dicha ley permiten afirmar que la sanción alcanza a todo tipo de segregaciones ilegales.

Aunque la interpretación de estas disposiciones legales motivó una viva discusión (11) en torno a la calificación jurídica que

(9) “Las unidades mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad”, RCDI, julio-agosto 1956, p. 462. En parecidos términos, FOSAR BENLLOCH: “Juicio crítico de la legislación de mínimas unidades de Cultivo”, *Revista de Estudios Agrosociales*, núm. 21, 1957, pp. 39-55.

(10) Ob. cit., p. 54.

(11) Para un estudio más detallado de esta cuestión, cfr. ALEJO LEAL: *La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo*.

merecían los actos contrarios a dichas previsiones legales, lo cierto es que la praxis evidenció que la efectividad práctica de la sanción con que se garantiza la indivisibilidad de las unidades mínimas de cultivo era escasa o prácticamente nula.

El régimen transcrito se reproduce en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, en la que igualmente se aprecia esa debilidad con que se sanciona la garantía de indivisibilidad, al admitirse también ahora el ejercicio del derecho de retracto sin mediar la previa anulación de la inscripción.

Frente a este régimen –de cuya ineficacia ha dado buena cuenta la praxis–, la LMEA refuerza el sistema sancionador, ya que la garantía que representa la declaración de indivisibilidad –recogida igualmente en la Ley del Suelo de 1999, en la posterior Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007, y actual RD 2/2008, de 20 junio– se refuerza con la declaración de nulidad de los actos o negocios que vulneren esta prohibición, al prescribir el artículo 24.2 que “serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a terceros, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior”; regla que alcanza, según lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 24, a la partición de herencia, la cual deberá realizarse “teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por Ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos”. Reglas que resuelven en favor de la adjudicación de la cosa, en este caso, la finca, sin dividirla a uno de los comuneros, el cual deberá compensar a los demás.

Además de la sanción de nulidad prevista para los actos o negocios jurídicos que produzcan esas divisiones, se reconoce un derecho de retracto a los propietarios colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias (art. 27 LMEA).

Pero aunque es evidente que el cambio legislativo del régimen sancionador de los actos de división y segregación que se opera con la LMEA es decisivo, al disponer ahora ya sí de una declaración expresa de nulidad de dichos actos, sin embargo hay que hacer notar que la trascendencia de la sanción de nulidad de los actos de división contrarios a la normativa legal, no alcanza, tal y como señala el

profesor DE PABLO (12), la eficacia *erga omnes* de las prohibiciones legales de disponer, ya que dicha sanción de nulidad convive con otra previsión legal, como la contenida en el apartado 2 del artículo 26 LMEA, según la cual, la inexactitud de los datos relativos al carácter indivisible de la finca tiene su límite legal en el artículo 34 de la LH, salvo declaración administrativa expresa de su carácter indivisible o no segregable, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley 6/1998, que complementan las exigencias de la LMEA (13). “De ello se infiere –sigue afirmando este autor– que el régimen de las unidades mínimas de cultivo no reúne los caracteres de las propias limitaciones legales al derecho de propiedad, entre las que está la de poderse hacer valer *erga omnes* por ministerio de la ley y con total independencia de que consten o no en el Registro, pues –cabe decir–, que la publicidad legal prevalece y se impone siempre a la publicidad registral”. De este modo, cabría concluir que la exigencia de constancia registral expresa sobre el carácter indivisible de la finca a que se condiciona su eficacia frente a todos, aleja el régimen de la unidad mínima de cultivo del previsto para las limitaciones legales al dominio, cuya plena eficacia jurídica no se hace depender de inscripción separada y especial (ex art. 26.1.ª Ley Hipotecaria). En consecuencia, la garantía plena de la indivisibilidad precisa, de conformidad con la legislación hipotecaria, de la referencia expresa

(12) *Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales*, Madrid, 2004, p. 170. No opina igual CORRAL GIJÓN, María del Carmen: *La protección registral del suelo rústico*, Madrid, 2003, p. 244, para quien el cambio fundamental operado en la materia por la LMEA consagra una total ineficacia de cualquier acto que pueda producir la fragmentación de la finca por debajo de la superficie mínima, de modo que, señala la autora, “ya no hay anulabilidad a base de adquisiciones preferentes de los colindantes; la ley no es imperfecta, sino perfecta en cuanto se declara la ineficacia de todo acto, voluntario o no, y respecto de las partes y a los terceros”.

(13) Este particular régimen de tratamiento de las unidades mínimas de cultivo, tal y como lo califica el profesor DE PABLO (ob. cit., p. 171), sitúa la prohibición de disponer en que las mismas se traducen, “... a medio camino entre las propias limitaciones legales del dominio (así, las impuestas por la Ley de Patrimonio Histórico Español...) y las prohibiciones de disponer establecidas por resolución judicial o administrativa para garantizar los resultados de un proceso o expediente, que son objeto de anotación preventiva en el Registro (art. 26,2.ª LH) sin la cual no afectarán a terceros protegidos por la fe pública de éste”.

en el asiento al carácter divisible o indivisible de la finca, porque de otro modo los terceros podrán invocar la protección del artículo 34 LH, salvo la declaración administrativa expresa prevista en el Real Decreto 1093/1997.

En efecto, con el propósito de coordinar la realidad registral con el tráfico inmobiliario extrarregistral, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (dictado en cumplimiento del mandato contenido en el último párrafo de la Disposición Adicional décima de la Ley del Suelo de 1990), establece algunas cautelas al respecto, ya que después de disponer el artículo 78 que "Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento" (14), el artículo 79 contiene algunas previsiones que deben seguir los registradores de la propiedad en caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable. Cautelas o prevenciones que si bien aparecen circunscritas, según el citado Reglamento, a los registradores de la propiedad, la vigente Ley del Suelo (ex art. 17.2) las extiende a los notarios que autoricen las escrituras públicas de segregación o división, a los que se impone igualmente la obligación de exigir para su testimonio la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta la división o segregación.

(14) Previsión ya contenida en el apart. 2 del artículo 258 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 26 de junio de 1992, al que no alcanzó el efecto derogatorio de la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de diciembre, de Régimen del Suelo y Valoraciones, al disponer que "*Los Notarios y Registradores de la Propiedad harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles, en su caso*", y en el apart. 3 del artículo 259, al establecer que "*Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento*".

Pues bien, en relación con las previsiones que deben cumplir los registradores de la propiedad, y partiendo siempre de la hipótesis de que los notarios, contraviniendo la disposición transcrita, hubiesen otorgado una escritura pública desconociendo la exigencia de licencia, el citado Reglamento distingue dos supuestos:

a) El previsto en el artículo 79, relativo a las operaciones de las que resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o aun siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, por las dimensiones, localización o número de fincas de la división o de las sucesivas segregaciones surgiera duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo urbano (art. 79). En estos casos el registrador deberá remitir copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente. La remisión de la documentación referida se hará constar al margen del asiento de presentación. Si el Ayuntamiento comunicare al registrador de la propiedad que del título autorizado no se deriva la existencia de parcelación urbanística ilegal, el registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas. En caso contrario, si se apreciara el peligro de posible parcelación ilegal, “se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas y el Registrador de la Propiedad reflejará el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz. Dicha nota producirá los efectos previstos en el artículo 73”. Ahora bien, si transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación –prevista en el apartado 1 del art. 26–, no se presentare el documento acreditativo de incoación del expediente por infracción urbanística por parcelación ilegal con efectos de prohibición de disponer, el registrador de la propiedad practicará la inscripción de las operaciones solicitadas. Solución esta duramente criticada por CORRAL DUEÑAS (15), para quien dicha autorización de inscripción no solo contraviene el mandato contenido en el artículo 242 de la Ley del Suelo de 1992 –vigente aún, al no alcanzarle la eficacia derogatoria de la nueva Ley del Suelo–, que declara que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento, sino igualmente la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

(15) *Registro de la Propiedad y Derecho Agrario*, núm. 675 bis, p. 863.

Común de 1992, que requiere mayores cuidados para ser aplicada en un sector que, como nos ocupa, cuenta con una regulación tan imperativa como detallada. Todo lo cual le lleva a decir a este autor que el silencio de la Administración no debiera permitir la inscripción, ya que ello significaría tanto como admitir que basta la mera falta de contestación para considerar que el Ayuntamiento no tiene inconveniente en que se perpetre una muy probable infracción de normas legales o quizá de planeamiento municipal, proponiendo a tal efecto, en aras de superar esta situación, la necesidad de insistir en el requerimiento a los órganos municipales.

Igualmente dura es la crítica que CORRAL GIJÓN (16) dirige a esta normativa reglamentaria, la cual, bajo el rótulo “Dos anómalas normas reglamentarias” (refiriéndose a los arts. 79 y 80 del citado Decreto), critica severamente la regulación contenida en los artículos 79 y 80 del Decreto, ya que, a su juicio, dicha reglamentación, “lejos de apoyar y desarrollar lo dispuesto en las leyes, tanto urbanísticas como agrarias, que ordenan la protección del suelo rústico, articulan un sistema permisivo que se aparta del mandato legal, por lo que no dudamos en calificarlas de abiertamente anómalas”. Fundamenta la autora esta opinión en varios órdenes de razones. La primera es que –por lo que se refiere al supuesto que analizamos (art. 79)– la falta de aportación de licencia o declaración de innecesariedad, faculta sin más al registrador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la LH, a suspender la inscripción por falta de los requisitos especiales ordenados por la legislación hipotecaria. La segunda es la crítica que dirige contra el efecto de mera “publicidad noticia” (ex art. 73) que se atribuye a la nota marginal que refleje el acuerdo denegatorio de la inscripción acordado por el Ayuntamiento, ya que según se razona ello contradice lo dispuesto en el apartado 5 del citado artículo 79, en el que se establece que si se incoa expediente por infracción urbanística, se puede obtener anotación preventiva, que surtirá todos los efectos de prohibición absoluta de disponer, en los términos previstos por el artículo 26.2.º de la LH. Y tercera es que la autorización al registrador para que practique la inscripción interesada, a que faculta la norma reglamentaria, para el caso de que haya silencio administrativo, “no sólo orilla la prohibición legal, sino que es claramente contraria a lo que rotunda y repetidamente se ha ordenado por las normas superiores”.

(16) *La protección registral del suelo rústico*, cit., pp. 296 y ss.

Esto para el caso de que no se incoase expediente, en caso contrario, esto es, que si el Ayuntamiento o, en su caso, el órgano urbanístico competente, incoase expediente de infracción urbanística por parcelación ilegal, en el acuerdo correspondiente podrá solicitarse del registrador de la propiedad que la anotación preventiva procedente surta efectos de prohibición absoluta de disponer, en los términos previstos por el artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria.

b) El segundo supuesto es el previsto en el artículo 80, relativo a los actos de división o segregación de fincas de dimensión inferior a la parcela mínima de cultivo. En estos supuestos, al igual que en los anteriormente analizados, se impone a cargo de los registradores de la propiedad la obligación de remitir copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente. Nótese que en este caso no se habla de Ayuntamiento, sino de Administración agraria. Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, remitirá al registrador certificación del contenido de la resolución recaída. Transcurridos cuatro meses desde la remisión o desde que la Administración agraria apreciase la existencia de alguna excepción, el registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el registrador denegará la inscripción, pero dicha resolución puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo.

Idénticos reproches dedica CORRAL DUEÑAS (17) a esta reglamentación, para quien lo único que se consigue es flexibilizar la prohibición legal de indivisibilidad de la unidad mínima de cultivo. Por su parte, CORRAL GIJÓN (18) es igualmente dura en sus ataques al tachar de sorprendente e inaceptable el régimen previsto en el artículo 80 en cuanto representa un ataque directo a la prohibición legal de división de la unidad mínima de cultivo sancionada con la pena de nulidad en la Ley 19/1995. Perplejidad y sorpresa causa

(17) Ob. cit., pp. 863 a 865.

(18) Ob. cit., pp. 296 y ss. En parecidos términos se expresan también DÍAZ FRAILE: *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 78, marzo-abril 1998; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, 1998, p. 584; GARCÍA MÁS: "Urbanismo. Comentarios al RD 1093/1997", en RCDI, pp. 349-350.

a esta autora dicha reglamentación, que no solo parece privar al registrador de su legítima facultad de calificar, ya que bastaría con que el registrador calificara la legalidad de los actos de división o segregación cuya inscripción se pretende, así como la posible concurrencia de cualesquiera de las excepciones previstas en el artículo 25 de la LMEA, y actuara en consecuencia, denegando la inscripción si se infringe la normativa agraria, sino que al consentir la inscripción en caso de silencio administrativo, se violenta el artículo 6.3 del CC, al tratarse de un acto nulo prohibido por la ley, así como el artículo 33 de la LH, que veda los efectos de la publicidad registral a los actos nulos.

La aplicación de la normativa analizada ya ha sido objeto de aplicación por la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien, en los casos analizados la denegación de la inscripción tenía como presupuesto una resolución administrativa contraria a la división o segregación. Así, por ejemplo, la resolución de la DGRN de 27 de mayo de 2006, dictada en el recurso interpuesto por el notario autorizante contra la negativa del registrador de la propiedad a inscribir la escritura de segregación y compraventa, por estimar el Centro Directivo, a la luz del artículo 25.b) de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, que exceptúa de la prohibición de división el supuesto de segregación de terrenos destinados a cualquier tipo de edificación o construcción permanente con fines de carácter no agrario, y la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que atribuye a los municipios la facultad de conceder la licencia correspondiente (cfr. art. 66 de dicha Ley), obtenida tal licencia, el documento es perfectamente inscribible, sin perjuicio de que, si la licencia es nula, pueda ser impugnada por el procedimiento y con los efectos legalmente establecidos, sin que baste una simple declaración de nulidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía. Los hechos originadores de la controversia surgen en el momento en que se interesa la inscripción de una escritura en la que se segrega de determinada finca rústica una porción de terreno de quince mil metros cuadrados (inferior a la unidad mínima de cultivo), dentro de la cual existe, según se expresa, una casa y se vende, y a la que se acompaña certificación expedida por el Ayuntamiento favorable a la segregación de la referida parcela. En la misma escritura se añade que, a pesar de resultar una parcela de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, no obs-

tante se hace constar que no es aplicable el artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias, al darse el supuesto de excepción previsto en el artículo 25 de dicha Ley, por existir en la finca segregada una edificación permanente de carácter no agrario. Practicada la correspondiente calificación, el registrador, una vez remitida copia del documento a la Delegación Provincial de la Consejería de Agricultura y Pesca, resuelve denegar la inscripción al observar un defecto insubsanable, en cuanto a la segregación solicitada. Subrayar que el escrito recibido de la Consejería de Agricultura y Pesca declaró que la segregación efectuada en el indicado documento era nula, de conformidad con lo previsto en la regulación vigente en materia de unidades mínimas de cultivo. Teniendo en cuenta esta resolución administrativa, el registrador fundamenta su negativa en lo dispuesto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, conforme al cual, remitida a la Administración agraria competente copia del documento presentado, en el que se pretende la división o segregación de fincas, si dicha Administración acordase la nulidad del acto, el registrador denegará la inscripción. Así las cosas, el notario autorizante de la escritura calificada interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alegó: 1.º Que concurre el supuesto de excepción previsto en el artículo 25.b) de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias, por existir en la finca segregada una edificación de carácter no agrario, sin que sea exigible licencia de construcción, por tratarse de una casa ya construida e inscrita en el Registro antes de la segregación. Que el único requisito necesario para la segregación es la licencia o la declaración de innecesariedad, que son competencia del Ayuntamiento, según el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 2.º Que la resolución de esta Dirección General de 22 de marzo de 2004, en un supuesto similar al presente, dispuso que el documento era inscribible. Recurso que fue admitido por la Dirección General de los Registros y del Notariado al apreciar la concurrencia en el caso debatido de la excepción prevista en el artículo 25.b) de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, que excluye de la prohibición de división el supuesto de segregación de terrenos destinados a cualquier tipo de edificación o construcción permanente con fines de carácter no agrario, al tiempo que estima que según las normas urbanísticas de aplicación

al caso, es el municipio el que tiene la facultad de conceder la licencia correspondiente, de modo que obtenida tal licencia, el documento es perfectamente inscribible, sin perjuicio de que, si la licencia es nula, pueda ser impugnada por el procedimiento y con los efectos legalmente establecidos, sin que baste una simple declaración de nulidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (en el mismo sentido, las resoluciones de 22 de marzo de 2004 y 24 de mayo de 2005). En parecidos términos se resuelve la cuestión debatida en la resolución de 22 de abril de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictada para resolver el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Zamora autorizante de la división, contra la negativa de la registradora de la propiedad a inscribir determinados particulares de una escritura de disolución de comunidad. Se plantea en el presente recurso si son inscribibles en el Registro de la Propiedad las adjudicaciones –acordadas en favor de varios condóminos en una escritura de disolución de comunidad– de tres parcelas procedentes de la división de otra mayor (división también formalizada en la misma escritura), dándose la circunstancia de que las tres parcelas en cuestión (y obviamente la finca de origen) son de naturaleza rústica, sin que se desprenda de la nota de calificación que aquellas resulten ser inferiores a la unidad mínima de cultivo. Los hechos motivadores del conflicto se resumen como sigue. Mediante escritura pública se procedió a la disolución de un condominio con relación a determinadas fincas, acordando diversas adjudicaciones así como la división de una de ellas en tres parcelas, y fue precisamente esta división la que motivó la negativa a inscribir por no acreditarse la existencia de licencia municipal que autorice dicha división o declaración de innecesariedad, tal y como al efecto determina el artículo 78 del RD 1093/1997, de 4 de julio, que impone a los registradores de la propiedad la obligación de exigir para inscribir división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista en la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de innecesariedad. La nota negativa de calificación motivó la interposición por el notario autorizante de un recurso gubernativo. La registradora de la propiedad mantuvo la calificación recurrida y emitió su informe, elevando el expediente a este Centro Directivo, el cual resuelve desestimar el recurso y mantener la calificación impugnada, en base a la consideración de que la legislación urbanística autonómica de aplicación

(art. 97 de la Ley de Urbanismo de Castilla y León, se desprende) claramente requiere la obtención de licencia urbanística para las segregaciones, divisiones y parcelaciones de terrenos en general, estableciéndose, en el apartado primero del artículo 309 de su Reglamento, que toda parcelación, división o segregación de terrenos precisa una licencia urbanística previa, denominada licencia de parcelación (salvo en determinados casos que no son relevantes para la resolución de este recurso), y en el tercero, que los notarios y los registradores de la propiedad deben exigir, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos o constitución de proindivisos, que se acredite el otorgamiento de la licencia de parcelación o que la misma fue solicitada sin haberse obtenido resolución dentro de los plazos correspondientes. De todo ello se deduce –claramente– que dicha legislación autonómica establece la necesidad de licencia (o bien declaración municipal de innecesariedad) para toda división de fincas o terrenos [cfr. art. 288 b) 2.º del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León], prohibiendo, en consecuencia, a notarios y registradores autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división, parcelación o segregación de fincas o terrenos en cualquier clase de suelo sin la oportuna licencia municipal o certificación de su innecesariedad. Esta conclusión, por lo demás, se ve claramente avalada por el examen del apartado tercero de dicho artículo 309 del Reglamento, pues, si no puede otorgarse licencia para los actos de segregación, división o parcelación de terrenos rústicos que requieran la autorización de la Administración competente en materia de agricultura hasta que la misma sea concedida, es indudable que el propio precepto da evidentemente por sentada la competencia municipal para conceder la licencia para actos de segregación, división o parcelación, aun afectando a terrenos rústicos; todo ello, sin duda, como indudable instrumento de control de posibles ilegalidades urbanísticas. Y, con mayor fundamento aún, visto el tenor del artículo 287 del citado Reglamento, precepto que deja claramente establecido que, mediante la licencia urbanística, el Ayuntamiento realiza un control preventivo sobre los actos de uso del suelo para verificar su conformidad con la normativa urbanística, pues si se entendiera que una división de finca rústica por encima de la unidad mínima de cultivo puede documentarse en escritura, e inscribirse, sin más, precisamente se estaría sustrayendo al Ayuntamiento la posibilidad de llevar a término ese control

preventivo; el cual, por cierto, tiene pleno encaje en la función de seguridad jurídica preventiva que han de desempeñar notarios y registradores.

Un caso muy interesante es el que se resuelve en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resolución 3/2005, de 4 de octubre) en el que, orillando la prohibición legal de división de la unidad mínima de cultivo, accede al Registro como finca independiente una finca de extensión superficial inferior a la unidad mínima de cultivo. La resolución trae causa del conflicto que se origina como consecuencia del mandamiento judicial en el que se acuerda la cancelación de una inscripción, dando lugar a que se practique a favor de los demandantes la inscripción como independiente de una finca que resulta de segregar una parte físicamente limitada de la finca de los demandados; pretensión que es suspendida/denegada por apreciar el registrador –entre otros argumentos– la concurrencia de un defecto subsanable, como es la falta de aportación de la autorización de la Consejería de Agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para dicha segregación, al tratarse de finca rústica inferior a la unidad mínima de cultivo. Presentado recurso contra la nota de calificación anterior, la registradora informó y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, acordando este Centro Directivo estimar el recurso y revocar la nota de calificación, al razonar que “la registradora deberá proceder a practicar la segregación e inscripción a favor de los demandantes de los 954 metros cuadrados... Todo ello sin necesidad de exigir ulteriores requisitos formales... ni administrativos, que no están previstos dentro del procedimiento judicial, sin perjuicio de la actuación posterior que corresponde a la Administración en caso de que se hubiera infringido la unidad mínima de cultivo o la legislación urbanística en su caso, a cuyo efecto la registradora deberá proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, sobre normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo...”.

III. CONCLUSIONES

Varias son las conclusiones que se pueden extraer del análisis realizado en este trabajo:

PRIMERA. Que la unidad mínima de cultivo nace por los problemas que para el desarrollo agrario implica la excesiva dispersión y fragmentación del suelo rústico.

SEGUNDA. Que las limitaciones a las facultades de disposición del titular dominical que engendra la prohibición de división o segregación característica de las unidades mínimas de cultivo, requiere para su plena efectividad y oponibilidad *erga omnes* de una constancia registral expresa, a diferencia de las limitaciones dominicales de carácter legal cuya oponibilidad frente a terceros resulta de la publicidad legal, y no de la publicidad tabular.

TERCERA. Que la falta de constancia registral expresa sobre el carácter divisible o indivisible de las fincas rústicas, podrá superarse mediante declaración administrativa expresa en tal sentido.

CUARTA. Que la autorización al registrador para practicar, en caso de silencio administrativo, las operaciones de división o segregación interesadas, deja sin efecto la previsión genérica de exigencia de licencia o declaración de innecesariedad prevista en el artículo 78 LMEA.

QUINTA. Que el tratamiento de la inactividad de la Administración es equivalente al silencio administrativo, al autorizar al registrador la inscripción de las operaciones de división o segregación solicitadas, carentes de licencia o declaración de innecesariedad, una vez transcurrido el plazo legal y no recibir comunicación al respecto de la Administración.

NUEVOS ENFOQUES EN LA LEY CONCURSAL INTRODUCIDOS POR LA LEY 38/2011, DE 10 DE OCTUBRE

Francisco José Aranguren Urriza
Notario

Resumen: La Ley 38/2011, de 10 de octubre, supone una reforma profunda de la Ley Concursal de 2003, tratándose aquí aquellos nuevos enfoques especialmente vinculados al ejercicio de la función notarial. Por una parte, se amplía el juego de la autonomía de la voluntad en los acuerdos de refinanciación, introducidos en 2009, dándoles una proyección preconcursal y de reestructuración de la empresa, introduciendo para algunos de ellos un sistema de homologación judicial y reconociendo limitadamente el “fresh money”. Por otra parte, ya dentro del procedimiento concursal, se potencian las soluciones conservativas de la empresa, en especial mediante el fomento de modificaciones estructurales. Hay también novedades en el tratamiento de los acuerdos de órganos sociales, con necesaria asistencia y control de la administración concursal, así como una ampliación de las facultades de esta en orden a la decisión sobre la disposición de bienes del concursado. Por último, pero no menos importante, cambia el enfoque en la composición de la masa pasiva del concurso del cónyuge casado en régimen de gananciales, extendiéndose el mismo tratamiento a las parejas de hecho con acuerdo de comunicación de bienes.

Abstract: 38/2011 Law, October 10, is a profound reform of the bankruptcy law of 2003, trying here to those new approaches especially linked to the exercise of the notary. On the one hand expands the game of the autonomy agreements of refinancing, introduced in 2009, giving them a projection pre insolvency and restructuring of the company, introducing a system of judicial approval for some of them and recognizing limited “fresh money”. On the other hand, already within the bankruptcy procedure, enhance the conservative solutions of the company, in particular through the promotion of structural changes. There are also developments in the treatment of agreements of social organs, with necessary assistance and bankruptcy management control, as well as an extension of the powers in order to the decision on the disposition of assets of the bankrupt. Last, but not least, changes the approach in the composition of the passive mass of the contest of the mar-

ried spouse in community property regime, extending the same treatment to couples in fact with communication of goods agreement.

SUMARIO

- A) DESARROLLO DE LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES
 - 1. Preconcurso: comunicación del inicio de negociaciones
 - 2. Acuerdos de refinanciación
 - 3. Homologación judicial de acuerdos de refinanciación: sus efectos
- B) LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA: MODIFICACIONES ESTRUCTURALES
- C) FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES: ADOPCIÓN DE ACUERDOS Y ENAJENACIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONCURSADA
 - 1. Funciones dentro de la sociedad concursada
 - 2. Refuerzo de la universalidad del concurso
 - 3. Facultades en orden a decidir la disposición de bienes sin autorización judicial
- D) EL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA
 - 1. La reforma postergada
 - 2. La masa pasiva del concurso del cónyuge casado en régimen de gananciales
 - a) Antecedentes
 - b) Sistema de la Ley Concursal de 2003
 - c) Reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011
 - d) Fundamento: la comunicación patrimonial. Concurso de las parejas de hecho
 - 3. Encaje de la reforma con la configuración de los gananciales en el Código Civil
 - 4. Supuesto del cónyuge del comerciante
 - 5. Consecuencias de la integración en la masa pasiva de las deudas gananciales del cónyuge no concursado
 - 6. Créditos del cónyuge del concursado contra su consorte
 - 7. Créditos propios del cónyuge del concursado

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (LRLC), constituye –según el Preámbulo de la misma– una reforma “global”, aunque sin imponer un “giro copernicano” al sistema de triple unidad instaurado por la LC, que se considera válido.

A pesar de ello, sí se detecta en la ley un cambio de planteamiento muy importante por parte del legislador, al parecer impuesto por la situación de profunda crisis económica (a la que el Preámbulo se refiere en varias ocasiones): pasa a cobrar protagonismo como finalidad del concurso la conservación de la empresa. En la Ley Concursal (LC) de 2003 la finalidad del concurso es la mayor satisfacción posible de los acreedores. La reforma pretende anteponer en rango la conservación de la empresa a la satisfacción de los acreedores. Ello constituye un cambio de gran calado, pues puede determinar un giro en el paradigma de interpretación de la totalidad del articulado de la Ley, especialmente a la hora de determinar qué se entienda por “interés del concurso”, concepto indeterminado que se repite en muchos lugares de la LC.

No obstante este cambio profundo de enfoque, el protagonismo en la LRLC lo acaparan lógicamente, por razones de coyuntura económica, los “acuerdos de refinanciación”, un instrumento que el Preámbulo califica como preconcursal, pero que se regula en su perspectiva concursal (en cuanto a los efectos de una futura declaración de concurso). Refinanciaciones *anteriores* a la declaración del concurso, para las que se reconoce por primera vez en nuestro Derecho la “ventaja del dinero nuevo” (*fresh money*); pero también refinanciaciones *dentro* del concurso, favoreciendo las adquisiciones derivativas de créditos concursales. Los acuerdos de refinanciación, aunque se toman en consideración especialmente en relación con la financiación, pueden incluir otras medidas de tipo reorganizativo, entre ellas las modificaciones estructurales, cuya utilización parece quererse potenciar por el legislador.

Por otra parte, y siguiendo la pauta del RDL 3/2009, la LRLC avanza en la línea de reducción de costes y trámites, generalizando la administración concursal unipersonal, creando un verdadero *procedimiento abreviado*, permitiendo anticipar la liquidación sin que haya concluido la fase común y proporcionando una vía liquidatoria especialmente ágil en concursos en que el deudor presente propuesta de convenio *que incluya una modificación estructural* o plan de liquidación que incluya una *oferta vinculante de compra* de la

unidad productiva (supuesto de transmisión de empresa al que se asimilaría la cesión global de activo y pasivo, que ahora se incorpora expresamente como posible contenido del convenio).

En las líneas que siguen, se pasa revista a algunos de los aspectos más relevantes de la reforma, desde la perspectiva de la actuación notarial, dejando aparte algunas otras novedades de tipo procedimental, en cuanto a publicidad del concurso o en materia laboral, entre otras.

A) DESARROLLO DE LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES

La doctrina había venido reclamando mecanismos en la LC para conseguir un “tratamiento tempestivo” y por tanto preventivo de la crisis empresarial, para evitar que se llegue demasiado tarde al concurso, cuando la crisis ya es irreversible.

La LRLC, en su Preámbulo, manifiesta su propósito de profundizar en las “alternativas” al concurso, los llamados institutos preconcursales. Entre estos, se sitúan los acuerdos de refinanciación. La reforma de la LC de 2009 había introducido la contemplación de tales acuerdos a los efectos de protegerlos, una vez sobrevenida la declaración del concurso, de la posible rescisión a instancias de la administración concursal. La LRLC atiende a tales acuerdos en dos direcciones: por una parte, mediante la comunicación formal por el deudor al juzgado del inicio de negociaciones con sus acreedores, sin que se requiera para ello la existencia de una situación de insolvencia actual, y sin que tampoco haya de concluir dicha comunicación necesariamente en tal declaración, teniendo dicha comunicación el efecto de conceder una moratoria de cuatro meses a deudor y acreedores para poder concluir su acuerdo sin el peligro de posibles solicitudes de declaración de concurso necesario por acreedores disidentes. En segundo lugar, mediante la posibilidad de *homologación* judicial de acuerdos extrajudiciales, con efecto vinculante para el resto de acreedores, si bien con limitaciones (solo entidades de crédito, que representen tres cuartas partes del pasivo y únicamente respecto de acuerdos de espera).

La homologación judicial de acuerdos era una demanda real de los operadores económicos. La internacionalización de la actividad de las empresas españolas ha provocado una serie de consecuen-

cias, entre ellas, el recurso al sistema anglosajón, mediante puntos de conexión adecuados, para conseguir homologar acuerdos de refinanciación por parte de empresas con un pasivo importante.

La presencia de este instrumento en otras legislaciones de nuestro entorno introducía un elemento de competencia con la legislación española (fenómeno conocido como "forum shopping"), que resultaba menos atractiva tanto para los deudores como para los acreedores. Este fenómeno ha puesto de manifiesto una carencia de nuestro sistema, que no estaba ofertando lo que los operadores necesitan.

También en los sistemas de Derecho continental se impone en los últimos años el reconocimiento de medidas preventivas del concurso en gran parte no judiciales, poniendo el acento no en la ordenada comunicación de pérdidas propia del concurso, sino en la crisis empresarial y su posible solución. En Italia, los concordatos preventivos, desde 2005, incluyen la homologación de acuerdos de reestructuración de deudas, con el efecto (concurso) de paralizar el ejercicio de acciones ejecutivas individuales. También en Francia se ha implantado en 2010 la salvaguarda financiera acelerada, como procedimiento preventivo, si fracasa la conciliación, homologando los acuerdos suscritos con los acreedores financieros que representen el principal componente del pasivo.

Late en todas estas soluciones la idea de anticiparse a la cesación en los pagos, para evitar el procedimiento judicial. Este propósito se consigue, en mayor medida, mediante refinanciaciones que permiten la conservación de la empresa como unidad económica en funcionamiento, lo que permite evitar la liquidación judicial, en la que se pierde el valor añadido por la organización a los distintos elementos patrimoniales. En este punto coinciden los intereses de las partes (deudor y acreedores ordinarios) y el interés público o general, en beneficio de la economía nacional.

Los acuerdos de refinanciación, sin las limitaciones impuestas al contenido del convenio concursal, pueden incorporar cesiones de bienes y derechos, incluso la cesión global de activo y pasivo, la transmisión por escisión de la rama deficitaria de la empresa o la absorción de la empresa por otra solvente. El problema práctico de encontrar financiación nueva exige proteger el nuevo crédito frente a la posibilidad de concurso. En ordenamientos como el anglosajón, hay un mercado para las refinanciaciones, en el que los acreedores derivados (adquirentes de créditos contra la sociedad en crisis) satisfacen

sus créditos, con el descuento correspondiente, a los originarios, que pueden así colocar sus créditos transfiriéndolos a inversores especializados (*profesionales del riesgo*, como los “Hedge Funds” o “Distressed debt traders”), los cuales esperan obtener su ganancia mediante la enajenación de las acciones o participaciones que reciben en pago de sus créditos. Este mercado, desconocido hasta la fecha en España, se trata de implantar en la LRLC, como veremos.

Las reformas parciales de la LC llevadas a cabo hasta la fecha han llegado con el estigma de “favorecer a las entidades financieras”. Es cierto que han sido reformas coyunturales urgidas a impulsos de las entidades financieras, embarcadas en una grave crisis de liquidez, por su exposición al sector inmobiliario, lo que se ha traducido en aumento de la morosidad e incremento de la obligación de provisiones. Las reformas concursales han tratado de aliviar esa obligación de provisiones, facilitando refinanciaciones de deuda, para liberar liquidez y hacer afluir crédito a los mercados. Respecto de la LRLC, se ha denunciado el privilegio de las entidades financieras en orden a la homologación de refinanciaciones, dinero nuevo y otras medidas. Sin embargo (en opinión de PULGAR EZQUERRA), no se puede considerar un trato de favor a los financiadores profesionales, sino la atención a la necesidad de seguridad ante el incremento del riesgo que en las actuales circunstancias económicas implica el desarrollo del objeto social. Por otra parte, las refinanciaciones más frecuentes serán las que hagan las entidades financieras.

1. PRECONCURSO: COMUNICACIÓN DEL INICIO DE NEGOCIACIONES

La LRLC, como novedad, brinda protección a los posibles acuerdos de refinanciación, **en fase preconcursal**, es decir, para sociedades solventes en dificultades o en riesgo de insolvencia, ampliando a tales pactos el sistema de *comunicación al juzgado del inicio de negociaciones*, que el derogado artículo 5.3 LC limitaba a los supuestos de propuesta anticipada de convenio, es decir, ya dentro del procedimiento concursal.

Se da a tales acuerdos una *doble protección*: en primer lugar, frente a la posible solicitud de declaración de concurso por un acreedor disidente o no participante en la negociación mientras se desarrollan las negociaciones, que podría frustrar su éxito; en segundo lugar, si el acuerdo de refinanciación no consigue evitar la insol-

vencia, frente a las acciones de rescisión o impugnación de dichos pactos, una vez declarado el concurso.

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, incorporó una disposición adicional cuarta a la LC dedicada a los “*acuerdos de refinanciación*”, para preservarlos, en caso de concurso posterior, de la acción de rescisión, en determinadas condiciones. Por su parte, en el párrafo 3.º del artículo 5 LC dispensaba del deber de solicitar la declaración de concurso “al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y dentro del plazo (de dos meses desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia) lo ponga en conocimiento del juzgado competente”. Tal comunicación se refería, por tanto, a la negociación de una propuesta anticipada de convenio, por parte de un deudor ya insolvente (o en insolvencia inminente), propuesta que puede incluir modificaciones estructurales (ahora, expresamente, art. 190.2 LC). La comunicación al juzgado concedía una “moratoria concursal” de hasta seis meses, el plazo para formalizar la solicitud de declaración de concurso, dando prioridad a la solicitud de concurso voluntario frente a posibles solicitudes de concurso necesario, se alcanzase o no el número mínimo de adhesiones para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio.

La LRLC suprime el apartado 3 del artículo 5 y añade un nuevo artículo 5 bis LC, en el que amplía la dispensa de la obligación de solicitar la declaración de concurso voluntario al supuesto en que el deudor comunique al juzgado el inicio de *negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación*.

El presupuesto del inicio de negociaciones es la previsión de no poder una sociedad cumplir compromisos previamente asumidos. Se ha criticado (NIETO DELGADO) que ese efecto dilatorio, como consecuencia automática de la mera comunicación de un inicio de negociaciones “tendientes” a ampliar el crédito disponible de una sociedad, sin control judicial alguno, se mantenga dentro de lo judicial y no se haya podido remitir a otras instancias más adecuadas a la mera constatación de una manifestación, sin contienda ni oposición, como podrían ser el notario o el Registro de la Propiedad.

La LC no limita el contenido de dichos acuerdos, que puede ser tan amplio como lo permitan los límites de la autonomía de la voluntad, pudiendo incluir modificaciones estructurales, pero también

cesiones de bienes en pago o para pago, pues no les alcanzan las limitaciones legales al contenido del convenio. En efecto, al no tener ninguna relación con un procedimiento concursal iniciado, no son aplicables a dichos acuerdos las limitaciones impuestas por el artículo 100.3 LC. Únicamente, por definición y conforme al artículo 71.6 LC, será necesario que tales acuerdos determinen como consecuencia una *ampliación significativa del crédito disponible* (o lo que será equivalente, una disminución de la deuda financiera), financiación que ha de permitir la continuación de la empresa en el *corto y medio plazo*. Se trata de conceptos dotados de una indeterminación que permite una amplitud interpretativa, en cuyo punto deberá prevalecer la consideración de la conservación de la empresa como finalidad prioritaria del legislador.

La comunicación al juzgado no supone homologación del acuerdo que se alcance. Una vez alcanzado el acuerdo, en su caso, podrá solicitarse su homologación, si reúne las características definidas en la reformada disposición adicional cuarta LC.

La comunicación del inicio de negociaciones da cobertura judicial a la negociación, en la medida en que impide que durante el plazo que el precepto señala se dé curso a ninguna solicitud de declaración de concurso que pudieran presentar los acreedores, de modo que, si transcurrido el plazo se solicita por el deudor la declaración, será dicha solicitud la que se tramite *en primer lugar*, con lo que se evitará en todo caso la posible calificación como culpable del concurso por incumplimiento del deber de solicitar la declaración en plazo (artículo 15.3 LC).

Conforme al artículo 22.2 LC, la solicitud del deudor conforme al artículo 5 bis LC, se entenderá hecha *el día en que se formuló la comunicación* prevista en dicho artículo, lo que supone retrotraer sus efectos a la situación inicial, en su caso, anteponiéndola (con reserva de rango) a otras solicitudes posteriores, evitando así consecuencias en cuanto a la calificación del concurso.

No se somete a control judicial la *realidad* del inicio de negociaciones, ni se impone un principio de prueba al deudor. El artículo 5 bis 3 LC prevé que el secretario judicial sin más trámite dejará *constancia de la comunicación presentada*. El juez no tiene, por tanto, intervención ni decisión alguna que tomar, lo que es lógico, pues no se ha iniciado el procedimiento concursal.

Como novedad, además, frente a la regulación anterior, la comunicación al juzgado no requiere que el deudor esté en situación *actual*

de insolvencia. Es en esta situación de solvencia (de sociedad en dificultades pero solvente) cuando habitualmente será posible y oportuno llevar a cabo negociaciones consistentes, por ejemplo, en aquellas modificaciones estructurales que exigen la determinación de un *tipo de canje* (fusión y escisión), lo que en presencia de un patrimonio deficitario sería inviable, salvo el concurso de financiadores externos de la operación (apalancamiento de la fusión o la cesión global de activo y pasivo).

Se ha criticado que la LRLC no prevea la posibilidad de dar publicidad a las negociaciones en curso, de forma que se anudase a tal publicidad la suspensión del ejercicio de acciones individuales. O bien, como ahora se ha admitido en el Derecho italiano, baste un borrador de acuerdo para posibilitar la solicitud de homologación con la eficacia de suspender las ejecuciones singulares, esto es, anticipar los efectos del concurso frente a los acreedores (sometiéndolos al principio de mayoría).

Transcurrido el plazo de seis meses (judicialmente hábiles) del artículo 5 bis LC, podrá haberse alcanzado un acuerdo de refinanciación o no. En todo caso, únicamente si el deudor está en ese momento en situación de insolvencia tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso; no, por tanto, si se encuentra en situación de solvencia, ya sea porque siempre lo estuvo, ya porque volvió a estarlo como consecuencia de la refinanciación y, en tal caso, aunque al efectuar la comunicación se hallase en situación de insolvencia actual o inminente y por tanto, se hubiera dado en ese momento el supuesto de hecho de la solicitud de concurso voluntario.

2. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

El artículo 71.6 LC se refiere a los que llama “acuerdos de refinanciación”. No podrán ser objeto de rescisión (una vez declarado el concurso) los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor (siendo la sociedad solvente, por tanto), así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que el acuerdo de refinanciación haya supuesto para el deudor la *ampliación significativa* del crédito disponible o bien la *modificación de sus obligaciones*, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras condiciones en sustitución de aquellas. El acuerdo de refinanciación

debe responder a un *plan de viabilidad* que permita la continuidad de la actividad empresarial *en el corto y medio plazo* (expresión esta que adolece de definición legal).

La irrescindibilidad supone el cumplimiento de una serie de requisitos que deberán concurrir *antes de la declaración del concurso*. Tales requisitos son: que los créditos de los acreedores que los suscriban representen al menos tres quintos del pasivo del deudor a la fecha de adopción del acuerdo; el informe favorable de un experto independiente designado (ahora “a su prudente arbitrio”) por el registrador mercantil del domicilio del deudor, con un juicio técnico sobre *suficiencia* de la información proporcionada por el deudor y el carácter *razonable y realizable* del plan y *proporcionalidad* de las garantías conforme a las condiciones normales del mercado. Y finalmente, formalización del acuerdo en escritura pública (con incorporación de los documentos justificativos correspondientes), escritura que, conforme a la disposición adicional quinta, devengará honorarios como “Documento sin cuantía”.

Los acuerdos de refinanciación son contemplados en el artículo 71.6 LC, desde la perspectiva concursal, esto es, en cuanto a la posibilidad o no de su impugnación o rescisión en el futuro concurso. Sin embargo, como ha señalado BISBAL, la introducción de esta norma en 2009 tuvo como finalidad exclusivamente evitar los riesgos del casuismo, pues ya la jurisprudencia había establecido una doctrina interpretativa del concepto “actos perjudiciales para la masa” del artículo 71.1 LC, conforme a la cual tales acuerdos, por no reputarse perjudiciales, debían quedar inmunes.

La LRLC no contiene una regulación de tales acuerdos, lo que excedería de su ámbito, únicamente se refiere a los requisitos, con normas especiales en relación con los grupos de sociedades (cálculo del porcentaje de acreedores que suscriben el acuerdo) y nombramiento de experto que deba informar el acuerdo en el supuesto de afectar a varias sociedades.

En cuanto al contenido de los acuerdos, solo se contempla, como evidencia su propia denominación, el contenido crediticio de los mismos, sin embargo, su contenido puede ser mucho más amplio, comprendiendo una pluralidad de negocios o contratos de distinta naturaleza, civil o societaria, coligados o conexos por su finalidad económica, siendo esta finalidad la viabilidad de la empresa en el corto o medio plazo (lo que comporta un plan de viabilidad).

OLAIZOLA MARTÍNEZ se refiere a esa vinculación económica entre los aspectos financieros y no financieros como un contrato marco de vinculación.

Hay que tener en cuenta el carácter de las negociaciones como una fase precontractual, de tratos preliminares, que podrán ser objeto de un protocolo previo, en cuanto al procedimiento de la negociación, derechos y deberes de las partes durante el plazo previsto para dicha negociación (relativos al suministro de información documental, financiera y contable, plazos para la evaluación y formulación de propuestas, confidencialidad, exclusividad), seguimiento, impulso y control del desarrollo de las negociaciones, normas sobre el funcionamiento de la empresa durante el periodo de negociación (con formación de comisiones o incluso de un comité consultivo en el seno de la sociedad), control de la implementación de medidas y cautelas acordadas.

A diferencia del Derecho italiano, durante la negociación de los acuerdos, la LC no concede la paralización de ejecuciones singulares por acreedores que no participen en la negociación (en el caso de participar, sería contrario a la buena fe que debe presidir tales negociaciones). La comunicación al juzgado del inicio de negociaciones únicamente pone a salvo de la solicitud de concurso necesario (artículo 5 bis LC). Pero la paralización de ejecuciones singulares solo se reconoce para una clase específica de acuerdos, los susceptibles de homologación judicial, desde la solicitud de tal homologación y pudiendo el juez prolongar dicha paralización por el plazo de espera contemplada en el acuerdo, que no puede exceder de tres años (disposición adicional 4.^a LRLC). Por tanto, dicha paralización solo puede tener lugar una vez adoptado el acuerdo de refinanciación y concluidas las negociaciones y siempre que se den los requisitos para solicitar su homologación.

El proceso concluye en la formalización notarial de los acuerdos (artículo 71.6.3.^a LC). Este requisito formal habrá de conciliarse con los requisitos de forma de las modificaciones estructurales o acuerdos societarios incluidos en los de refinanciación. Habrá que entender que la LC contempla en exclusiva el aspecto financiero de los acuerdos, por lo que habrá que formalizar inicialmente el contrato marco que vincula en unidad causal una diversidad de negocios a un mismo fin, esto es, el plan de viabilidad; sin perjuicio, por tanto, de desarrollo del proceso de reorganización o reestructuración acorda-

do y el cumplimiento en su tiempo de los requerimientos de forma impuestos para cada uno de los contratos coligados o conexos. Es al citado acuerdo marco de términos y condiciones al que debe entenderse referida la disposición adicional 5.^a, que determina la aplicación del arancel notarial por el número 1, documento sin cuantía, y no a los negocios o acuerdos bilaterales que desarrollen ese marco y tomen causa del mismo, a los cuales será aplicable el arancel correspondiente a su naturaleza propia (en este sentido también, PULGAR EZQUERRA).

La competencia para suscribir los acuerdos corresponderá a los administradores. En concreto, el acuerdo de refinanciación podrá comprender un compromiso de fusión o absorción, escisión parcial, segregación de rama de actividad, soluciones todas ellas que preserven la continuidad de la empresa (finalidad a la que se vincula la refinanciación). También la cesión global de activo y pasivo, a cambio de una contraprestación que reciba la sociedad continuando su actividad. Pero todas estas modificaciones estructurales no será necesario que estén *ya acordadas*, ni habrá que incluir en la escritura sino únicamente el acuerdo marco, el plan de viabilidad, el informe favorable y la documentación utilizada para este. Así se sigue de su consideración como documento sin cuantía (disposición adicional quinta).

Nada se establece sobre una regulación de la publicidad de los acuerdos y tampoco se regula su oponibilidad a otros acreedores que no los hayan suscrito, más allá del supuesto específico de homologación de los mismos.

3. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN: SUS EFECTOS

La LRLC da nuevo contenido a la disposición adicional cuarta de la LC, tras remitir los acuerdos de refinanciación al artículo 71.6 LC. El espacio vacío se llena creando una categoría específica de acuerdos de refinanciación.

Por una parte, se requiere que el acuerdo *ya se haya formalizado* en escritura pública y reúna los requisitos del artículo 71.6 LC. Por otra parte, que no se haya declarado el concurso todavía.

Por tanto, no podrá solicitarse la homologación junto con la comunicación del inicio de negociaciones ni si, transcurrido el periodo

de seis meses con cobertura del 5 bis LC, no se hubiera alcanzado un acuerdo y existiera la obligación del deudor de solicitar la declaración de concurso voluntario.

Para poder ser objeto de *homologación judicial* se requiere que el acuerdo lo hayan suscrito acreedores que representen "al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo *titularidad de entidades financieras*" en el momento de adopción del acuerdo (estamos hablando de acuerdos de la sociedad *in bonis*, o en estado de solvencia).

Tales acuerdos pueden ser objeto de homologación judicial, siempre que el acuerdo consista en un pacto de *espera*, pues el efecto de la homologación judicial es hacer *oponible* la espera pactada a las entidades financieras que no hayan suscrito el acuerdo, exceptuando así el "principio de relatividad de los contratos". Ello se justifica como consecuencia del control de legalidad y valoración de oportunidad que comporta la valoración judicial. Esta vinculación extracontractual solo se impone a los acreedores cuyos créditos *no estén dotados de garantía real*.

La modificación estructural puede formar parte, como vimos, de un conjunto de acuerdos vinculados (coligados o conexos), inclusive ser ella misma el objeto de negociación con entidades financieras o sociedades vinculadas a ellas, sobre todo en los supuestos en que la adquisición de una empresa se lleva a cabo mediante apalancamiento (fusión apalancada o cesión global de activo y pasivo apalancada). En tales casos, podría mediante la *homologación* del acuerdo sobre un negocio societario, y si se dieran los requisitos legales, obtenerse la extensión de la espera que (como contenido obligatorio de una ulterior propuesta de convenio) complementase el mismo, a los restantes acreedores financieros de la sociedad deudora sin garantía real, así como la paralización de ejecuciones singulares.

Por otra parte, en esta fase anterior a la declaración del concurso en la cual puede el deudor solicitar la homologación judicial de un acuerdo alcanzado con parte de sus acreedores, "en la misma solicitud, *se podrá interesar la paralización de las ejecuciones singulares*". Este es un elemento esencial de la homologación, pues anticipa la paralización de ejecuciones singulares, efecto típicamente concursal, respecto de la declaración de concurso (artículo 56 LC).

El secretario, tras examinar la solicitud de homologación, decretará la admisión a trámite y, de ser solicitada, la paralización de ejecuciones singulares, durante el plazo máximo de un mes. El juez

controla que el acuerdo cumple los requisitos legales y que no supone *un sacrificio desproporcionado* (a su juicio) para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron, en cuyo caso otorgará la homologación, adoptándose la resolución mediante trámite de urgencia “en el más breve plazo posible”. Además, “previa ponderación de las circunstancias concurrentes”, el juez, en la homologación “podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras afectadas durante el plazo previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años” (un año establecía el Proyecto).

La disposición adicional cuarta (apartado 4) regula la publicidad del acuerdo homologado en el Registro Público Concursal y el BOE, mediante un extracto, limitándose los motivos de impugnación por los acreedores a dos: no reunirse el 75 % del pasivo titularidad de entidades financieras o ser desproporcionado el sacrificio impuesto a las demás entidades acreedoras.

El procedimiento, sumamente rápido y sucinto, pertenece a una órbita no concursal, si bien hay una decisión judicial. Pero no se ha producido el supuesto del concurso. Por ello parece acertada la calificación de la homologación en el Preámbulo de la LRLC como “instituto preconcursal”. Sin embargo, no se da el paso de desjudicializar ni siquiera la comunicación de negociaciones, a pesar de su efecto automático.

La existencia de un plan de viabilidad informado por experto independiente es común a todos los acuerdos de refinanciación. Tratándose de un compromiso de modificación estructural, en el procedimiento societario tendrá lugar el informe de experto independiente, que habría de comprender la operación, como coligada a otras medidas, dentro de un plan de viabilidad que la justifica.

En todo caso, tratándose de una solución conservativa, habrá de interpretarse en sentido amplio, siempre que se acredite como no perjudicial a la masa.

La reforma puede facilitar la entrada, en esta fase de insolvencia previsible, de terceros operadores, profesionales del riesgo, que fuera del concurso podrán inyectar mediante tales acuerdos *dinero nuevo* (“fresh money”), al que la ley confiere el privilegio de excluirlo del régimen de comunidad de pérdidas, al menos en parte, al considerarlo crédito contra la masa en un 50 % (artículo 84.11 LC) y privilegiado con privilegio general al otro 50 % (artículo 91.6 LC).

En cuanto a los otros acreedores, los que no han aceptado esos acuerdos tendentes a la conservación de la actividad empresarial, evaluados e informados como razonables y realizables, para evitar que puedan con su negativa disponer de una baza negociadora con que presionar a los que los suscribieron, en beneficio propio, la LRLC establece una extensión de efectos del acuerdo alcanzado a todos los demás acreedores, a los que el acuerdo –en términos de la práctica anglosajona, por demás expresivos– “se les embute en el gaznate” (*craw down*).

B) LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA: MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (LRLC), como dijimos antes, pasa a cobrar protagonismo como finalidad del concurso la conservación de la empresa y no solo la mayor satisfacción posible de los acreedores. Ello habrá de tenerse en cuenta en la interpretación de la totalidad del articulado de la Ley.

La LRLC, dentro de su opción por las soluciones conservativas de la empresa, establece en su Preámbulo, como uno de sus objetivos, el “reforzamiento de la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores”. A lo largo de su articulado parece incentivar el recurso a las modificaciones estructurales, incluyendo ahora específicamente la cesión global de activo y pasivo, como posible contenido del convenio (artículo 100.3 LC). Además, esa contemplación de las modificaciones estructurales parece hecha prioritariamente desde la perspectiva de servir de vehículo para la transmisión de empresas. Así, el art. 190.2 LC permite en el procedimiento abreviado para los casos en que el deudor presente “propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo”. Y el 190.3 LC impone dicho procedimiento cuando “el deudor presente con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento”.

Los mecanismos societarios de reorganización empresarial serán especialmente idóneos como vehículo de la transmisión de la empresa “en tiempo oportuno”, gracias al mecanismo de la sucesión universal que toda modificación estructural conlleva, facilitará enor-

mamente la cesión de bienes como la transmisión de obligaciones, sin necesidad de obtener los consentimientos individuales de los acreedores o deudores. Ello tiene un valor inestimable, dentro del principio que sustenta la reforma: *maximizar el valor de los activos patrimoniales*, facilitando la transmisión de la unidad productiva, como forma de liquidación simplificada y conservativa de la empresa en funcionamiento.

En la LRLC, además, parece acentuarse la consideración de la liquidación cada vez más como una solución no menos valiosa que el convenio, en la medida en que no tiene por qué suponer el desmantelamiento de la empresa, sino al contrario y como principio, debe posibilitar la continuidad de la empresa en actividad (artículos 148.1 y 149.1 LC), para lo cual se muestran especialmente funcionales las modificaciones estructurales, conceptuadas ya en la LME esencialmente como un medio de venta de la empresa o sus unidades productivas (GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ).

Tras la entrada en vigor de la LRLC, es necesario llevar a cabo una pedagogía de la prevención del concurso, fomentando la anticipación de las negociaciones que permitan soluciones societarias alternativas, mediante el recurso a la financiación profesional o a la reestructuración organizativa. El deber de diligencia de los administradores sociales incluye, ante una situación de dificultad o crisis financiera, el inicio de negociaciones que permitan garantizar la viabilidad de la empresa y encontrar financiación, anticipándose a previsibles problemas de liquidez, para lo cual dispondrán ahora del mecanismo de la comunicación judicial del inicio de negociaciones y la posible solicitud de homologación judicial, del acuerdo ya obtenido, siempre que se den los presupuestos legales para ello.

C) FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES: ADOPCIÓN DE ACUERDOS Y ENAJENACIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

1. FUNCIONES DENTRO DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

La LRLC amplía las facultades de la administración concursal en relación con el funcionamiento de los órganos de las sociedades concursadas durante el concurso, atribuyéndole derecho de asis-

tencia y una función de control en relación con aquellas decisiones de contenido patrimonial o de especial relevancia para el concurso.

El nuevo artículo 48 LC establece, en su número 2, que *"la administración concursal tendrá derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse."*

"La constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal. Los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal".

Se trata, por tanto, de una causa de nulidad de la constitución del órgano, que no podrá adoptar válidamente acuerdos si no asiste la administración concursal. El notario al calificar la legalidad de los acuerdos que puedan tener contenido patrimonial deberá asegurarse de que en la certificación del mismo consta la asistencia de la administración concursal, en su caso. Igualmente esta norma deberá ser tenida en cuenta al autorizar el requerimiento de acta notarial de Junta, debiendo acreditarse la convocatoria a la administración concursal, en la misma forma y con la misma antelación que a los socios. Posteriormente, será necesaria la concurrencia de la administración concursal para que el presidente pueda declarar válidamente constituida la Junta.

2. REFUERZO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONCURSO

Entre esas funciones de control atribuidas a la administración concursal se encuentran algunas encaminadas a hacer efectivo el carácter universal del concurso, evitando procedimientos separados contra los administradores o socios personalmente responsables.

Se pretende evitar que las reclamaciones contra los administradores de una sociedad de capital concursada puedan reducir las expectativas de cobro de los acreedores de la misma. En tal sentido, el artículo 50.2 LC establece que *"los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de"*

las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución". Los procedimientos iniciados antes de la declaración del concurso quedarán en suspenso una vez declarado y hasta su conclusión (51 bis.1 LC). En cuanto a los juicios por reclamación de daños y perjuicio a la persona jurídica contra sus administradores y liquidadores, de hecho y de derecho, y contra los auditores, que estén en tramitación, se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista (art. 51.1 LC).

Por otra parte, y conforme al nuevo artículo 48 bis LC, es la administración concursal *la única legitimada* activamente para el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso, e igualmente para el ejercicio de las acciones de reclamación de dividendos pasivos o aportaciones aplazadas, así como de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.

Asimismo, la administración concursal puede solicitar al juez la acumulación de los concursos ya declarados de los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica (artículo 25 bis.1 LC).

3. FACULTADES EN ORDEN A DECIDIR LA DISPOSICIÓN DE BIENES SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La excesiva prolongación del procedimiento concursal, con la consiguiente pérdida de valor de los activos empresariales, había determinado que en la práctica proliferase la utilización del artículo 43 LC, fuera de los supuestos de excepcionalidad que fundamentaban la disposición de activos sin autorización judicial previa. La LRLC constituye a la administración concursal en instancia decisora, con carácter general, en materia de disposición de bienes sociales, pues aunque se mantenga formalmente el carácter excepcional de tal posibilidad, se amplían sustancialmente los supuestos de disposición sin autorización judicial, sustituyendo esta por la comunicación inmediata al juzgado del acto realizado, acompañada de justificación de la necesidad.

Los actos de disposición que se permiten sin autorización judicial son: por una parte, que, a juicio de la administración concursal

sean “*indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso*”, estos extremos deberán ser objeto de justificación en la comunicación del acto dispositivo al juzgado, comunicación que se hará inmediatamente a continuación de dicho acto; por otra parte, los que se refieran a “*bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario*”. En este supuesto, lo que se comunica inmediatamente al juez del concurso es la oferta recibida, junto con la justificación del carácter no necesario de los bienes, quedando aprobada la oferta recibida si en el plazo de diez días no se presenta una superior. Es, por tanto, el valor del inventario el que determina, para los bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, la posibilidad de enajenación directa, sin autorización judicial previa. La comunicación y justificación, en este caso como en el anterior, constituyen obligación de la administración concursal, sin que se contemple una resolución judicial sobre dichos extremos. En el primer supuesto, actos indispensables, la comunicación es posterior a un acto ya concluido y tiene una función puramente informativa. En el segundo, el acto dispositivo no se ha realizado todavía, y la función de la comunicación-justificación es abrir un plazo para la recepción de ofertas superiores. En todos estos casos corresponderá a la administración concursal la decisión sobre un acto dispositivo, a iniciativa de la administración de la sociedad, en el supuesto de intervención, o por propia iniciativa en el supuesto de sustitución de funciones.

Además de estos supuestos, se mantiene la posibilidad de autorización judicial de carácter general para actos de disposición de bienes “*inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor*” (artículo 44 LC).

D) EL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA

1. LA REFORMA POSTERGADA

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, no ha afrontado la reforma del concurso de persona física. Sin embargo, el legislador ha

aprovechado la reforma para dar un giro de ciento ochenta en el tratamiento de las deudas de los cónyuges casados en régimen de gananciales en el concurso de acreedores de uno de ellos.

Con carácter previo hay que recordar que el concurso de persona física es en la actualidad un supuesto residual, atendiendo a su escasa frecuencia en comparación con el total de asuntos que ocupan a los Juzgados de lo Mercantil. Representa apenas un diez por ciento de los concursos que se tramitan anualmente (unos ochocientos entre los más de ocho mil, el año 2010). Esta escasa incidencia se explica por cuanto la Ley Concursal de 2003, al unificar el procedimiento de insolvencia tomó como referente a la empresa de capital (en función del sesgo societario que le imprimieron los prestigiosos mercantilistas responsables de su diseño). La Ley no tuvo en cuenta las necesidades específicas de los consumidores, ni de los pequeños empresarios individuales y profesionales, y de ello da razón ese fracaso de la ley española en términos de instrumento ineficaz para solventar los problemas de insolvencia de las familias, en relación a otras naciones de nuestro entorno en que los concursos de particulares son algo habitual. Y no basta el recurso habitual al estigma social que recae en nuestro país sobre el concursado. Lo cierto es que muchas de las normas de la Ley no se adaptan a las necesidades reales de los acreedores y las familias: así, las limitaciones en el contenido posible del convenio hacen este poco atractivo a los acreedores y, por su parte, no se acoge en nuestra Ley una solución realista a la insolvencia, sea preventiva mediante convenios de refinanciación oponibles a los acreedores, sea mediante el reconocimiento de una segunda oportunidad o "fresh start", del que disponen por cierto la mayor parte de las legislaciones europeas.

Estas reformas no han sido afrontadas y siguen pendientes, principalmente por razones prácticas, al carecer de recursos la Administración de Justicia para hacer frente a la previsible avalancha de concursos que generaría una reforma en el sentido demandado por la sociedad. En todo caso, habría que explorar soluciones desjudicializadas, mediante procedimientos convencionales (en los que podría jugar un papel destacado el Notariado), con mayor amplitud de despliegue de la autonomía de la voluntad, complementado con una homologación judicial posterior simplificada, sistemas que tienen referentes en Italia, Francia o Gran Bretaña.

2. LA MASA PASIVA DEL CONCURSO DEL CÓNYUGE CASADO EN RÉGIMEN DE GANANCIALES

En cualquier caso, y en tanto estas necesarias reformas se afrontan, no debe pasarnos desapercibida una reforma en apariencia menor, menos importante que otras, en términos económicos, pero significativa de un cambio de concepción jurídica en la forma de afrontar la intersección de la institución concursal y la peculiar naturaleza de la sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial.

En concreto, nos referimos al nuevo párrafo segundo añadido al artículo 49 de la LC, con la siguiente redacción: *"En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal"*.

La Ley de 2003 recoge la posibilidad de declarar en concurso la herencia en tanto no haya sido aceptada (artículo 1.2 LC). Sin embargo, fuera de este supuesto, la declaración de concurso requiere que el concursado sea una persona física o jurídica. La sociedad de gananciales, a pesar de su tradicional denominación, carece de personalidad jurídica independiente de sus titulares. Solo los cónyuges pueden ser deudores (aunque el artículo 1369 CC hable de "obligaciones de la sociedad de gananciales"). Y por consiguiente, solo los cónyuges pueden ser declarados en concurso. Y no necesariamente ambos, pues aunque será frecuente que la insolvencia de uno se comunique al otro, puede que el presupuesto objetivo de la declaración de concurso del artículo 2 LC se dé respecto de uno de los consortes y no respecto del otro.

Esta independencia de ambos cónyuges en orden a su declaración en concurso resulta confirmada por otros preceptos de la Ley. En efecto, para el caso de que el presupuesto de la declaración de concurso se diera en ambos cónyuges se prevé la posibilidad de solicitar la declaración conjunta del concurso en el artículo 25 LC. Tras la reforma, el precepto –en su apartado 2– señala que *"el acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades"*.

La posibilidad de declaración conjunta confirma el principio general de declaración individual. Por cierto, que tal posibilidad se ha ampliado, tras la reforma, a determinadas parejas de hecho, lo cual, como luego veremos, tiene especial importancia a la hora de interpretar la norma que nos ocupa. El artículo 25.3 LC señala que *"el juez podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común"*.

Por otra parte, también puede suceder e incluso será frecuente que el presupuesto de insolvencia se presente en relación con uno de los cónyuges extendiéndose luego al otro. En tal caso, y conforme al nuevo artículo 25 bis, apartado 1 LC, *"cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes... 5º.- De los cónyuges. 6º.- De la pareja de hecho inscrita, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3..."*, correspondiendo la competencia en caso de acumulación al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud del concurso, conforme al apartado 3 del artículo 25 bis. En tales casos, se busca la coordinación de ambos procedimientos.

El supuesto del nuevo artículo 49.2 LC es otro, precisamente el de declaración en concurso de uno solo de los cónyuges, siendo solvente (deudor *"in bonis"*) el otro. Este es el supuesto conflictivo, en términos de técnica jurídico-concursal, por lo que se refiere a la conformación de las masas activa y pasiva del concurso, pues, por lo que se refiere a la masa activa, junto a los bienes propios de cada deudor, habrá que integrar en ella al menos la parte de bienes gananciales que hayan de responder de las deudas que pudieran ser gananciales (o responsabilidad directa de la sociedad de gananciales). Sin embargo, precisamente lo que caracteriza a la sociedad de gananciales del Código Civil es la inexistencia constante la sociedad de una cuota de participación propia de cada cónyuge sobre los bienes gananciales concretos, por cuanto la comunidad en términos de fijación de cuotas requiere como presupuesto la disolución del régimen.

a) Antecedentes

En la fase de Proyecto de la Ley Concursal de 2003, se contempló la declaración de concurso de uno de los cónyuges como causa de disolución de la sociedad de gananciales, integrando en la masa activa del concurso la cuota de gananciales correspondiente al cónyuge deudor. Esta posición concordaría con el sistema establecido por el artículo 1373 CC, para el caso de embargo trabado sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, en cuyo caso el otro podría solicitar que en la traba se sustituya el bien concreto por la cuota de liquidación del cónyuge deudor, provocando así la disolución de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, no prevaleció este sistema, imponiéndose el principio de universalidad del artículo 76 LC, de modo que en la masa se comprende la totalidad de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, y específicamente, conforme al artículo 77.2 LC, para el cónyuge casado en régimen de gananciales, *“se incluirán en la masa, además (de los bienes y derechos privativos) los bienes gananciales... cuando deban responder de obligaciones del concursado”*. Por su parte, el artículo 86.4 LC establece (reproduciendo el texto del anterior 86.3) que *“cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la administración concursal expresará respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común”*.

Ciertamente, la integración en la masa activa de bienes y derechos gananciales, cuando deban responder por las deudas de uno solo de los cónyuges (en este caso el concursado), da *derecho* al cónyuge “in bonis” a pedir la disolución de la sociedad de gananciales, *“y el juez acordará la liquidación... que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”* (artículo 77.2 LC). Como la práctica totalidad de concursos termina en liquidación, esta coordinación supondrá diferir la liquidación de gananciales al momento en que se lleve a cabo el pago a los acreedores. Esas resultas del concurso determinarán la composición del patrimonio común a efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.

b) Sistema de la Ley Concursal de 2003

En definitiva, el consorte "in bonis" puede optar por solicitar o no solicitar la disolución de la sociedad de gananciales, sin que la misma se produzca como efecto automático de la declaración de concurso. E incluso, si se solicita la disolución, no hay una sustitución en la masa de los bienes y derechos gananciales por la cuota del cónyuge deudor, sino que hay que diferir la liquidación a las resultas de la previa liquidación del concurso.

En dicha liquidación, eso sí, se preserva el derecho del cónyuge del concursado a que en la liquidación de la sociedad de gananciales se incluya en su haber la vivienda habitual conyugal, abonando a la masa el exceso de valor sobre su cuota (artículo 78.4 LC), derecho que para su efectividad requiere su anteposición a la propia liquidación del concurso.

En la Ley de 2003, estas normas relativas a la formación de la masa activa, en el caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales, se contraponían a lo dispuesto en el artículo 84.1 LC, en relación con la masa pasiva. Conforme a dicho precepto, *"en el caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales... no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad"*.

Como consecuencia de ello, la declaración de concurso de un consorte afectaba a todos los bienes gananciales. Por su parte, los acreedores del consorte "in bonis" no veían afectados sus créditos. Estos no pasaban a ser "créditos concursales", que hubieran de cobrarse dentro del procedimiento concursal, sometidos al principio de comunidad de pérdidas. Ni les eran aplicables los efectos propios de la declaración de concurso del capítulo II, Título III, de la LC. No les afectaba la suspensión de acciones declarativas, ni la paralización de ejecuciones de garantías reales, ni la prohibición de compensación, suspensión del devengo de intereses o interrupción de la prescripción.

Sin embargo, la situación de los acreedores del deudor "in bonis" podía resultar afectada por la liquidación concursal, en la medida en que sus créditos fueran de aquellos en cuya garantía el Código Civil establece la responsabilidad directa de los bienes gananciales (artículos 1365 y 1369 del Código Civil). Aunque la ganancialidad pasiva no se presume legalmente, la jurisprudencia aplica ampliamente los preceptos civiles, siempre que se estime que

la actuación de uno de los cónyuges se lleve a cabo en interés de la familia o exista una evidente implicación del supuesto con los del artículo 1365 CC. En tales casos, integrados los bienes gananciales en la masa activa del concurso, quedaban fuera del alcance de los acreedores del cónyuge "in bonis", que verían reducida su garantía únicamente a los bienes propios de su deudor y aquella parte de los gananciales que subsistiera a la liquidación del concurso.

c) Reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011

Con ocasión de la reforma de la Ley Concursal, la 38/2011 ha venido a adoptar el criterio contrario. El nuevo artículo 49.2 LC, como hemos visto, impone la integración en la masa pasiva de los créditos contra el cónyuge del concursado, cuando "*sean además créditos de responsabilidad de la sociedad conyugal*".

¿Qué razones han llevado al legislador a cambiar de criterio? ¿Es más equilibrado el sistema actual o crea distorsiones?

En primer lugar, y por lo que se refiere al posible fundamento de la reforma, habría que precisar si se trata de resolver un problema puramente dogmático o se persigue otra finalidad. En este sentido, debemos situar la reforma en el momento económico en que se produce, siendo la crisis económica y financiera una de las principales motivaciones de la reforma, como reconoce el Preámbulo de la Ley 38/2011. Si bien no es la legislación concursal el medio más apropiado para llevar a cabo una política económica, lo cierto es que las reformas recientes de la Ley Concursal demuestran que los cambios que en la ley se van introduciendo lo son a impulsos de las urgencias financieras inmediatas, con descuido muchas veces de un planteamiento general coherente.

Por lo que hace a las economías familiares, la situación presente tiene su inicio en la fase expansiva del crédito en la década 1997-2007, con tipos de interés muy bajos y en plena burbuja inmobiliaria, que provocaron el sobreendeudamiento de las familias, sobre el que ha incidido la crisis inmobiliaria y financiera subsiguiente, traducándose en una destrucción sin precedentes de empresas pequeñas y medianas y puestos de trabajo.

El supuesto, con mucho, más frecuente en la actual situación de crisis financiera, y al que se quiere dar salida, es el de familias con un único acreedor principal: la entidad financiera que financió en su

día la compra de la vivienda habitual conyugal, muchas veces adquirida en estado de soltero por uno de los cónyuges, gravitando sobre la economía familiar el pago del préstamo hipotecario, cuya cuota aumenta a la vez que disminuyen los ingresos familiares por rentas de trabajo o profesionales.

¿Cómo incide sobre esta situación la reforma? Se somete a todos los acreedores que puedan tener acción contra los bienes gananciales a un mismo procedimiento para el cobro, bajo el principio de comunidad de pérdidas, sin que importe ya qué cónyuge contrajo la deuda ni el hecho de que uno de los consortes sea solvente. Ello supone aplicar los efectos del concurso, cuando el concursado es casado en régimen de gananciales, a todos los créditos, sean de dicho cónyuge o de su consorte, excepto los que constituyan deudas propias del cónyuge "in bonis".

Esta modificación tendrá una consecuencia importante: la paralización de las ejecuciones sobre bienes gananciales que hubiere iniciado el acreedor del cónyuge no declarado en concurso, como consecuencia de la declaración de concurso de su consorte. Es decir, se extiende el efecto de paralización de acciones de ejecución de garantías reales (en especial hipotecarias) a créditos distintos de los del concursado.

d) Fundamento: la comunicación patrimonial. Concurso de las parejas de hecho

¿Cuál es en tal caso el fundamento de esa integración? No la titularidad de la deuda, sino la comunicación patrimonial. Ello resulta claro si se atiende a las nuevas normas en virtud de las cuales se asimila el tratamiento a los cónyuges al que se reconoce a determinadas parejas de hecho.

Por lo que se refiere al concurso de la pareja de hecho, hay que hacer algunas puntualizaciones previas.

En primer lugar, dada la diversidad de la regulación de esta realidad convivencial de hecho en las diversas comunidades autónomas (con 17 leyes distintas), hay que subrayar que el único supuesto que reconoce la LC, en orden a la declaración conjunta o acumulación, es el de pareja de hecho "inscrita"; comunidades como la de Aragón reconocen efectos a la pareja de hecho que de cualquier modo pruebe la convivencia, otras exigen una duración mínima de la convivencia; sin embargo, estas relaciones de puro hecho no son

contempladas por la LC, que exige –como en la Ley andaluza, por ejemplo– la publicidad administrativa, es decir, una expresa declaración de voluntad de constituir pareja de hecho.

Pero, por lo que nos interesa en este lugar, la Ley atiende a la virtualidad comunicativa de bienes de **determinados pactos expresos**, pero también de **hechos concluyentes o pactos tácitos** de los convivientes. Se reconoce así una trascendencia jurídico-patrimonial (la formación de un patrimonio común) a las situaciones convivenciales de base no matrimonial, consistente en el surgimiento de una situación equiparable a una sociedad de hecho o régimen económico comunitario. Esta eficacia de los pactos se sitúa en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que acude, para reconocer eficacia a la autonomía de la voluntad en este ámbito familiar, a principios generales como el de buena fe, el que veta el enriquecimiento injusto o el que impone la tutela jurídica del conviviente más necesitado de protección.

En definitiva, es la comunicación patrimonial que determina el régimen de gananciales la que impone, sin consideración a la titularidad de la deuda, la integración en el concurso de los créditos: *par conditio creditorum* que se tiene como referente el patrimonio ganancial afectado en garantía de deudas que puedan recibir el calificativo legal de “gananciales”.

3. ENCAJE DE LA REFORMA CON LA CONFIGURACIÓN DE LOS GANANCIALES EN EL CÓDIGO CIVIL

¿Cómo encaja esta reforma con la concepción predominante acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales? El diseño de la Ley de 1981, al configurar el actual régimen de gananciales, tuvo como objetivo cohonestar dicho régimen, tradicional en nuestro Derecho, con el principio constitucional de igualdad de los cónyuges, sin que el hecho de contraer matrimonio bajo régimen de gananciales pudiera limitar su libertad para contratar y vincularse personalmente, en el desarrollo de su profesión u oficio o en las atenciones ordinarias de la familia.

Sociológicamente, el régimen de gananciales se correspondía con la familia tradicional en la que el marido aportaba los recursos económicos y dirigía la economía familiar. Por lo tanto, era necesario deshacer esa gravitación natural sobre uno de los cónyuges de la

actividad externa de la sociedad de gananciales, propiciando un régimen de actuación y endeudamiento a cada uno de los cónyuges, sin perjuicio de la solvencia familiar. La ganancialidad, como calificación jurídico-legal de determinados bienes, no debía afectar a la titularidad de los mismos ni alterar la ley de circulación que corresponde a su naturaleza, pero como régimen económico matrimonial, debía imponer sobre dichos bienes, calificados de gananciales, unas normas de administración y gestión y de responsabilidad de dichos bienes frente a terceros, todo ello en aras al interés de la familia y su sostenimiento. A tal fin confluye la ampliación de solvencia de los cónyuges que proporciona la formación de un patrimonio común (sin que podamos entrar ahora en la *vexata quaestio* de la naturaleza de esa comunicación constante el régimen). Esa comunidad –sea de afectación, sea de destino, sea jurídica o meramente económica– impone un régimen jurídico específico a determinados bienes.

Por lo tanto, es la comunicación (que se produce en todo régimen de comunidad, incluido el de comunidad de ganancias) la que determina el tratamiento especial de una determinada masa de bienes. Este tratamiento especial, con una consideración unitaria, queda tras la reforma confirmado en la esfera concursal, también en la vertiente del pasivo ganancial.

Como consecuencia de la configuración legal de régimen de gananciales y la posibilidad de actuación individual o conjunta de los cónyuges, habrá que distinguir, deudas contraídas por uno solo de ellos o por el otro y deudas contraídas por ambos o por uno con el consentimiento del otro. De estas últimas, “los bienes gananciales responderán en todo caso” (artículo 1367 CC) y, siendo los dos deudores, responderán con todos sus bienes, privativos y gananciales, ex artículo 1911 CC, y en caso de incumplimiento de sus obligaciones, ambos serán declarados en concurso.

Tratándose de deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, en caso de insolvencia, únicamente el deudor podrá ser declarado en concurso de acreedores, sin embargo, habrá que atender, tanto para la formación de la masa activa del concurso, como para la formación de la masa pasiva, al principio de solvencia de la sociedad de gananciales, que hace responsables a tales bienes por las deudas de uno solo de los cónyuges, siempre que concurren determinados supuestos, susceptibles de prueba caso de ser contradichos (artículo 1365 en relación con el 1362 del Código Civil). Como consecuencia de

ello, todos los créditos que puedan tener a su favor esa responsabilidad directa de los bienes gananciales habrán de integrarse en la masa pasiva del concurso, aun no siendo deudor el concursado, por cuanto la ley atribuye a ambos cónyuges una legitimación individual para la vinculación de tales bienes.

No nos estamos refiriendo, repetimos, a deudas que sean “de cargo de la sociedad de gananciales”. Esta expresión legal se refiere al momento de la liquidación del régimen de gananciales, a la relación interna entre los cónyuges al liquidar, en la cual habrá de tenerse en cuenta la naturaleza de la obligación que uno solo de ellos contrajo, para determinar, conforme al artículo 1362 y concordantes CC, si la responsabilidad definitiva por tales deudas ha de recaer sobre los bienes gananciales. Sin embargo, normalmente, las deudas que conforme al artículo 1365 CC son responsabilidad provisional de la sociedad de gananciales, serán igualmente en definitiva “de cargo” de la sociedad de gananciales a la hora de formar el activo y pasivo de la misma, por haberse contraído en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda; o bien haberse contraído en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios.

Siendo el régimen de gananciales un régimen de comunicación, en el que los cónyuges aportan su trabajo personal y sus recursos propios para aplicar las rentas y frutos obtenidos al sostenimiento de la familia y sus atenciones ordinarias y a la formación con el tiempo de un patrimonio común para ambos, es lógico –en contrapartida– que la actividad contractual desplegada por cada uno de ellos en dichos ámbitos (potestad doméstica y trabajo personal o de administración de bienes propios) se vea facilitada y respaldada por la garantía que supone en el tráfico ese patrimonio común que se va formando y crece gracias a esa actividad personal e individual de cada cónyuge. Esa mayor solvencia individual favorece a los acreedores, pero por ello mismo aumenta las posibilidades de actuación económica de cada cónyuge en el manejo ordinario de sus negocios propios.

4. SUPUESTO DEL CÓNYUGE DEL COMERCIANTE

Alguien ha recordado que la mayor parte de los escasos concursos de personas físicas lo son de “personas físicas *ma non troppo*”,

por cuanto en realidad se refieren a empresarios individuales (sin la cobertura de la forma societaria) o a personas físicas pero en cuanto administradores de personas jurídicas, a los que se deriva el ejercicio de acciones de responsabilidad.

En el supuesto del artículo 49.2 LC, si el cónyuge del concursado es comerciante o, en términos actuales, empresario individual, la extensión de su solvencia a la totalidad de bienes gananciales viene limitada en el Código de Comercio respecto de los profesionales en dos sentidos: en primer lugar, salvo consentimiento expreso o presunto de su cónyuge, solo responderán de sus deudas comerciales o empresariales sus bienes propios y los obtenidos de las resultas de su actividad (privativos o gananciales, según se incorporen como aumento de valor a la empresa o se conviertan en beneficios repartidos), pero no los (demás) bienes gananciales; en segundo lugar, el consentimiento prestado podrá ser libremente revocado, quedando por lo tanto reducido el ámbito patrimonial de solvencia del empresario por la sola voluntad de su consorte, oponible a terceros si se hubiere dado a tal voluntad la necesaria publicidad (artículos 6 y siguientes del Código de Comercio).

Como consecuencia de dicho régimen especial, los créditos del cónyuge del concursado en quien concurra la condición de comerciante se integrarán solo si la responsabilidad por los mismos se extiende a la totalidad de los bienes gananciales, sea por consentimiento expreso o presunto de su consorte concursado.

Por otra parte, habrá que tener en cuenta la posible existencia de una sociedad de hecho entre ambos cónyuges, si el no comerciante contribuye con su trabajo personal a la empresa del comerciante (así, MAGARIÑOS BLANCO, con apoyo en el artículo 1347.5 CC). La comunicación que produce la inversión ganancial o la aportación de trabajo en la empresa privativa de uno de los cónyuges, conforme al artículo 1359.2 CC, comporta una participación en el aumento de valor o plusvalía empresarial al liquidar el régimen. Ello no excluye la posibilidad de entender durante el régimen que pueda establecerse por dichas aportaciones un supuesto de sociedad irregular, en relación a la empresa de uno de los cónyuges. En tal caso, ¿haría tránsito el régimen de concurso de persona física al de persona jurídica dado que la irregularidad no es determinante en nuestro Derecho de falta de personalidad jurídica, ex 1669 CC?

5. CONSECUENCIAS DE LA INTEGRACIÓN EN LA MASA PASIVA DE LAS DEUDAS GANANCIALES DEL CÓNYUGE NO CONCURSADO

A la vista del artículo 49.2 LC, los acreedores que no lo sean del concursado, sino tan solo de su consorte, verán incluidos sus créditos en la masa pasiva del concurso, *aun sin su voluntad* ("se integrarán", dice en términos imperativos el precepto). Se les impone dicha integración, desencadenándose sobre tales créditos los efectos negativos propios de la declaración del concurso, sin que puedan los acreedores oponerse a ello, por tratarse de normas de derecho necesario. Por lo tanto, la integración, a la vez que les posibilita participar en la negociación en la que se ven afectados bienes que garantizan en definitiva la realización de su crédito, les impide ejecutar tales bienes por su cuenta o proceder a la realización aislada, sometiéndolos al principio de comunidad de pérdidas juntamente con los acreedores del otro cónyuge. Son **créditos concursales** y no créditos contra la masa. Las consecuencias de ello son conocidas, si bien conviene hacer una relectura de las mismas, a la vista del nuevo supuesto incorporado, y teniendo en cuenta además algunos cambios introducidos en la Ley.

- ¿Qué sucede, en primer lugar, con los **contratos sinalagmáticos** en que es parte el cónyuge del concursado? Su integración en la masa pasiva del concurso no afectará a su subsistencia. Sin embargo, en caso de incumplimiento habrá que distinguir:

- a) Si solo hay obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del cónyuge, el derecho del acreedor que cumplió, frente al deudor que no ha cumplido, se integra en la masa pasiva. Se trata de deuda concursal y no deuda contra la masa.

- b) Si hay obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes (por ejemplo, en las obligaciones de tracto sucesivo) las prestaciones a que esté obligado el cónyuge del concursado se realizarán con cargo a la masa. Sin embargo, la administración concursal puede optar, en interés del concurso, por resolver el contrato (aunque no exista causa de resolución) o existiendo esta, puede optar por cumplir la prestación. En ambos casos, con cargo a la masa.

- ¿Cómo se puede evaluar el "**interés del concurso**" en relación con el cónyuge del concursado? Dicho interés se hace coinci-

dir habitualmente con la maximización del valor del patrimonio del deudor. Ello está claro en el principio de "*continuidad de la actividad empresarial o profesional*". En relación con ello, la integración de las deudas del cónyuge del concursado, si aquel es profesional o empresario, impondrá la consideración especial en relación con los créditos integrados en la masa, de su "interés para el concurso", así, el pago a los proveedores esenciales del profesional o empresario, y su consideración como deudas de la masa y no deudas concursales.

- Un caso de especial importancia es el del arrendamiento financiero o "leasing", como forma específica de financiarse los profesionales y empresarios. Los contratos de "leasing" del cónyuge del concursado vigentes al comenzar el concurso serían contratos con obligaciones pendientes a cargo de una sola de las partes (el arrendatario financiero) y por tanto se integrarían en la masa pasiva del concurso las cuotas que vencieran durante el concurso. No serían deudas contra la masa, sino deudas concursales con privilegio especial. Sin embargo, la LRLC ha incluido en el artículo 61.2 LC un apartado en el que presupone que el arrendamiento financiero es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes (como si el arrendador cada mes está obligado a proporcionar el uso de la cosa). Bajo tal concepto, los administradores podrán optar, bien por seguir pagando las cuotas con cargo a la masa, bien por resolver el contrato, todo ello según consideren en interés del concurso. Es este interés (en orden a la financiación de elementos integrantes de la unidad empresarial) lo que justifica y fundamenta esta consideración del "leasing", por su finalidad predominantemente financiera.

- En la apertura de crédito, la continuidad de la actividad del cónyuge del concursado interesará a la masa, sin perjuicio de la posibilidad de denuncia por la entidad de crédito (por pérdida de confianza). Habrá de tenerse en consideración la parte dispuesta (crédito concursal) y la parte pendiente de disponer (cuya disposición generará créditos contra la masa).

- En el préstamo habrá que tener en cuenta por una parte el principio de continuidad de los contratos vigentes, pero por otra las cláusulas de vencimiento anticipado por insolvencia (que la

ley entiende como no puestas), en relación con el artículo 1119 CC y la pérdida del beneficio de plazo por el deudor.

Sin embargo, los más importantes efectos de la integración en la masa activa afectan a **las acciones de los acreedores del cónyuge del concursado**. La integración en la masa pasiva supone la paralización de las acciones singulares de los acreedores, porque se someten a un procedimiento unitario para el cobro ordenado de sus créditos y el despliegue de los efectos propios de la declaración del concurso sobre el acreedor y sobre el crédito.

6. CRÉDITOS DEL CÓNYUGE DEL CONCURSADO CONTRA SU CONSORTE

Como consecuencia del funcionamiento del propio régimen legal de gananciales, surgirán deudas entre unas masas y otras. Así, por aplicación de los artículos 1364 y 1358 del Código Civil puede resultar acreedor el cónyuge del concursado, por reintegros o reembolsos frente al patrimonio ganancial (lo mismo que puede ser deudor al mismo e igualmente, acreedor o deudor, el cónyuge concursado). Los preceptos reseñados se refieren al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales para hacer efectivos dichos reembolsos y reintegros entre las masas. Solicitada la disolución en el concurso, se diferirá la liquidación para coordinarla con la liquidación concursal, a las resultas de la misma, por lo que únicamente tras concluir esta, el remanente patrimonial permitirá o hará inviable los citados reintegros, anteponiéndose el pago a los acreedores gananciales, frente a los cuales los cónyuges son acreedores subordinados.

La terminación del concurso no determinará por ese solo hecho la extinción de las deudas que no hubieren sido pagadas (artículo 1911 CC), por lo que será de aplicación el artículo 1401 CC, en orden a la liquidación de gananciales, respondiendo los cónyuges en su caso con los bienes a cada uno adjudicados, sin perjuicio de la responsabilidad ilimitada del cónyuge deudor.

7. CRÉDITOS PROPIOS DEL CÓNYUGE DEL CONCURSADO

En cuanto a las deudas privativas del cónyuge del concursado, es decir, deudas que no lo sean además de responsabilidad de

la sociedad de gananciales, al no integrarse dichos créditos en la masa pasiva no vendrán afectados por la declaración de concurso del cónyuge del deudor, si bien habrá que tener en cuenta los supuestos en que la ley deriva consecuencias de la relación entre los cónyuges a los efectos de posible fraude de acreedores o interposición de testaferros.

TESTAMENTOS ESPECIALES DE ANALFABETOS, CIEGOS, SORDOS Y MUDOS EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO ESPAÑOL

Santiago Castán Pérez-Gómez

Profesor Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Resumen: El Derecho Romano reconoció las singularidades de las personas analfabetas, ciegas, sordas y mudas para permitirles otorgar testamento, estableciendo para ello unas reglas sobre su *testamenti factio activa* e ideando una serie de formas testamentarias especiales. El Derecho histórico español y el Código Civil han mantenido esa tradición y progresivamente han ido simplificando sus formas de testar.

Palabras claves: Testamentos especiales–Analfabetos–Ciegos–Sordos–Mudos–Testigos–Firma–Testamentifacción–Notarios.

SPECIAL WILLS FOR THE ILLITERATE, BLIND, DEAF AND MUTE IN ROMAN AND SPANISH LAW

Abstract: Roman Law recognised the special nature of persons who were illiterate, blind, deaf or dumb and allowed them to make a last will and testament, to that end laying down a number of regulations on their *testamenti factio activa* and devising a series of special testamentary formats. Historical Spanish Law and the Civil Code have maintained that tradition, and have gradually simplified the manner in which a last will and testament can be made.

Key words: Special wills–The illiterate–The blind–The deaf–The mute–Witnesses–Signature–Testamentary capacity–Notaries.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. TESTAMENTO DEL ANALFABETO
- III. TESTAMENTO DEL CIEGO
- IV. CAPACIDAD Y TESTAMENTOS DE SORDOS, MUDOS Y SORDOMUDOS
- V. RECEPCIÓN DE ESTAS FORMAS EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL
- VI. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL HASTA 1991
- VII. REGLAMENTACIÓN ACTUAL: LA REFORMA DE 1991 EN MATERIA DE TESTIGOS Y TESTAMENTOS

I. INTRODUCCIÓN

1. Los testamentos especiales que se regularon en la última época de la experiencia jurídica romana constituyen una serie de figuras muy interesantes dentro del Derecho de Sucesiones (1). Aunque el Derecho que se creó y aplicó durante la etapa que denominamos Bajo Imperio (siglos III-v) suele ser minusvalorado y adjetivado como *posclásico* o *vulgar* (2) –lo cual no deja de tener cierto sentido, pues la comparación con el Derecho anterior, el *clásico*, poco menos que lo reduce a esa condición–, también es verdad que

(1) En el pasado he tenido la ocasión de estudiar dos de estos testamentos especiales y ponerlos en relación con la importante reforma que en materia testamentaria introdujeron los emperadores Teodosio II y Valentiniano III en el año 439, cuyas principales características serían mantenidas por Justiniano en su magna Compilación: concretamente “Formas testamentarias posclásicas especiales: 1. *Testamentum tempore pestis*”, en *Estudios Jurídicos in memoriam del Prof. Alfredo Calonge*, 1, Salamanca, 2002, pp. 213-235 y “Formas testamentarias posclásicas especiales: 2. *Testamentum ruri conditum*”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, 4, Madrid, 2004, pp. 5681-5699.

(2) Al respecto, CALASSO, F.: *Medio Evo del Diritto*. 1. *Le Fonti*, Milano, 1954, pp. 57 ss.

en el ámbito del Derecho sucesorio se produjo una evolución muy apreciable y positiva, pues este fue adaptado a las nuevas realidades jurídico-sociales y contó con un notable influjo de la *humanitas* como criterio para su renovación. En una época en la que el elemento latino, la tradición romana, no era ya prácticamente más que un lejano recuerdo, los emperadores tuvieron que dotar al sistema jurídico de unas instituciones más vivas y modernas; una evolución que paradójicamente suponía un distanciamiento con el clasicismo jurídico que había caracterizado durante siglos su ordenamiento, pero era una evidencia que el Derecho iba ahora dirigido a personas más sencillas que sus antepasados, con menos bagaje jurídico y cultural y, por ello, necesitadas de un sistema más accesible e igualitario. En las formas testamentarias especiales se advierte esta nueva sensibilidad (3).

El presente trabajo se ocupa de dos testamentos romanos especiales propiamente dichos que son los otorgados por analfabetos y ciegos. El modo en que testaban las personas sordas, mudas y sordomudas en Roma no constituía verdaderamente una forma extraordinaria, pero he creído oportuno acercarlo a estas páginas pues en dicho modo podemos encontrar espacios comunes con los testamentos anteriores. Más que una forma especial, lo que hallamos es una serie de reglas en torno a la capacidad de otorgar testamento (*testamenti factio activa*) (4) de estas personas a quienes faltaba un sentido esencial en el ser humano, la voz o el oído, y en el peor de los casos ambos sentidos. Ciegos, sordos y mudos padecían una discapacidad física que afectaba de forma directa, como consecuencia de la mentalidad del hombre antiguo, a su capacidad de ejercicio. Tanto unos como otros eran individuos que se hallaban en una situación compleja en un mundo, el romano y el antiguo en general, que no les dispensaba ni una especial atención ni tampoco la protección con la que hoy cuentan. La similitud de problemas que su condición física les planteaba en el ámbito del ejercicio de sus derechos públicos y privados me ha parecido de sumo interés para agregar este

(3) Vid. en síntesis AMELOTI, M.: *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. 1. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, pp. 78 ss.

(4) GAI. 2.114. Sobre la *testamentifactio* DE LAS HERAS, G.: *Testamentifactio: origen y naturaleza*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, 11, Madrid, 1999, pp. 41 ss.

modo de testar al trabajo, aun cuando no se trate de testamentos especiales y ninguna obra romanista los incluya como tales (5); la jurisprudencia romana, lo acabamos de decir, se ocupó de las personas sordas y mudas al analizar la testamentifacción (o la capacidad en general) y las limitaciones a la misma. Y finalmente, en relación con el testamento especial del analfabeto y su singular situación, hay que poner primero de manifiesto la diversa naturaleza de su condición personal con respecto a los anteriores. Al analfabeto no le faltaba ninguno de los sentidos señalados ni tampoco padecía una disminución de su inteligencia (en tal caso sería un *furiosus*): tan solo era un sujeto que no sabía leer ni escribir y, por ello, su capacidad estaba restringida para una serie de negocios que precisaban de esos conocimientos. Sin embargo, es significativo que el Derecho Romano aplicara a los iletrados remedios de tipo jurídico muy similares a los dispuestos para los sujetos discapacitados anteriormente mentados, ideando fórmulas de las que nuestro Derecho histórico en parte se sirvió. Precisamente, finalizamos el trabajo con la andadura histórica de estos testamentos en varios de los principales cuerpos jurídicos de la España medieval y su posterior regulación en el Código Civil.

La voluntad en un negocio jurídico, elemento principal del mismo (6), puede ser expresada de forma oral o escrita. Lo fundamental

(5) Tradicionalmente se consideran especiales los siguientes testamentos: 1) *Testamentum tempore pestis* (a. 290); 2) *Testamentum parentis inter liberos* (a. 321); 3) El testamento a favor de la Iglesia y obras pías (desde a. 321); 4) Testamento del analfabeto (a. 439); 5) Testamento ológrafo (a. 446); 6) Testamento del ciego (a. 521); 7) Testamento *ruri conditum* (a. 534). El *testamentum militis* es unas veces considerado como testamento especial, y otras, quizá más acertadamente, como un régimen testamentario extraordinario. *Vid. infra* n. 49 de este trabajo, e igualmente BRONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1960, pp. 69 ss. TORRENT, A.: *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1995, pp. 626 y 627. ARNDTS, L.: *Trattato delle Pandette*, vers. ital. di F. Serafini, 3, Bologna, 1879, pp. 164 ss. SCHULZ, F.: *Principios del Derecho Romano*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 93 y 94. ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, 2, 18.ª ed., Madrid, 1991, pp. 825 y 826.

(6) Sobre voluntad negocial y *voluntas testatoris* *vid.* CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Conditio iuris y tacita condicio. Las condiciones implícitas en el Derecho Privado Romano*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pp. 13 ss. y 77 ss.

es que exista y se amolde a la forma prescrita por el Derecho para que el acto pueda desplegar efectos jurídicos. En Roma, la mayor parte de las *obligationes* del *ius civile* se contraían *verbis* y no fue hasta que el documento escrito se generalizó a finales del siglo I a. C., por influjo de la praxis oriental (7), cuando la oralidad característica de tantos negocios jurídicos comenzó a caer en desuso, aunque nunca desapareciera por completo (8). El testamento romano es un fiel exponente de esa evolución. Por un lado, el denominado clásico (*testamentum per aes et libram*) fue en su concepción originaria un testamento oral y abierto que se servía de la fórmula de la *mancipatio familiae* para su celebración. Era necesario que el testador pronunciara formal y verbalmente su voluntad (*nuncupare*) (9) ante cinco testigos, un *libripens* (portador de la balanza) y un *familiae emptor* (ejecutor testamentario de confianza del testador) (10). In-

(7) La introducción del documento (*instrumentum* en época clásica; posteriormente comienza a hablarse de *documentum*) en la praxis negocial romana se produjo de forma pacífica y gradual. Inicialmente su función principal era simplemente probatoria, pero desde la época de Constantino se iría exigiendo su utilización en los principales negocios patrimoniales, de forma que el documento comienza a tener carácter dispositivo o constitutivo del negocio jurídico: C.4.21 (*De fide instrumentorum et amissione eorum, et antapochis faciendis, et de his quae sine scriptura fieri possunt*). Vid. AMELOTTI, M.: "Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho", en *Scritti Giuridici*, Torino, 1996, pp. 155-157. ORTUÑO PÉREZ, M.^a E.: "La publicidad en la donación: una reflexión sobre la regulación constantiniana", *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano (on line)*, 5, oct. 2010, pp. 16 ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana", en *Iustel.com*, RGDR, 4, jun. 2005, pp. 1 ss.

(8) Sobre el cambio en las formas negociales: de los *verba* a los documentos, véase CORBINO, A.: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994, pp. 73 ss.

(9) Vid. SCHERILLO, G.: *Corso di Diritto Romano. Il testamento*, 2, Milano, 1967, pp. 16 ss.

(10) GAI. 2.102-108. Inst. 2.10.1. Partiendo de la antigua *mancipatio familiae*, por la que el *civis* que no hubiera otorgado testamento y se encontrara en peligro de muerte podía traspasar todo su patrimonio (*familia*) por medio de una *mancipatio* a una persona de su confianza (*familiae emptor*) con el encargo de distribuirlo entre las personas designadas por el enajenante, la jurisprudencia ideó la forma del *testamentum per aes et libram* valiéndose de la forma de la *mancipatio* como mera solemnidad, pues la finalidad no era la adquisición fiduciaria de la *mancipatio familiae*, sino la designación de un *heres*. Pasó a ser un verdadero testamento: hay institución de heredero, que es quien adquiere

tervenían, por tanto, siete personas más el testador. Pero como ha señalado M. AMELOTI (11), debió superarse bastante pronto la praxis del testamento civil en que la *nuncupatio*, entendida como la declaración solemne del testador que contenía todas las disposiciones (12), era confiada tan solo a la memoria de los testigos. En el instante en que la sociedad romana experimentó su gran transformación y crecimiento fruto del imperialismo de la República, se constataron nuevas necesidades en el campo del Derecho que darían lugar no solo a una mayor variedad, sino también a una nueva complejidad de las relaciones jurídicas. En la materia que abordamos se impuso la conveniencia de constatar por escrito las disposiciones testamentarias en las *tabulae testamenti*, cuya práctica además permitía por primera vez mantener el secreto de las mismas. Desde el siglo I a. C., nos lo dice Cicerón, era habitual recurrir a un tercero especializado en la materia, un *testamentarius*, cuya función consistía en prestar asesoramiento y redactar el documento aunque el testador supiera escribir (13). A continuación el disponente tan solo debía presentar el escrito ante los testigos, dando a conocer su contenido o guardando secreto sobre el mismo pero afirmando que ese pliego o tablilla contenía su voluntad testamentaria para que fuera precintado por los testigos con sus sellos (*obsignatio*). De ahí que el término *testatio*, que inicialmente significaba declaración delante de testigos, pasara pronto a nominar también el documento testa-

mortis causa y el *familiae emptor* aparece como un simple custodio de la voluntad testamentaria. Vid. BIONDI, B.: *Sucesión Testamentaria y Donación*, pp. 39 ss. AMELOTI, M.: “*Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti*”, en *Estudios de Derecho Romano en honor de A. d’Ors*, 1, Universidad de Navarra, 1987, pp. 151 ss. TORRENT, A.: *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 355 y 356, 673 y 674, 1338 ss. (igualmente en *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho romano*, Salamanca, 1966, pp. 80 ss.).

(11) En varios trabajos, v. gr., en “*Genesi del documento e prassi negoziale*”, en *Scritti Giuridici* (cit. en n. 7), pp. 165 ss.; “Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano”, p. 152.

(12) GAI. 2.104.

(13) Cic., *de off.*, 3.18; *de orat.*, 1.57; *pro Sest.*, 17.39. ULP. D.29.6.1 pr. ULP. D. 28.5.9.3. ULP. D. 28.5.9.6. PAUL. D.48.10.22.10. ULP. D.36.1.3.5. CALL. D.48.10.15 pr. ULP. D.29.1.15.3. C.9.23.3 (a. 223). El *senatusconsultum Libonianum* (16 d. C.) castigaba con las penas de la *Lex Cornelia de falsis* (81 a. C.) a quienes escribieran disposiciones en su propio favor en el testamento de otro, además de sancionar la nulidad de las mismas.

mentario redactado (*instrumentum*) con el signado de los testigos y frecuentemente con su firma (14).

El pretor empezó a otorgar validez a los testamentos escritos (15) que le presentaban cuando estos contaban con el sello de siete testigos ("*si tabulae testamenti extabunt, non minus quam septem testium signis signatae*"), concediendo la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien apareciera designado como heredero. Esa praxis motivó que se hablara de un testamento pretorio en época clásica (16), sin que en realidad fuese una forma testamentaria que sustituyera a la civil, ya que lo que hacía era simplificarla (17), pudiendo optar el *civis* entre una u otra a la hora de realizar el que era uno de los actos jurídicos más importantes en la vida del ciudadano (18). Correlativamente comenzó a identificarse el testamento oral como el propio del *ius civile* y el testamento escrito como el característico del *ius praetorium*. En la práctica el pretorio llegó a desplazar al civil y, de hecho, es más que probable que desde aquel momento el testamento nuncupativo no tuviera la misma utilización generalizada, aunque nunca desapareciera y fuera mantenido por Teodosio y Valentiniano en su legislación del 439 d. C., si exceptuamos algunas circunstancias extraordinarias previstas en la legislación romana que explicaban que se mantuviera también

(14) Cic., *pro Quinc.*, 6.25; 21.66; *pro Caec.*, 16-45; *Verr.*, 2.2.77; 5.39.102. Véase en AMELOTTI, M.: *Genesi del documento e prassi negoziale*, pp. 169 y 170. ARCHI, G. G.: "*Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*", en *Scritti di Diritto Romano*, 2, Milano, 1981, pp. 748 y 749.

(15) Afirma A. d'ORS que en la historia del documento romano el testamento pretorio es el primer *instrumentum* que tiene valor constitutivo (en *Derecho Privado Romano*, 8.ª ed., Pamplona, 1991, p. 331). Sobre esta misma cuestión GUARINO, A.: "*La scrittura nel testamentum per aes et libram*", en *Studi in onore di Paoli*, Firenze, 1955, pp. 377 ss.

(16) GAI. 2.104. Inst. 2.10.2. PS.4.8.2. Cic., *Verr.*, 2.1.45.117. Tit. Ulp.20.9. IUL. D.37.11.8.4. ULP. D.28.5.1.1. ULP. D.28.1.23.

(17) TORRENT, A.: *Manual de Derecho Privado Romano*, p. 626.

(18) GUARINO, A.: "*La forma orale e la forma scritta nel testamento romano*", en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, 2, Milano, 1956, pp. 57 ss. ARCHI, G. G.: "*Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*", pp. 750 y 751. ARANGIO-RUIZ, V.: "*Intorno alla forma scritta del testamentum per aes et libram*", en *Scritti Giuridici*, 4, Napoli, 1977, pp. 183 ss. BUCKLAND, W. W.: *A text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3.ª ed., Cambridge, 1963, pp. 284 ss. TALAMANCA, M.: "*D.29.7.20 (Paul. 5 ad L. Iul. et Pap.): Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*", en *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich, 1999, pp. 73 ss.

por razones prácticas, como las del analfabeto (que, no obstante, podía también testar por escrito con la ayuda de un tercero), la proximidad de la muerte que no permitiera redactar ni sellar las tablillas (19), o la carencia de manos para poder sostener el escrito testamentario y mostrarlo a los testigos (20). Más que de dualidad de testamentos habría que hablar de dualidad de formas, porque en esencia se trata del mismo testamento civil al que el pretor simplemente le ha despojado del rito de la *mancipatio* y ha otorgado el máximo valor al documento, a las tablas signadas con los siete sellos (21). Es una cuestión que ha llenado muchas páginas entre los romanistas y que excede de nuestro objeto, pero era conveniente apuntarlo aun de forma sucinta puesto que vamos a centrarnos en sujetos que no podían ver, hablar, oír o escribir, y para todos estos tenían una gran importancia las formas prescritas y admitidas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la consolidación de una nueva forma testamentaria por escrito abría la posibilidad de testar a quienes por una incapacidad natural se habían visto privados de este derecho subjetivo.

Por último, unas breves líneas acerca de dos requisitos formales del testamento posclásico que afectaban a la validez del negocio. Hablamos de los sellos y firmas que debían incorporarse al testamento (22). Como pusiera de manifiesto A. RODRÍGUEZ ADRADOS en un magistral trabajo (23), el sello (*signum*) comienza a tener relevancia jurídica en Roma a partir del momento en que el pretor otorgó la *bonorum possessio* a quien presentara las tablas testamentarias precintadas por los sellos de los siete testigos que

(19) Suet., *Hor.*, 15: Horacio, según Suetonio, ante la gravedad de su enfermedad, que le impedía constatar por escrito su última voluntad, designó heredero a Augusto de forma oral ante testigos.

(20) En efecto, el testador debía sostener las tablas con sus manos mientras pronunciaba la *nuncupatio*, de forma que los mancos o quienes las tuvieran amputadas o inutilizadas no podían cumplir con el requisito: GAI. 2.104; Tit.Ulp.20.9; cfr. PAUL. D.28.1.10, quien manifiesta opinión contraria.

(21) AMELOTI, M.: *Il testamento romano attraverso la prassi documentali*, 1, pp. 191 ss. TORRENT, A.: *Manual de Derecho Privado Romano*, p. 626.

(22) Para bibliografía antigua vid. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, pp. 63 ss. y n. 77.

(23) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1996, pp. 73 ss.

habían tenido que intervenir en el acto. Por Cicerón conocemos que en su época era una práctica común (24). Se trataba de sellos particulares (25), instrumentos materiales muy corrientes entre las clases altas romanas –un anillo con grabado (26)– que en última instancia cumplían con la función de asegurar la inviolabilidad del documento. Las cuestiones más puramente formales acerca de la forma de utilizar el *signum* ni siquiera estaban reguladas al final de la República: en la práctica se procedía con arreglo a la costumbre (27) y habría que esperar hasta mediados del siglo I d. C. para que se dictaran las primeras disposiciones que se centraran en precisar su correcto uso (28). Sin embargo, al amparo de la importancia del *signum* en la praxis negocial, desde el año 81 a. C., en que el dictador Sila promulgó su *Lex Cornelia testamentaria nummaria* (también conocida como *Lex Cornelia de falsis*), se castigaba el uso fraudulento del sello, su falsedad o la manipulación o destrucción de los mismos en el testamento (29). Así que el Derecho Penal republicano ya se preocupó de vigilar y sancionar con dureza cualquier acción que privara al sello de su función de garantía. En líneas generales, los testigos tenían que precintar el exterior de las *tabulae* (30) con los *signa*, pero se daba la circuns-

(24) Cic., *ad Att.*, 7.2.3; *ad Q. frat.*, 3.9.8; *pro Mil.*, 18.48; *pro Cluent.*, 13.37; 14.41; 44.125; 59.162.

(25) Sobre el sello romano (importancia, aparición, etc.), RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Identificación de los sujetos jurídicos, especialmente en el Derecho medieval y en sus documentos notariales", en *La Capacidad Jurídica* (A. Sánchez de la Torre, ed.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 131 ss.

(26) ULP. D.28.1.22.5.

(27) *Vid.* Cic., *pro Cluent.*, 13.37; 14.41; 44.125; 59.162.

(28) Concretamente el Senadoconsulto Neroniano del año 61, al que seguirían algunas constituciones imperiales. PS.5.25.6. Suet., *Ner.*, 17. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, pp. 64 y 65.

(29) Esta ley castigaba con la máxima severidad a quienes falsificaran, destruyeran o arrancasen los sellos de un testamento; igualmente a quienes sellaren un testamento falso o se sirvieran de un sello falso: MOD. D.48.10.30 pr. Inst.4.18.7. PS.4.7.1. PS.5.25.1. PAUL. D.48.10.2. ULP. D.47.11.6. MOMMSEN, T.: *Römisches Strafrecht*, Granz, 1955, pp. 669 ss.

(30) Las tablas de madera (*tabulae ceratae*) que se utilizaban en el período republicano clásico fueron sustituidas en la época imperial por el papel o pergamino: ULP. D.37.11.1. ULP. D.29.3.2. Inst.2.10.12. PS.4.7.6. C.6.23.15 (a. 339). Véase TALAMANCA, M.: s.v. "Documentazione e Documento", *Enciclopedia del Diritto*, 13, 1964, p. 552. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *La per-*

tancia, poco funcional a efectos prácticos y probatorios, de que estaba permitido signar las tablillas tanto con el sello propio como con uno ajeno (31). Al pretor le incumbía convocar a los testigos una vez abierta la sucesión para que reconocieran sus *signa* (32). El formalismo del sellado requerido por el Edicto del Pretor pasó a ser un requisito de *iure civile* a partir de la constitución de Teodosio y Valentiniano de 439 d. C. La *signatio* no tenía una gran trascendencia en las formas testamentarias que vamos a examinar. Los sellos autentificaban el *instrumentum* y eran un requisito de forma del negocio, pero ninguna limitación de carácter natural tenían los sujetos que estudiamos para cumplimentarla, ya que ni siquiera la falta de sello propio era relevante.

Pero el segundo de los requisitos al que hacíamos referencia en el párrafo anterior, la firma, tiene mucho más interés para nuestro estudio. La *subscriptio* solo pasó a ser obligatoria para testador y testigos (*adscriptio*) en el testamento escrito en la última época romana, concretamente a partir de la citada ley teodosiana del año 439. En el período clásico lo más que existía era la recomendación de que las tablillas fueran firmadas por todos los testigos (33), pero en general y en otros negocios la firma no se generalizó hasta finales del siglo III d. C. (34). No es superfluo recordar que en aquella época firmar un documento no consistía como ahora en agregar un trazo, dibujo, signo o garabato que represente la identidad del sujeto, sino que conllevaba escribir el nombre completo del firmante, la calidad en que había intervenido (como autor, testigo o *tabularius* cuando intervenía) y la identidad del testador cuyo testamento firmaba y

sistencia histórica de la oralidad en la escritura pública, pp. 76 ss. ARCHI, G. G.: "Problemi in tema di falso nel Diritto Romano", *Scritti di Diritto Romano*, 3, Milano, 1981, pp. 1534 ss.

(31) ULP. D.28.1.22.2. Inst. 2.10.5. C.6.23.12 (a. 293-304). El hecho de ser un sello privado y la posibilidad de utilizar el de otra persona cuando uno no disponía de sello propio reducía la fiabilidad de este instrumento: no constataba de forma clara la identidad del autor o testigo del documento.

(32) ULP. D.29.3.4. C.6.23.12. GAI. D.29.3.7.

(33) PAUL. D.28.2.30.

(34) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, p. 78. NÚÑEZ LAGOS, R.: "Documento en Roma", RDN, 67, 1970, pp. 66 ss.

signaba (35). De forma que para suscribir un testamento romano, ya lo hiciera como ordenante (36), ya como testigo, había que saber escribir. Sin embargo, la falta de letras no fue nunca una causa de incapacidad absoluta, pues el Derecho Romano fue indulgente con la impericia literaria, como así denominaba al fenómeno de no saber escribir o leer, y permitía con la mayor facilidad el reemplazo de la firma de quien no sabía (o no podía) por la de persona que supiera y pudiera hacerlo. De la misma forma, ni siquiera era preceptivo que el mismo otorgante redactara el documento por su propia mano, sino que podía recurrir a la escritura de cualquier sujeto (37). Hasta que Teodosio II y Valentiniano III no elevaron la *subscriptio* al rango de requisito de forma del testamento, las pocas menciones legislativas sobre la firma habían quedado encuadradas en el ámbito del Derecho Penal, en el mismo sentido de lo ya apuntado en relación con la *signatio*, pues el senadoconsulto *Libonianum* del 16 d. C. que vigilaba la buena fe del que redactaba el testamento de otra persona (*testamentarius*), exigía la *subscriptio* del testador cuando el testamento contuviera alguna disposición a favor de quien lo había escrito. La firma del testador otorgaba validez a esa disposición y eximía de responsabilidad penal al *testamentarius* (38), pero hasta la Nov. Th. 16 del 439, la firma solo era requerida en este caso concreto.

(35) PAUL. D.28.1.30. ULP. D.28.1.22.4. C.6.23.21. C.6.23.21.1. Inst. 2.10.3. Inst. 2.10.4.

(36) Paradójicamente, el testamento ológrafo no requería para su validez la firma del testador: bastaba que fuese todo él escrito de su puño y letra. En el año 446, fecha en la que Valentiniano III introdujo en la parte occidental el *testamentum per holographam scripturam*, todavía no había entrado en vigor en Occidente la ley teodosiana del 439 –lo haría en 448–, que prescribía la necesidad de la firma del testador. El carácter especial de esta forma de testar y el hecho de que jamás estuvo vigente en la parte oriental permitió la inobservancia de esta regla (la firma) en el escaso tiempo de vida que tuvo este testamento. Véase BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, p. 66.

(37) CELS. D.28.1.27. PAUL. D.28.1.10. ULP. D.28.5.9. PAP. D.29.1.40.

(38) *Supra* n. 13.

II. TESTAMENTO DEL ANALFABETO

Uno de los principales atributos que caracterizan a hombres y mujeres modernos es sin duda su más que apreciable desarrollo intelectual y cultural, que es fruto de una educación mucho más completa que la del hombre antiguo, debido, entre otros factores, a una mayor facilidad para acceder a la misma (39). Dadas las características de las sociedades de la antigüedad, profundamente desiguales con una marcada separación de clases, la posibilidad que tenía un individuo de adquirir una buena educación estaba irremediablemente supeditada a su condición social y personal. Y sin embargo esto no se tradujo en que una inmensa mayoría de sus habitantes fuesen analfabetos, entendiendo este término en el sentido de falta de instrucción elemental en una persona que no le permite saber leer ni escribir; tampoco en que faltaran personas dedicadas a profesiones que requerían un alto nivel de conocimientos técnicos como la ingeniería o la arquitectura, o un adecuado conocimiento de otras lenguas y métodos intelectuales que permitieran desarrollar ciencias como el derecho, la filosofía, la literatura o la política (40). Es evidente que había muchísimos más analfabetos que en la actualidad, pero quizá no más de los que hubo en la Edad Media (41), al

(39) El pasado siglo xx ha sido determinante en la proclamación de los llamados derechos fundamentales de la persona y en dotar a estos de un sistema adecuado de protección y garantía. El derecho a la educación es uno de ellos y como tal ha sido recogido en el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), art. 13 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966) y en el art. 27 de la Constitución Española de 1978.

(40) *Vid.* CLARKE, M. L.: *Higher education in the ancient world*, London, 1971, pp. 11 ss.

(41) Como se viene demostrando en los últimos años por parte de los historiadores de este período, la Edad Media no fue una época ni tan sombría ni tan pobre en lo cultural y en lo social como tradicionalmente se ha descrito, aunque es cierto que los muchos aspectos positivos que le son propios se dejaron notar sobre todo en la Baja Edad Media (s. XII-XV). El altísimo índice de analfabetismo se alcanzó especialmente entre la cla-

menos en el período tradicionalmente denominado como Alta Edad Media (s. v-xi) (42). Roma no habría sido el Imperio que llegó a ser si su población –especialmente la que ostentaba la ciudadanía– no hubiese tenido un adecuado grado de alfabetización. Por eso, al decir de Rosella FRASCA, la educación en aquella época era también una cuestión social, pues Roma no solo necesitaba hombres y mujeres instruidos capaces de levantar y mantener un Imperio, sino una adecuada transmisión de sus valores, tradiciones e ideologías para todo el espectro social (43).

se campesina. En la pirámide social que describía a la población de aquel período (*oratores, bellatores, laboratores*), solo los dos primeros grupos, los religiosos y la nobleza feudal, tenían la esperanza de recibir una educación. Se ha hablado, por algunos, de un “alfabetismo restringido” (CASADO DE OTAOLA, L.: “Escribir y leer en la Alta Edad Media”, en *Historia de la cultura escrita. Del Próximo Oriente Antiguo a la sociedad informatizada*, A. Castillo Gómez coord., Ed. Trea, Gijón, 2002, p. 118). Hasta la fundación de las primeras universidades europeas y sobre todo la invención de la imprenta en el s. xv, que extendió el conocimiento de la lectura y de la escritura a un núcleo de población más amplio, la transmisión de la cultura había quedado prácticamente en las únicas manos de la Iglesia católica. Véase WICKHAM, C.: *Una historia nueva de la Alta Edad Media. Europa y el mundo mediterráneo, 400-800*, Barcelona, 2005. GAUR, A.: *Historia de la escritura*, Ed. Pirámide, Madrid, 1990, pp. 183 ss. PAOLI, E.: *Vrbs. La vida en la Roma antigua*, Barcelona, 1944, pp. 164 y 176 ss. PETRUCCI, A.: “Alfabetismo ed educazione grafica degli scribi altomedievali”, en *The Role of the Book in Medieval Culture* (P. Ganz ed.), Turnhout, 1986, pp. 109 ss.; *Alfabetismo, escritura, sociedad*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999. VERGER, J.: *Gentes del Saber en la Europa de finales de la Edad Media*, Editorial Complutense, Madrid, 2011, pp. 49 ss. GARCÍA DE CORTÁZAR, J. A./SESMA MUÑOZ, J. A.: *Manual de Historia Medieval*, Alianza Editorial, 2010, pp. 235 y 429.

(42) En la actualidad es cada vez más frecuente decantarse por una nueva periodificación que viene a distinguir entre Alta Edad Media (siglos v-x), Plena Edad Media (s. xi-xiii) y Baja Edad Media (s. xiv-xv). Entre otros, GARCÍA DE CORTÁZAR, J. A./SESMA MUÑOZ, J. A.: *Manual de Historia Medieval* (cit. en n. anterior).

(43) FRASCA, R.: *Educazione e formazione a Roma. Storia, testi, immagini*, Bari, 1996, pp. 11 ss. En el mismo sentido, BOWEN, J.: *Historia de la educación occidental. 1. El mundo antiguo. Oriente Próximo y Mediterráneo 2000 a. C.-1054 d. C.*, 5.^a reimpr., Herder, Barcelona, 1976, pp. 250 y 251.

La historia de la educación en Roma está muy bien documentada por los analistas y literatos latinos y ha sido exhaustivamente desarrollada por la doctrina moderna (44). Aunque carecemos de

(44) Sabemos que la primera educación que recibía el *infans*, tanto el varón como la mujer, se recibía en su propia casa y se encomendaba casi de forma exclusiva a la madre. En el hogar eran iniciados en los ideales romanos y en los modos de comportamiento fundados en las tradiciones. Recibían las primeras lecciones acerca de sus antepasados, las instituciones políticas y, por supuesto, de la religión. Comenzaban el aprendizaje de la lectura y escritura y se les enseñaba a contar. Alcanzada la edad de siete años, los menores eran confiados al magisterio de terceras personas para proseguir con su formación, reservándose el padre un papel activo cuando se trataba de hijos varones. Según la clase social a la que perteneciesen, los niños y niñas romanos eran educados en las escuelas elementales (públicas) o mediante los servicios de preceptores privados. Las clases altas preferían para sus hijos una enseñanza privada que estaba más orientada a formar al joven en las tareas que presumiblemente, de acuerdo a su condición social y económica, desempeñaría en el futuro; otras veces, simplemente a versarlos en aquellas artes que los romanos consideraban que ennoblecían el espíritu. Por eso desde la segunda mitad de la República se hizo habitual la contratación de preceptores griegos, o en su caso la utilización de esclavos griegos, para la enseñanza de materias como la historia, la filosofía, la lengua griega, la retórica, etc. La educación de las niñas de la aristocracia se dirigía hacia su futura condición de *matronas* (esposa, madre y señora de la casa). En la parte baja de la pirámide social, los más humildes no podían permitirse el lujo de pagar preceptores para sus hijos, de forma que los enviaban a las escuelas que había en las ciudades y aldeas romanas, de las que ya tenemos constancia de su existencia desde mediados del siglo III a. C. (otras fuentes las datan en el s. V a. C.). A los doce o trece años se daba por terminada la enseñanza de todas las mujeres y la de los varones de las clases populares. Sin embargo, entre estos últimos no era nada inusual terminarla mucho antes, pues las necesidades económicas de la familia podían abocarles al trabajo artesanal o asalariado desde su más tierna infancia. Las *feminae*, al alcanzar la edad núbil, en torno a los doce años, estaban preparadas para casarse y cumplir con la finalidad principal del matrimonio en Roma, que no era otra que la procreación. Solo los varones pertenecientes a la *nobilitas* o al *ordo equester* continuaban con su formación hasta el momento de enfundarse la toga viril, momento en que se convertían en ciudadanos de pleno derecho e ingresaban en el ejército como preludio de una carrera política, o en otros casos, se especializaban en alguna rama con el objeto de desempeñar una de las profesiones denominadas liberales o intelectuales (*studia liberalia*). Con carácter general, véase GWYNN, A.: *Roman education from Cicero to Quintilian*, New York, 1926, pp. 11 ss. y 34 ss. PEPPE, L.: *Posizione giuridica e ruolo sociale*

datos contrastados acerca de la tasa de alfabetización romana (45), es opinión pacífica que en la Roma republicana e imperial de los primeros tiempos no había un gran número de analfabetos entre sus ciudadanos (46). Sin embargo, más adelante se dieron algunas circunstancias que coadyuvaban a que el número de personas analfabetas, que no sabían leer ni escribir, se multiplicara durante el Bajo Imperio: *v. gr.*, la incorporación masiva de cientos de miles de personas de otras nacionalidades al ejército y al Estado romano, la concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio (a. 212 d. C.), la terrible crisis institucional, económica y social del siglo III, el aislamiento de las aldeas o la primacía de lo helénico sobre lo romano. En las constituciones imperiales de este período aparecen citadas con frecuencia la *simplicitas*, *imperitia*, *rusticitas* o *ignorantia* como señas de identidad características de una buena

della donna romana in età repubblicana, Milano, 1984, pp. 74 y 75. BONNER, S.: *Education in Ancient Rome. From the older Cato to the younger Pliny*, London, 1977, pp. 10 ss. y 34 ss. BOWEN, J.: *Historia de la educación occidental*. 1, pp. 234 ss. y 254 ss. GUILLÉN, J.: *Vrbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. I. La vida privada*, Salamanca, 1997, pp. 191 ss. y 203 ss. FRASCA, R.: *Educazione e formazione a Roma*, pp. 198 ss. y 255 ss. AMELOTI, M.: *Genesi del documento e prassi negoziale*, p. 16. CORNELL, T. J.: *Los orígenes de Roma c.1000-264 a. C.*, Crítica, Barcelona, 1995, pp. 132 ss. CAVALLO, G./CHARTIER, R.: "Introducción", en *Entre el volumen y el codex. La lectura en el mundo romano* (G. Cavallo/R. Chartier dir.), Madrid, 2001, pp. 31 ss. GUTIÉRREZ MASSON, L.: "La educación romana y su fe en la palabra", en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, 2, Madrid, 1988, pp. 802 ss. VEYNE, P.: "El Imperio romano", en AAVV: *Historia de la vida privada* (P. Veyne dir.), 1, Madrid, 2001, pp. 33 ss. CAVALLO, G.: "La alfabetización en Grecia y Roma", en *Historia de la cultura escrita* (cit. en n. 41), pp. 71 ss.

(45) Algunos autores consideran que no puede hablarse de alfabetismo y analfabetismo en el mundo antiguo, ya que junto al alfabetizado y analfabeto había un amplio espectro de sujetos que eran cuasialfabetizados o cuasianalfabetos. En este sentido, CAVALLO, G.: *La alfabetización en Grecia y Roma*, pp. 69 y 70. FRASCA, R.: *Educazione e formazione a Roma*, p. 44. GUILLÉN, J.: *Vrbs Roma*, pp. 203 y 220.

(46) BOWEN, J.: *Historia de la educación occidental*. 1, pp. 254-255 y 267 ss. GUILLÉN, J.: *Vrbs Roma*, pp. 203 ss. Considera G. CAVALLO que los primeros tiempos del Principado constituyen la época de máxima difusión social de la escritura en el mundo antiguo. La facultad de leer y escribir se había extendido a todos los estratos sociales, incluso a un gran número de esclavos que lo hacían para sus dueños (en *La alfabetización en Grecia y Roma*, pp. 71 y 80 ss.).

parte de la ciudadanía (47). Los emperadores cristianos de este período mostraron una sensibilidad especial hacia la proliferación de hombres sencillos carentes de una cultura básica e introdujeron numerosos auxilios legales para facilitar su acceso a los actos jurídicos. Como escribía BIONDI, “*para hombres simples, Derecho simple*” (48). Y en consonancia con esta tendencia, en el ámbito de las sucesiones desde la época de Julio César se venía permitiendo a los militares testar, de forma excepcional, de un modo mucho más sencillo desprovisto por completo de cualquier formalidad, modo que Trajano finalmente institucionalizó en base, precisamente, a la *simplicitas* de los *milites*: el *testamentum militis* (49). Posteriormente, Justiniano, en el año 534, habilitaría un testamento especial para los aldeanos justificándolo en la dificultad que existía en las aldeas para encontrar las suficientes personas letradas que pudieran cumplir con la función de testigo: el *testamentum ruri conditum*. Ahora bien, ninguna de estas dos formas son testamentos propios del analfabeto,

(47) Entre otras, C.5.13.1.1c. C.8.40 (41).28.3. C.1.18.1. C.6.21.3. C.6.23.31 pr. C.6.23.29.1. C.6.30.22.16. C.Th.1.1.5. Inst.3.2.3a. Inst.2.13.5. Inst.3.3.5. Inst.1.18.1 pr. Gai.2.109. Gai.2.114. Sencillez, simplicidad, impericia e ignorancia no son, sin embargo, conceptos idénticos: a este respecto puede verse el notable trabajo de A. HERNÁNDEZ GIL: “El testamento militar (En torno a un sistema hereditario militar romano)”, en *Obras Completas*, 4, Derechos Reales. Derecho de Sucesiones, Espasa Calpe, Madrid, 1989, pp. 692 ss.

(48) BIONDI, B.: *Il Diritto Romano Cristiano*, 2, Milano, 1952, pp. 302 y 303.

(49) Tanto César como Tito, Domiciano y Nerva otorgaron a los militares una amplísima libertad para testar, pero siempre con el carácter de privilegio personal o temporal. Trajano lo reguló definitivamente y debido a las sensibles diferencias que presenta con el ordinario, más que una forma de testamento especial es un sistema o régimen testamentario extraordinario. La justificación de este privilegio se encontraba, además de en la *simplicitas*, en el origen provincial de una gran parte de los soldados romanos. GAI.2.109. Inst.2.1.1 pr. ULP. D.29.1.1 pr. *Vid.* KASER, M.: *Das Römische Privatrecht*, 1, München, 1975, pp. 680 ss. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, pp. 73 ss. SCHERILLO, G.: *Corso di Diritto Romano. Il testamento*, 2, pp. 36 ss.; D.1.4.3 (*Giavoleno, L.13 EP*) e *il testamento militare*, en *Scritti Giuridici*, II.1, Bologna, 1995, pp. 237 ss. AMELOTI, M.: s.v. “Testamento”, en *Enciclopedia del Diritto*, 44, Giuffrè Editore, 1992, pp. 469 ss.; *Le forme classiche di testamento*, 1, pp. 35 ss. HERNÁNDEZ GIL, A.: *El testamento militar (En torno a un sistema hereditario militar romano)*, pp. 647 ss.

pues la *ratio legis* de ambas obedece a causas distintas y ordena formalidades testamentarias también muy diferentes (50), pero es indicativo de que el problema del analfabetismo estaba presente en el ánimo de los legisladores romanos.

La ley que se ocupa del testamento especial del analfabeto fue dada en Constantinopla en el año 439 por los emperadores Teodosio y Valentiniano y forma parte de la importante constitución en que se reformaba el sistema testamentario a la que hemos aludido ya en otras ocasiones. En lo que a nosotros interesa, dice lo siguiente:

C.6.23.21.1 (Nov. Theod. 16.3): "*Quodsi literas testator ignoret vel suscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito cadem servari decernimus*".

La brevedad de la disposición pone de manifiesto que en la praxis testamentaria no constituía un problema complejo el hecho de que el testador no fuere hombre de letras, es decir, que no pudiera firmar el documento, ya que bastaba con que se presentara un testigo más al acto de otorgamiento –ocho, en vez de los siete del testamento ordinario– para que firmara por el testador, pues la *subscriptio* de este era ya un requisito formal de validez del negocio. Su carácter de testamento especial radicaba en el aumento del número de testigos, manteniendo las mismas formalidades que el testamento ordinario: declaración de voluntad y asistencia, *subscriptio* y *obsignatio* de los testigos en *unitas actus*. Así, en vez de rebajar los requisitos formales del testamento para facilitar su otorgamiento, tal y como es característico en otros testamentos especiales, lo que hizo el legislador fue aumentar los mismos, incrementando el número de testigos con un *octavo subscriptore*. La medida aparece puesta en relación con el testamento escrito cerrado, a la sazón el preferido por los *cives* desde finales de la República y que había sido elevado a la categoría de principal por la legislación posclásica al socaire de la importancia conferida al documento escrito desde hacía ya algunos siglos frente a las antiguas formas orales (51). Los emperadores centraron la atención exclusivamente en el requisito de la firma, pues en el inicio de la misma constitución, recogida en

(50) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Formas testamentarias posclásicas especiales: 2. Testamentum ruri conditum*, pp. 5687 y 5688.

(51) Véase AMELOTI, M.: *Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano*, pp. 152 ss.

C.6.23.21 pr., autorizaban, como era tradición, a que el testamento pudiera ser escrito por persona distinta del testador: "... *vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam*". El final de la constitución se ocupa del testamento oral ordinario o *per nuncupationem* (C.6.23.21.4), que debía respetar los mismos requisitos que el escrito en cuanto al número de testigos. No contiene ninguna norma específica que debiera observar el testador iletrado si dispusiera de forma oral, de forma que puede deducirse que no tenía ninguna limitación especial para otorgarlo, ya que pudiendo hablar podía declarar su voluntad. Teniendo en cuenta que la redacción posterior del testamento oral en las *tabulae testamentarias* era potestativa, aunque casi generalizada por la tradición y la evidencia del problema que planteaba la fragilidad de la memoria humana, considero que el testamento oral del analfabeto no requería un octavo testigo, pues la función encomendada a este, la suscripción de las *tabulae*, no era requerida para el nuncupativo, ni tampoco –como vamos a ver– contaba con un precedente anterior en el mismo sentido.

Justiniano introdujo una novedad en relación a la *subscriptio* de testador y testigos en el testamento cerrado que, sin embargo, estaría destinada a tener una vigencia muy breve. Se trata, además, de una disposición jurídica que adolece de cierta imprecisión (52). En su virtud, el testador debía incorporar junto a su firma el nombre del heredero o herederos, aunque no necesariamente en el exterior del documento para así salvaguardar la confidencialidad de la disposición; ahora bien, la novedad radicaba en que si era analfabeto o se encontraba en tal estado de debilidad que le impidiera escribir o proferir palabra, los testigos tenían entonces que conocer el nombre o nombres de los beneficiarios para añadirlos conjuntamente con su *adscriptio*. Este mandato legal privaba al testador iletrado o gravemente enfermo de mantener el secreto del nombramiento de heredero: *Iubemus, omnimodo testatorem, si vires habeat ad scribendum, nomen heredis vel heredum in sua subscriptione vel in quacunque parte testamenti ponere, ut sit manifestum... sin autem forsitan ex morbi acerbitate vel literarum imperitia hoc facere minime potuerit, testibus testamenti praesentibus nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari, ut omnimodo sciant testes, si non ipse subscribere potest qui sint*

(52) Vid. C.6.23.29 y C.6.23.30, del año 531. Al respecto, RODRÍGUEZ ADRA-DOS, A.: *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, p. 49.

scripti heredes... El compilador pudo comprobar que en la práctica este requisito no estaba siendo observado, en la mayoría de los casos precisamente por negarse el testador a manifestar a los testigos la identidad de sus agraciados, de forma que en el capítulo IX de su Novela 119 (Constitución 115, a. 544) suprimió esta formalidad.

Teniendo en cuenta que el testamento especial del analfabeto data del siglo v, se plantea el interrogante del tipo de testamento que podían otorgar los no letrados antes de esa fecha, esto es, durante la República y los primeros siglos de nuestra era. En principio hay que constatar que entre las causas que limitaban o directamente privaban de la capacidad de otorgar testamento (*v. gr.*, la falta de ciudadanía o de libertad, la condición de *alieni iuris* en la familia, la del *sui iuris* pero impúber, la prodigalidad, una condena penal, la enfermedad mental o la sordera y la mudez, entre las más significativas) (53), no hay una sola referencia a que los analfabetos tuvieran alguna limitación en su *testamenti factio activa*. Para conocer la capacidad testamentaria de que disfrutaron en la época clásica hay que atender a los requisitos del testamento de aquel período, que ya hemos tratado someramente en la introducción de este trabajo. Sabemos que aunque las formas jurídicas orales fueron cayendo en desuso de forma progresiva, el testamento oral jamás desapareció y no requería para su validez su posterior confirmación por escrito, pese a que en la praxis se hiciere por la seguridad que proporcionaba a efectos probatorios. El indocto solo tenía que declarar oralmente su voluntad testamentaria ante los cinco testigos, el *libripens* y el *emptor*. Podía, por tanto, otorgar testamento oral sin que existiere causa alguna que amenazara la legitimidad y la validez de la disposición. En cuanto al testamento escrito, el obstáculo podría encontrarlo en la imposibilidad que tenía de escribirlo por su propia mano y firmarlo, pero no debemos olvidar un par de factores que ya han sido apuntados con anterioridad. En primer lugar, no se requería que el testamento fuese redactado por el propio testador, de forma que podía valerse de un tercero –recuérdese el *testamentarius*– para escribirlo y presentarlo posteriormente a los siete testigos para que lo precintaran con su sello. Y en segundo, tampoco era un requisito de validez del testamento

(53) Vid. TORRENT, A.: *Manual de Derecho Privado Romano*, pp. 627 ss. VOLTERRA, E.: *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1980, pp. 708 y 709.

la *subscriptio* por el testador en aquella época. En la práctica solía hacerse, pero no era imperativo. De forma que no existía ninguna razón que impidiera al analfabeto otorgar testamento por escrito. Al exigir la Nov. Theod. 16.3 la obligatoriedad de la firma del testador como requisito de forma del testamento, Teodosio y Valentiniano tuvieron que arbitrar el modo de auxiliar a quienes no supieran hacerlo para evitarles la pérdida de este derecho subjetivo. La entrada de un octavo testigo es lo que lo convierte en testamento especial. Los emperadores podían haber optado por autorizar a que cualquiera de los siete testigos firmara en nombre del testador, pero prefirieron rodear de mayor garantía el acto de disposición del analfabeto ordenando la cooperación del *octavo subscriptore*. De esta forma quedaba salvaguardada la testamentifacción activa, nunca antes limitada, de los que carecían de una cultura elemental.

El analfabeto pudo testar, acaba de verse, en todo momento en la historia del Derecho Romano: durante muchos siglos como cualquier otro ciudadano y solo en las etapas postreras mediante el concurso de un *octavo subscriptore*. Indudablemente estaba incapacitado para testar en la forma ológrafa, pues la validez de este testamento dependía de que fuera escrito por el testador, aunque es importante recordar que la vida jurídica de este testamento fue bastante breve en la experiencia jurídica romana. Introducido por el emperador de Occidente Valentiniano III en 446 (Nov. Valent. 21.2.1), no llegó a tener nunca vigencia en la parte oriental del Imperio. De hecho, Justiniano ni siquiera lo recogió en el *Corpus Iuris Civilis* y teniendo en cuenta que en el año 476 se produjo la caída del Imperio de Occidente, es fácil dilucidar que no llegó a tener en época romana la importancia que ha tenido con posterioridad (54). Ahora bien, fuese o no fuese hombre de letras el testador, la primera condición que debía cumplir una persona para testar en cualquier forma era disfrutar de *testamenti factio activa*; en otro contexto resultaría baladí hacer referencia a este requisito esencial y previo al acto de otorgamiento, pero mentarlo en esta sede es importante porque algunos de los sujetos que no tenían testamentifacción son también parte de este estudio. Tales eran, entre otros que hemos señalado atrás, los

(54) BLANCO RODRÍGUEZ, M.^a L.: *Testamentum Parentum Inter Liberos. La partición de la herencia en Derecho Romano*, Universidad de Valladolid, 1991, pp. 88 ss.

mudos y los sordos. Significa esto que para que el iletrado pudiera otorgar testamento (ordinario o especial, según la época) tenía que poder hablar y oír. La falta de testamentifacción activa en personas mudas y sordas fue incesantemente proclamada en todas las épocas hasta que una constitución de Justiniano del año 531, por primera vez y con ciertas condiciones, les permitió testar (55). De forma que hasta esa ley el analfabeto sordo o mudo había tenido incapacidad absoluta de testar. La providencia justiniana confirió completamente al sordo el derecho a otorgar testamento y parcialmente al mudo al permitirle testar por escrito si era capaz de escribir el testamento por sí mismo. En caso de que el testador fuese sordomudo la regla era muy parecida a la de este último: podía otorgar en forma escrita siempre que pudiera escribirlo por su propia mano y no fuera sordomudo de nacimiento. Así pues, el analfabeto sordomudo no pudo testar bajo ninguna forma en ningún momento.

En el ámbito documental es muy conocido el denominado *Testamentum Porcelli*, que más que un verdadero testamento es un pequeño ensayo de literatura latina burlesca. Anónimo y de fecha incierta, aunque indirectamente pueda datarse en el siglo IV, es decir, algún tiempo antes de la sanción del testamento especial del analfabeto, presenta a un animal, un cerdito, que es además analfabeto, en el momento de expresar sus últimas voluntades. El documento reproduce un testamento que no respeta todas las formalidades obligatorias, pero que para nosotros tiene cierto interés por el hecho de ser dictado por el cerdito testador –y escrito por un tercero (tal vez uno de los testigos)– en presencia de los familiares del animal, que cumplen en última instancia con la función de firmar el instrumento. La comparecencia de los testigos en el momento de confeccionarse el testamento era obligatoria o no según el tipo testamentario de que se tratase, pero siendo un documento que tiene con toda claridad una finalidad más lúdica (o simplemente literaria) que jurídica, está justificada la aparición de todos los intervinientes en el núcleo central de la pequeña obra. A la hora de enjuiciar el documento, y dejando de lado la incertidumbre en torno a la fecha y la autoría, no dejan de ser

(55) C.6.22.10 pr.-1. Hasta esta disposición el mudo y el sordo podían testar solo bajo dos circunstancias: acogiéndose al *testamentum militis* o habiendo obtenido licencia del Príncipe para otorgar. En mayor profundidad *vid. infra* pár. IV. Capacidad y Testamentos de sordos, mudos y sordomudos.

significativas las imprecisiones jurídicas que contiene, por lo que un sector de la doctrina considera que es un codicilo, pero teniendo en cuenta que se indica desde el principio la voluntad de testar por escrito ("*Quoniam manu mea scribere non potui, scribendum dictavi...*"), que el testador convoca a sus familiares para que escuchen la declaración ("*clamavit ad se suos parentes*") y que son estos mismos en número de siete quienes firman el documento ("*Lardio, signavit. Ofellicus, signavit. Cyminatus, signavit. Lucanicus, signavit. Tergillus, signavit. Celsinus, signavit. Nuptialicus, signavit*"), todo parece indicar que se trata de un testamento ordinario abierto donde no queda constancia de la *subscriptio* del testador porque en aquel momento su firma no era preceptiva. Todos los testigos firmaron el testamento pero ninguno lo precintó con su sello. Algún otro detalle más, como que no hay institución de heredero o que el cerdito era *filiusfamilias*, pone de manifiesto el discutible valor jurídico del documento, aunque en última instancia la pieza nos permite comprobar la ausencia de requisitos especiales en la forma de testar de los analfabetos antes de la constitución de Teodosio II y Valentiniano III (56).

III. TESTAMENTO DEL CIEGO

Una discapacidad física como la ceguera no llegó a contar en la época romana con un sistema de privilegios o protecciones especiales como sucede en la actualidad. En líneas generales, la sociedad no encontraba demasiados estímulos a la hora de preocuparse por quienes la padecían ante la imposibilidad que tenían estas personas de llevar una vida completamente normal. Recuérdese que la normalidad, en Roma y en el mundo antiguo en general, implicaba la

(56) Sobre este testamento: D'ORS, A.: "El Testamentum Porcelli y su interés para la historia jurídica", RIDA, 2, 1955, pp. 219 ss. POCETTI, P.: "Le Testamentum Porcelli, entre philologie et pastiche macaronique", en *Revue des Études Latines*, 81, 2003, pp. 252 ss.; "La variazione di registro come ragione di produzione e di circolazione di un testo", en *Registros Lingüísticos en las Lenguas Clásicas* (A. López Eire/A. Ramos Guerreira eds.), Universidad de Salamanca, 2004, pp. 235 ss. HERMANN, L.: "Le testament du cochon", *Studi Paoli* (cit. en n. 15), pp. 385 ss. AUBERT, J. J.: "Du lard ou du cochon? The Testamentum Porcelli as a Jewish Anti-Christian Pamphlet", en *A Tall Order. Writing the Social History of the Ancient World*, 216, 2005, pp. 107 ss.

participación del varón en algún momento de su vida en las tareas militares; aquel que no podía cumplir con ese deber cívico de forma natural parecía, en cierto sentido, inferior a los ojos de sus conciudadanos. Tampoco la medicina sabía encontrar respuestas a esta dolencia y mucho menos algún remedio (57). Históricamente, en el campo del Derecho Público, los ciegos (58) estuvieron excluidos del ejercicio del *ius honorum* o derecho de sufragio pasivo desde siempre, teniendo negado por tanto el acceso a los cargos de elección popular (59) en cuanto entendían que su discapacidad les inhabilitaba para ejercerlos, máxime cuando varios de los cargos llevaban aparejadas funciones de índole castrense. Los ciegos, por su propia enfermedad, no podían servir en el ejército (60). Sin embargo, leemos en el Digesto (61) que el ciego podía conservar la magistratura ya recibida cuando la ceguera le sobrevenía desempeñando el cargo, aunque en modo alguno aspirar a otra nueva. Asimismo mantenía su dignidad de senador y podía intervenir en las deliberaciones del Senado, reconociéndosele la capacidad para desempeñar la función de juez. Pero en el ámbito del Derecho Privado disfrutaban felizmente de un reconocimiento más amplio. Los romanos fueron regulando negocio por negocio la capacidad de los ciegos para celebrarlos, de acuerdo al carácter casuístico de su sistema jurídico. La relación

(57) Vid. PRIORESCHI, P.: *Roman medicine, A history of medicine* (vol. III), Edwin Mellen Press, 1998, pp. 73 ss.

(58) Ciegos son según la última legislación romana “los que carecen de ojos, o por enfermedad o porque así nacieron”: C.6.22.8 (a. 521) “... *ut carentes oculis, seu morbo, ve lita nati...*”.

(59) ULP. D.3.1.5. Dion.2.21. Gell.1.12. Cic., *Att.*, 1.16.

(60) La figura de Apio Claudio (apodado el Ciego), censor en el 312 a. C. y cónsul años después, notabilísimo personaje de ese período, no debe llevar a confusión acerca de la posibilidad de que un invidente pudiera iniciar o en su caso culminar el *cursus honorum*, pues su ceguera debió de producirse al final de su vida en caso de ser cierta, ya que podría ser también fruto de la invención literaria. Vid. MOMMSEN, T.: *Historia de Roma*, 4, trad. española, Madrid, 1876 (reimpr.), pp. 312 y 313. CARRO, V.: *Ciechi, sordid e muti nell’esperienza giuridica romana*, Index, 23, 1995, pp. 541 y 542. VALMAÑA, A.: *Las reformas políticas del censor Apio Claudio Ciego*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1995, pp. 30 ss. FÖGEN, M. T.: *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, Bologna, 2005, pp. 149 y 150. Véase también Liv. 26.22.

(61) ULP. D.3.1.5.

de textos es muy numerosa y puesto que no podemos detenernos en examinar la capacidad en general del ciego, remito al lector a algunas obras donde pueden encontrarse dichas referencias (62), aunque en líneas generales puede señalarse su plena capacidad.

El arcaico Derecho Romano, como el clásico, fue un sistema jurídico formalista basado fundamentalmente en la oralidad, de forma que el que carecía de visión no necesitaba sus ojos para celebrar con plena validez la mayor parte de los negocios jurídicos. Bastaba con oír y hablar. Puesto que el testamento civil por excelencia, *testamentum per aes et libram*, era un negocio oral que no exigía para su validez la constatación de la voluntad testamentaria por escrito en las *tabulae testamentariae*, el ciego no tuvo limitación legal alguna para poder otorgar testamento oral durante varios siglos (63). Cuando se fue generalizando el testamento escrito tanto abierto como cerrado, no se advirtió ninguna corriente en contrario acerca de su capacidad para otorgarlo, pues no se recoge en las fuentes ninguna prohibición en ese sentido y así lo reconocía en el siglo III d. C. el jurista Paulo (64): "*Caecus testamentum facere potest, quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes*" (65). Es verdad que el testamento cerrado planteaba al ciego los mismos problemas en torno a la seguridad jurídica que se le plantean en la actualidad, es decir, la imposibilidad por sí mismo de leer lo escrito antes del sellado por los testigos; si lo había redactado un tercero y se mantenía el secreto de las disposiciones, el invidente no podía cerciorarse de ninguna manera de que el escrito contuviera su verdadera voluntad o pudiera haber sido objeto de fraude. Llama la atención, dada la prolijidad del Derecho Romano, que esta cuestión no despertara el interés de juristas y legisladores, pero lo cierto es que no encontramos dictámenes o disposiciones al respecto. Todo lo cual nos lleva, pese a cierta discusión en la doctrina, a pensar aun con prudencia

(62) V. gr., KÜSTER, A.: *Blinde und Taubstumme in römischen Recht*, Böhlau, 1991, pp. 33-50. CARRO, V.: *Ciechi, sordid e muti nell'esperienza giuridica romana*, pp. 538 ss.

(63) Vid. DE LAS HERAS, G.: *El testamento del ciego*, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, 1, Universidad de Vigo, 1998, pp. 252 y 253. KÜSTER, A.: *Blinde und Taubstumme in römischen Recht*, p. 165.

(64) PS.3.4a.4.

(65) Cfr. CARRO, V.: *Ciechi, sordid e muti nell'esperienza giuridica romana*, p. 545.

que el ciego no llegó a tener restricción alguna para otorgar por escrito (66). Pudo haber sido una opción dejada al prudente arbitrio del disponente: podía testar oralmente de forma segura, pero en caso de preferir un testamento escrito necesitaría rodearse de unos testigos de mucha confianza para que le asistieran y preservaran la fiabilidad de su voluntad. Es una cuestión dudosa, pero con toda certeza este inconveniente fue advertido en algún momento, pues la necesidad de garantizar la seguridad del ciego y su testamento fue elevada a la categoría de *ratio legis* en la constitución que sancionaba su testamento especial, como vamos a ver seguidamente.

De la última etapa de la historia del Derecho Romano son las disposiciones que regulan una forma especial de testamento para las personas ciegas. La finalidad de estas normas no fue la de introducir el derecho a testar de los invidentes, pues ha quedado dicho unas líneas más arriba que tuvieron siempre capacidad en materia testamentaria; tampoco fue el facilitarles el acto de otorgamiento rebajando los requisitos formales del mismo, ya que precisamente fueron incrementados. La nueva forma, ya lo hemos apuntado, obedeció a un espíritu garante y proteccionista que intentaba evitar acciones fraudulentas por parte de los intervinientes en el acto. Fue el emperador Justino quien en 521 promulgó la ley sobre el testamento especial del ciego: C.6.22.8: "*Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis, seu morbo, vel ita nati, per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam, ut cunctis ibidem collectis, primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceant... Quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtentu septem (ut dictum est) testium, et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab hisdem testibus quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium...*".

Esta primera parte de la constitución contiene la regulación del testamento oral, en el que manteniendo todos los requisitos formales del acto consolidados desde la reforma de Teodosio y Valentiniano del 439, exigía la presencia de un octavo interviniente: un *tabularius* o notario. Expresadas las disposiciones testamentarias de viva voz por el ciego, el notario las escribía en las *tabulae* en presen-

(66) DE LAS HERAS, G.: *El testamento del ciego*, p. 253.

cia de los siete testigos para que pudieran ser firmadas y selladas por estos y por el mismo tabulario. Se trata de un *testamentum per nuncupationem*, como bien explica Justino al ordenar que se comunique a los testigos que han sido convocados para testar sin escritura (67) (*ut sine scriptis testentur*), al que, no obstante, se le impone la necesidad de redacción por parte del notario, lo cual es también una significativa novedad. El *instrumentum* está vinculado al nacimiento del negocio: "*quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub ontentu septem (ut dictum est) testium... plenum obtinebit robur testantis arbitrium*". De forma que más que considerarlo como un documento probatorio, la letra de la constitución lo configura como un documento constitutivo (68).

La disposición, en su segunda parte, facultaba al ciego a encomendar a un tercero la redacción de su testamento para disponer por escrito, debiendo convocar el testador en un mismo lugar a los siete testigos y al tabulario para proceder al acto de otorgamiento. El *tabularius* procedía a la lectura del mismo a testador y testigos y tras la manifestación expresada por el disponente de que coincidía con su voluntad, todos los intervinientes firmaban y sellaban el escrito. Su naturaleza jurídica es distinta de la anterior forma: no es un testamento *per nuncupationem* al que se le ha añadido un escrito, sino que era un testamento escrito al que para su validez se le había incorporado una oralidad (la lectura por parte del tabulario) (69). Indirectamente, el requisito de la lectura implicaba la prohibición de hecho de testar en modo cerrado:

C.6.22.8.1: "*... patebit eis licentia, voluntatem suam, sive in etamenti sive in codicilli tenore compositam, cui velint, scribendam*

(67) En todo caso, la necesidad de la declaración solemne hecha por el testador a los testigos indicándoles que se procedía a disponer de forma oral, sin escritura, sería suprimida por Justiniano en el año 528 (C.6.23.26), probablemente ante la praxis generalizada de inobservancia de dicha regla, otorgando validez a los testamentos orales que no hubieren cumplido con esta formalidad.

(68) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, pp. 45 y 46. TORRENT, A.: *Diccionario de Derecho Romano*, pp. 284 y 285.

(69) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, p. 46.

credere, ut in eodem postea convocatis testibus et tabulario, re etiam (ut dictum est) patefacta, cuius causa convocati sunt, etiam chartula promatur, quam susceptam testatori recitabit tabularius, simul et testibus, ut, ibi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere, et ex animi sui, quae lecta sunt, disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium, nec non omnium signacula tam testium (prout dictum est) quam tabularii”.

El legislador tuvo en cuenta la posibilidad de que en algunos lugares no pudiere encontrarse notario debido al escaso número de estos, ordenando la intervención de un octavo testigo que cumpliera con la función asignada al *tabularius* cuando se diera esta circunstancia (70). En todo caso, no se rebajaban los requisitos testamentarios que habían de ser observados, incluidos la firma y sello del octavo testigo:

C.6.22.8.2: *“Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus, iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavum adhiberi testem, ut, quod tabulario pro supradicto modo commisimus, id per octavum testem effectum capiat...”*

El emperador Justiniano confirmó la vigencia de esta forma extraordinaria de testamento al ordenar su integración en el Código en los textos y lugares arriba transcritos. Pero en sus Instituciones no lo hizo de igual forma, creando cierta confusión al afirmar en el incipit del fragmento de Inst. 2.12.4 que *“el ciego no puede hacer testamento”*, aunque matizando en su continuación *“sino guardando la forma que introdujo una ley del divino Justino”* (*“Caecus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex divi Iustini, patris nostri, introduxit”*). El impreciso inicio del fragmento parece negar la *testamenti factio activa* general del ciego de la que había disfrutado durante siglos y subrayar que en esa época el ciego testaba bajo una forma extraordinaria, la establecida por Justino, que le permitía otorgar testamento oral y escrito abierto con más garantías de las que había dispuesto con anterioridad. Puede que Justiniano quisiera simplemente remarcar de forma expresa la nueva orientación en torno a la testamentifacción del ciego, pues precisamente lo hace en el título que lleva por rúbrica *“Quibus non este permissum facere testamentum”*, y que como se ha visto ya no

(70) Años después Justiniano promulgaría una constitución dirigida a paliar el absentismo notarial: Nov.44 (Constitución 45).

era absoluta sino más limitada que en épocas anteriores, pues no se le permitía testar en forma escrita manteniendo el secreto de sus disposiciones.

La *testamenti factio activa* del ciego plantea algunos interrogantes con respecto a otras formas testamentarias, particularmente con el testamento ológrafo y el testamento militar. Por lo que concierne al primero de ellos, y como es bien sabido, suprimida la intervención de testigos el principal requisito consistía en que el testamento fuera escrito todo él de puño y letra del testador. ¿Podía testar, entonces, el ciego en forma ológrafa? Hay que pensar que sí habría podido hacerlo, primero porque la constitución valentiniana que lo sancionaba no establecía incapacidades determinadas, y segundo porque en la época en que fue promulgada la providencia el ciego no tenía limitación alguna para otorgar testamento. Otra cosa es que en la práctica esta forma tuviera alguna relevancia para los invidentes, ya que no solo había que saber escribir –en esa época, a un ciego de nacimiento le habría sido muy difícil aprender a escribir–, sino además tener los suficientes conocimientos jurídicos para redactarlo (71). Y en lo que respecta al testamento militar, tampoco había razones para que el soldado ciego no pudiera utilizar esta forma siempre y cuando se hubieren cumplido los mínimos requisitos que exigía el ordenamiento jurídico. Por razones obvias, el que no tenía visión nunca pudo ingresar en el ejército romano, de modo que podía otorgar este tipo de testamento cuando habiendo ingresado en condiciones físicas normales hubiese perdido la visión como consecuencia de heridas de guerra o por otras obligaciones castrenses. Puesto que el *testamentum militis* privilegiaba a los que servían en la milicia de Roma, facilitándoles un acto jurídico tan importante, no habría tenido justificación alguna privar al *miles* malherido en sus ojos de tal derecho. Hasta la última época romana los *milites* disfrutaban de esta prerrogativa inclusive un año después de haberse licenciado de forma honrosa (72). Justiniano lo limitó en su época a los militares que se hallasen en campaña bélica (“... *videlicet quum in expeditionibus occupati sunt, quod merito nostra constitutio induxit...*”) (73).

(71) Vid. AMELOTI, M.: s.v. “Testamento”, p. 467.

(72) ULP. D.29.1.4.

(73) Inst.2.11 pr. C.6.21.17 (a. 529).

IV. CAPACIDAD Y TESTAMENTOS DE SORDOS, MUDOS Y SORDOMUDOS

En las fuentes jurídicas romanas existen numerosos fragmentos que se ocupan de la capacidad jurídica de las personas sordas y mudas, así como de sus condiciones personales (físicas). Ambas dolencias colocaban a quienes las padecían en una situación de desventaja desde un punto de vista social, pues la actitud del hombre antiguo hacia enfermedades como estas o la ceguera y el peculiar estilo de vida antiguo, con notables deberes de tipo militar, llevaban a limitar o a excluir directamente a estos individuos de una participación activa y plena en la sociedad. Sus derechos políticos se vieron, por estos motivos, ciertamente mermados. Desde un punto de vista jurídico-privado, la ley y jurisprudencia romanas se preocuparon de fijar con exactitud la capacidad de ejercicio de sordos y mudos, regulando con profusión la intervención de ambos en el tráfico jurídico-económico. En la mayor parte de los textos sordera y mudez aparecen siempre unidos (74), circunstancia que indica que el padecimiento de cualquiera de las dos afectaba a la capacidad del individuo de un mismo modo, aun cuando en algún caso aislado se dispusiera un tratamiento de favor hacia una en detrimento de la otra (75). En muchos aspectos los romanos equipararon la condición jurídica de ambos sujetos a la de los impúberes y los enfermos mentales (*furiosi*), por más que las causas de sus respectivas incapacidades obedecieran a muy diferentes orígenes (inmadurez –edad–, incapacidad natural o material –sordos y mudos–, falta de capacidad mental –*furiosi*–) (76). Para el Derecho, sordo era quien no podía oír y mudo quien no podía hablar: "*Discretis surdo et muto... id est ut neque audire neque loqui possit*" (77); para que fuesen así considerados en el plano jurídico habían de serlo

(74) Véase DALLA, D.: s.v. "*Sordo, muto e sordomuto*", *Enciclopedia del Diritto*, 42, Giuffrè Editore, 1990, pp. 1293 ss.

(75) V. gr., las manumisiones por motivos prácticos del sordo de nacimiento: ULP. D.40.9.1.

(76) TONDO, S.: *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, Milano, 1967, pp. 35 y 36. Cfr. FERRERI, G.: *I sordomuti nella letteratura latina*, Atene e Roma, 9, 1906, p. 371.

(77) C.6.22.10 pr. Igualmente ULP. D.3.1.1.3. GAI. D.44.7.1.15. Inst.2.12.3.

completamente, es decir, no podían oír o hablar en absoluto: "*si in totum non audiant aut non loquantur*" (78).

Estas discapacidades aparejaban una traba material y real para el ejercicio de ciertos derechos de naturaleza pública, tales como el *ius honorum* del que carecían por las mismas razones que los ciegos, y al que se le agregaba la prohibición de ocupar cargos municipales (79) o desempeñar la función de *iudex* (80). En el marco de las relaciones jurídico-privadas el índice de capacidad de sordos y mudos venía puesto en relación con el tipo de negocio de que se tratase, solemnes o no solemnes, y en el seno de esa diferenciación se determinó la incapacidad de ambos para las *obligationes verbis contractae* y el testamento. Dado el carácter otras veces subrayado del Derecho Romano clásico, la capacidad negocial de estas personas durante varios siglos estuvo muy cercenada debido al formalismo (oralidad) que caracterizaba la mayor parte de los negocios privados (81). Todos aquellos negocios que se celebraban *verbis*, la mayoría en la Roma clásica, eran de imposibilidad natural absoluta para ambos. La introducción del documento en la praxis jurídica atenuó el rigor del formalismo romano pero no en todos los casos, pues en aquellos negocios en que el documento solo tenía eficacia probatoria, como en la *stipulatio*, el Derecho seguía prescribiendo la forma oral (82). Sin embargo, el Derecho Romano no abandonó a su suerte a sordos y mudos negándoles todo tipo de actividad jurídico-económica, pues desde antiguo se había contemplado la posibilidad de nombrarles a cualquier edad un *tutor* o un *curator*, con las facul-

(78) PAUL. D.50.2.7.1. PS.1.1a.11. ULP. D.3.1.1.3. ULP. D.21.1.9.

(79) PAUL. D.50.2.7.1.

(80) PAUL. D.5.1.12.2.

(81) La relación de textos en los que queda recogida la incapacidad de sordos y mudos para concertar los principales negocios romanos (*stipulationes* y otros contratos, donaciones, manumisiones...) es muy numerosa. Para mayor profundidad y una completa relación de los mismos, véase especialmente: KÜSTER, A.: *Blinde und Taubstumme in römischen Recht*, pp. 31 ss. y 68-121. PASTORI, F.: *Il negozio verbale in Diritto Romano*, Bologna, 1994, pp. 264 ss. RICCOBONO, S.: *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto Giustiniano*, ZSS, 35, 1914, pp. 214 ss. TONDO, S.: *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, pp. 34 ss. ALBANESE, B.: *Gli atti negoziali nel Diritto Privato Romano*, Palermo, 1982, p. 82.

(82) PAUL. D.44.738; PAUL. D.45.1.140 pr. Véase PASTORI, F.: *Il negozio verbale in Diritto Romano*, pp. 266 y 267.

tades habituales de administración del patrimonio (83); al mismo tiempo, la incapacitación para ciertos negocios podía ser suplida en la práctica haciendo intervenir a un esclavo del incapaz, quien podía adquirir derechos o asumir obligaciones para su *dominus* (84). Más benévolamente, se reconocía expresamente la capacidad que tenían para intervenir en negocios no formales (compraventa, arrendamientos, etc.) en los que bastara simplemente el consentimiento mediante gestos o su presencia y no hubiera necesidad de palabras (85). En última instancia, es bien conocida la corriente humanitaria iniciada en el siglo I d. C. por la escuela de los sabinianos, acogida por Justiniano en la Compilación, por la cual no se daba relevancia al hecho de que el recién nacido emitiese o no algún tipo de sonido, grito o llanto para considerarlo como nacido y posible sujeto de derecho. La tesis contraria, que tuvo aceptación entre los juristas proculeyanos, penalizaba con gravedad a los mudos de nacimiento, pues al no poder proferir sonido alguno no cumplían con uno de los requisitos para considerar *nacido* al neonato (86).

La figura del sordomudo tiene unas características algo más complejas. Hay que empezar por resaltar que en el lenguaje del Derecho clásico no aparece el término sordomudo (*surdus mutus*) en ninguna ocasión, al menos en ningún texto que no sea sospechoso de una alteración justiniana de tipo formal, como ha estudiado bien el italiano LANZA (87), lo que demuestra que durante ese largo período

(83) ULP. D.26.1.6 pr. ULP. D.42.5.19.1. PAUL. D.42.5.20. ULP. D.26.5.8.3. TRYPH. D.27.1.45.2. MAEC. D.36.1.67(65).3. HERMOG. D.50.4.1.4. ALBANESE, B.: *Le persone nel Diritto Privato Romano*, Palermo, 1979, p. 548. SOLAZZI, S.: "Studi sulla tutela", en *Scritti di Diritto Romano*, 3, Napoli, 1960, pp. 95 ss. LEPRI, M. F.: "Il ff 9-12 del D.42.4.7 (Appunti in tema di bonorum distractio)", en *Scritti in onore di C. Ferrini*, 2, Milano, 1947, pp. 132 ss. KÜSTER, A.: *Blinde und Taubstumme in römischen Recht*, pp. 53-65.

(84) BIONDI, B.: *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 296.

(85) PAUL. D.44.7.48. PAUL. D.50.17.124 pr.

(86) C.6.29.3. CARRO, V.: *Ciechi, sordid e muti nell'esperienza giuridica romana*, p. 550. IMPALLOMENI, G.: "In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità", IVRA, 22, 1971, pp. 99 ss.

(87) *Surdus mutus* aparece, v. gr., en PAUL. D.5.1.12.2, PAUL. D.42.5.20 y GAI. D.28.1.6.1. LANZA, C.: "Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di Diritto classico", BIDR, 90, 1987, pp. 516 ss. y 531 ss. Vid. igualmente RICCOBONO, S.: "Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano", ZSS, 43/44, 1922, pp. 386 y 387.

los juristas y legisladores romanos no pensaron que la sordomudez tuviera que tener una entidad jurídica propia por tratarse de un estado físico (o una situación personal) singular. Sin embargo, el hecho de que en los textos esté permanentemente ligada la condición jurídica del sordo a la del mudo indica que, para los clásicos, existía al menos la conciencia de un estrecho nexo entre ambas afecciones. Indudablemente les faltaban los conocimientos médicos suficientes para encontrar una relación causal entre ambas dolencias (88), pero no faltan alusiones al sordomudo en la literatura griega (89) y autores como Aristóteles o Plinio llegaron a sostener la existencia de tal nexo (90). La realidad es, ahora como entonces, que la sordera congénita o contraída en los primeros años de vida de una persona conduce irremediablemente a la mudéz (91). La expresión *surdus mutus*, que no es todavía el sintagma “sordomudo” de la actualidad (92), aparece en unos pocos textos de la Compilación de Justiniano

(88) FERRERI, G.: *I sordomuti nella letteratura latina*, pp. 367 y 368. Sobre la consideración del sordomudo en la antigüedad, QUIJANO, B.: *Sordo-mudez y ceguera. De la preferente atención que merecen estas clases y educación que reciben en varias naciones de Europa y de la necesidad de difundirla en España*, Madrid, 1861, pp. 16 ss. Más recientemente, A. HERRERO BLANCO en un notable trabajo se ha ocupado de las formas más antiguas de aprendizaje de los sordomudos hasta las más recientes, la terminología a través de la Historia y otras cuestiones de interés histórico y jurídico (en “Mudo, sordomudo, sordo: viejas pócimas y nuevas denominaciones”, *Lingüística Clínica y Neuropsicología Cognitiva*. Actas del Primer Congreso Nacional de Lingüística Clínica. Vol. 1: *Investigación e intervención en patologías del lenguaje*, Universitat de Valencia, 2007, pp. 225 ss.).

(89) FERRERI, G.: *I sordomuti nell'antichità*, Atene e Roma, 9, 1906, pp. 41 ss. y 47.

(90) Plin., *Nat. His.*, 10.192: “... nec sunt naturaliter surdi, ut non idem sint et muti...”. Plin., *Epist.*, 6.17.2. Para la obra de Aristóteles, véase relación de textos en LANZA, C.: *Impedimenti del giudice*, pp. 525-528 (igualmente en *Surdus mutus in D.5.1.12.2*, Atti del convegno internazionale “Il latino del Diritto”, Roma, 1994, pp. 288 y 289). TONDO, S.: *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, p. 35, n. 5. FERRERI, G.: *I sordomuti nell'antichità*, pp. 40 y 41.

(91) QUIJANO, B.: *Sordo-mudez y ceguera*, pp. 10 y 30.

(92) Sobre el término en castellano, HERRERO BLANCO, A.: *Mudo, sordomudo, sordo: viejas pócimas y nuevas denominaciones*, pp. 236 ss. El vocablo italiano “sordomuto” es relativamente reciente. Puede proceder del francés “sourdmut”, que ya se utilizaba a finales del s. VIII. Véase LANZA,

(93), lo que parece indicar que en esa época existía un mayor conocimiento de esa discapacidad, aunque no definitivo, ya que también se utiliza *mutus surdus* (94) y la más corriente, que englobaba a ambos, *surdus et mutus* (95). Este mismo emperador, en la constitución promulgada en 531 y recogida en C.6.22.10 pr-1, que más adelante analizamos, indicaba las diferencias entre los sordomudos ("*... id est ut neque audire neque loqui possit...*") y los sordos y mudos por separado, porque no siempre tenían que darse al mismo tiempo las dos dolencias ("*Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt...*"), aunque el compilador reconoce que rara vez acontecía así ("*... quo ita raro contingit...*"). La disposición permite comprobar que la individualización como sujeto de derecho del sordomudo con sus singularidades no se produjo sino hasta la época justiniana (s. VI), y solo de una manera sesgada, sobre todo en sede testamentaria, como consecuencia de la dificultad en relacionar todos los argumentos en función del conocimiento médico de aquel tiempo (96).

Entrando ya en capacidad testamentaria, hasta la época justiniana no pudieron otorgar testamento las personas sordas o mudas, una incapacidad que BONFANTE (97) justificaba *per rationi naturali*, pues esencialmente obedecía a la oralidad característica del testamento civil (*testamentum per aes et libram*). La razón de esa limitación se encontraba, en palabras de Ulpiano, en que el mudo no podía expresar su voluntad testamentaria (*... vera nuncupationis loqui non potest...*) y el sordo no podía escuchar las respuestas del *familiae*

C.: *Surdus mutus* in D.5.1.12.2, p. 287; *Impedimenti del giudice*, p. 521, n. 165, 523, n. 167 y 524 n. 168.

(93) PAUL. D.5.1.12.2. C.6.22.10. PAUL. D.42.5.20. GAI. D.28.1.6.1. Sobre estos textos, LANZA, C.: "*Impedimenti del giudice*", pp. 530 ss.

(94) En PAUL D.23.3.73 pr., PAUL. D.3.3.43 pr. y ULP. D.37.3.2. Fuera de la compilación en Tit. Ulp.20.7 y 20.13.

(95) HERM. D.26.4.10. ULP. D.29.1.4. PAP. D.31.77.3. PAUL. D.50.2.7.1. Inst.1.23.4. Inst.2.12.3. PS.4.1.4 C.6.22.10. *Mutus et surdus* también aparece en las fuentes: GAI. D.21.1.3. PS.4.12.2. PAUL D.26.1.17. C.1.3.51 (52). Inst.2.11.2. ULP. D.28.5.1.2. ULP. D.29.2.5 pr. HERMOG. D.39.5.33.2.

(96) *Vid.*, KÜSTER, A.: *Blinde und Taubstumme in römischen Recht*, p. 165. LANZA, C.: *Surdus mutus* in D.5.1.12.2, pp. 288 y 289.

(97) BONFANTE, P.: *Corso di Diritto Romano*, 6, *Le successioni. Parte generale*, p. 374. En el mismo sentido, BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, p. 97.

emptor (... quoniam verba familiae emptor exaudire non potest...) (98). Hubo dos excepciones a este principio general: cuando el testador hubiere obtenido licencia del príncipe para otorgarlo y cuando se acogiera a la forma extraordinaria del testamento militar. En primer lugar, la información acerca de una concesión imperial (99) a favor de ambos para disponer mediante un negocio jurídico que habían tenido prohibido durante siglos es un dato interesantísimo pero no exento de problemática. Por un lado, los compiladores lo incluyeron en la sede más apropiada, dentro del Título I del Libro vigésimo octavo del Digesto que se ocupa de la testamentifacción activa y del modo de realizar los testamentos ("*Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant*"); pero fuera de esta perfecta ubicación, no disponemos de ninguna otra información que aporte mayor precisión sobre la licencia. Por otro lado, el fragmento en que se anuncia tal prerrogativa pertenece al libro primero de los comentarios *Ad legem vicesimam hereditatium* del jurista MACER, de forma que es plausible la idea de D. DALLA (100) en el sentido de que la licencia imperial pretendía obtener un rédito de tipo fiscal, el cobro del impuesto sucesorio (*vicesima hereditatum*) (101), más que entender que hubiese sido concebida como un privilegio en atención a las circunstancias personales de estos sujetos (102). La *vicesima* se introdujo en los primeros años del s. I d. C. a través de una *Lex Iulia* y es evidente que sus disposiciones estaban vigentes en el período en que vivió el jurista MACER, en la primera mitad del s. III, bajo los reinados de Caracalla y Alejandro Severo, pero teniendo en cuenta que de esta providencia no se tienen más noticias que este texto de D.28.1.7, es muy difícil llegar a saber quién pudo ser el artífice de

(98) Tit.Ulp.20.13. La incapacidad de testar de sordos y mudos aparece también en GAI. D.28.1.6.1; ULP. D.28.1.21; MAC. D.28.1.7; POP. 28.1.16 pr.; IAV. D.28.1.25. Inst.2.12.3. Inst.2.10.6. Inst.2.19.4. Tit.Ulp.20.7. Vid. AMELOTI, M.: *Le forme classiche di testamento*, 1, pp. 106 y 107.

(99) MAC. D.28.1.7: "*Si mutus aut sordus, ut liceret sibi testamentum facere, a Principe impetraverit, valet testamentum*".

(100) DALLA, D.: "*Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*", Estudios Iglesias (cit. en n. 44), 2, p. 678.

(101) Al respecto, TORRENT, A.: *Diccionario de Derecho Romano*, pp. 612 y 1473.

(102) Cfr. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, p. 100.

la medida (103). Falta por saber, asimismo, qué tipo de testamento podían realizar sordos y mudos mediante la autorización imperial. Está claro que el mudo, tenga o no tenga licencia, no podía de ningún modo componer la *nuncupatio* oral, de forma que la concesión solo podía tener por objeto habilitarle para un otorgamiento por escrito. En cuanto al sordo, y por analogía con el mudo, es seguro que el privilegio le habría permitido testar en forma escrita, pero a diferencia de este, y dada la diferente naturaleza de su minusvalía, cabe la posibilidad de que se le pudiera haber autorizado a hacerlo en forma oral (104). En todo caso, la referencia a esta regla excepcional cumplía en el Digesto una simple finalidad histórica, pues al tiempo de la promulgación de esta obra ya estaba en vigor la constitución de Justiniano que había reformado la capacidad de sordos y mudos (recogida en C.6.22.10 pr.-1) y en ella se omite toda alusión acerca del privilegio imperial. Y con respecto al *testamentum militis* como segunda de las excepciones a la prolongada incapacidad testamentaria de estos sujetos, no hay duda en que estos hombres no pudieron ingresar en el ejército como ningún otro ciudadano con una lesión física de carácter absoluto o persistente. Pero si incorporándose en plenitudes físicas perdían la voz o el oído en el curso de sus imposiciones militares, tenían reconocida la posibilidad de testar bajo esta forma privilegiada hasta el mismo momento en que fueran licenciados por incapacidad física (105). Ya se ha hablado de que en las Instituciones y el Código justinianeos se restringió este privilegio a los militares en servicio y en campaña ("*quatenus militant et in castris degunt*"), pero aún se afirma sin ambages en estas fuentes que tanto el militar sordo como el mudo podían otorgar mediante esta forma extraordinaria: "*quini-mo et mutus et surdus miles testamentum facere potest*" (106).

(103) Precisamente algunos emperadores como Adriano y Caracalla reformaron la vicesima con intenciones fiscales. Vid. Dion Cass.78.9; 78.12. PS.3.5.14-18. VOLTERRA, E.: *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 817.

(104) DALLA, D.: "*Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*", p. 678. VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*, 1, 2.^a ed., Milano, 1967, p. 395, nt. 51.

(105) ULP. D.29.1.4.

(106) Inst.2.11.2 y 3. C.6.21.17 (a. 529). KÜSTER, A.: *Blinde und Taubstumme in römischen Recht*, pp. 90-92. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano comparado con el español*, 1, Madrid, 1863, p. 386.

Con formulación también de principio general ("*Surdus mutus testamentum facere non possunt...*"), el jurista Gayo, uno de los mayores conocedores en su época del antiguo *ius civile* romano, recordaba la incapacidad general para testar pero advertía que si la sordera o la mudez sobrevenían con posterioridad a la *testatio*, valía el testamento: "... *sed si quis post testamentum factum valedutine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo permanet testamentum*" (107). Este principio de *favor testamenti* fue reafirmado en la última época romana, concretamente en *Inst.* 2.12.3 *in fine*. Las fuentes romanas también recogen el supuesto singular de que el testador tuviera que interrumpir el otorgamiento de su testamento porque repentinamente enmudeciera, esto es, perdiera el habla: "*si is, qui testamentum faceret... obmutuisset*". El notable jurista Javoleno, protagonista asimismo de una brillante carrera política y militar durante el siglo I d. C., explicaba, haciéndose eco de opiniones de Servio, Alfeno Varo y Labeón, que si el testador había ya nombrado los herederos y la pérdida de la voz se produjo antes de nombrar los sustitutos, no había institución de heredero válida ni, por tanto, testamento si se constataba la intención de haberlos querido designar (108). A *contrario sensu*, si se verificaba la intención del testador de no nombrar otros herederos o sustitutos, se salvaguardaba la validez de las disposiciones declaradas en el testamento interrumpido por esa repentina causa.

La naturaleza había imposibilitado a las personas sordas y mudas para otorgar *testamentum per aes et libram*, pero ¿pudo extenderse, aunque por obra humana, aquella incapacidad también a la posibilidad de disponer en forma escrita? Parece seguro que así fue, pues en todos los textos en los que se menciona la falta de capacidad testamentaria de sordos y mudos no hay una sola remembranza a que pudiesen otorgar testamento escrito, por lo que no hay ninguna duda de que la falta de *testamenti factio activa* era absoluta y alcanzaba también al testamento pretorio (109). De

(107) GAI. D.28.1.6.1. En un sentido idéntico se pronunció también Paulo en D.29.7.8.3 acerca de la validez del testamento cuando se daba esa circunstancia, si bien menciona solo al mudo.

(108) IAV. D.28.1.25.

(109) En el mismo sentido, VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*, 1, p. 395, nt. 51. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, p. 99.

otro modo, y por tratarse de un derecho y un acto jurídico tan importante en la sociedad romana, habría quedado más que suficiente constancia en las fuentes y hasta el propio Justiniano lo habría recordado en la constitución del 531, por la que activaba, bajo ciertas premisas, la capacidad de sordos, mudos y sordomudos para otorgar testamento. Como hemos señalado anteriormente, la concesión imperial por la que estos sujetos podían otorgar testamento debía referirse básicamente al testamento pretorio (escrito), argumento que refuerza esta idea de su incapacidad para realizar cualquier tipo de testamento, excepciones ya señaladas aparte. Al hilo de estas reflexiones, me parece también más que probable que ni sordos ni mudos pudieran haber otorgado testamento bajo la forma ológrafa en el breve espacio de tiempo que esta figura estuvo admitida en la experiencia jurídica romana. Con tal de que supieran escribir, el mudo y el sordo podrían haber burlado su incapacidad testamentaria mediante el otorgamiento de un testamento *per olographam scripturam*, pero el requisito de la testamentifacción activa es previo y consustancial a la propia validez del testamento, sea del tipo que sea, por lo que no sería admitido ningún testamento ológrafo de persona que no tuviera reconocida la capacidad de testar.

Justiniano reformó la regla general clásica en torno a la *testamenti factio* de estos sujetos en la constitución anteriormente citada del año 531 (110), novedosa también en el sentido de distinguir por primera vez entre sordomudez, sordera y mudéz y dotarlas de una regla propia en materia testamentaria. El emperador, a la hora de apartarse de un criterio de origen clásico y abrirles la testamentifacción, tuvo en cuenta que el testamento escrito era en ese momento el principal y podía ser el idóneo para ellos, entendiendo además que era ya tiempo de enterrar aquella incapacidad basada en la imposibilidad material de pronunciar una declaración o escucharla (111). La regulación es la siguiente: 1) El sordomudo de nacimiento tiene incapacidad absoluta para testar ("*... et hoc et ipsa natura habet, neque testamentum facere...*"). Sin duda la restricción respondía a la creencia de que en ese tiempo era casi imposible que un sordomudo de nacimiento hubiese podido instruirse

(110) C.6.22.10 pr.-1.

(111) Vid. DALLA, D.: "*Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*", pp. 676 ss. RICCOBONO, S.: "*Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*", ZSS, 43/44, 1922, p. 385.

suficientemente (112). Sin embargo, Justiniano convino que si las afecciones sobrevinieron en un momento posterior de su vida y fuera persona letrada, se le permitiera hacer testamento siempre y cuando lo escribiese de su propia mano: "*sed morbus postea superveniens et vocem abstulit et aures conclusit, si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia... haec ei sua manu scribenti permittimus*". Desde un punto de vista negativo, queda evidente que el sordomudo analfabeto era jurídicamente incapaz de otorgar testamento. 2) La persona sorda tiene plena capacidad para testar, tanto si lo era por nacimiento ("*... licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere et intestamentis...*"), como si la sordera la contrajo en cualquier otro momento de su vida ("*In eo autem, cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitare potest, quin possit omnia sine aliquo obstáculo facere*"). La disposición no establece ninguna separación entre el testamento nuncupativo y el escrito; más bien de su letra se desprende que era capaz de otorgar ambos, pues el compilador afirma que no hay muchos individuos que no oigan absolutamente nada y eso también puede referirse a la forma escrita (113). 3) El mudo, ya lo sea por causas congénitas o por accidente, puede testar si es capaz de escribir el testamento de su puño y letra: "*... attamen si et hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet, et eum scribentem omnia facere, sive naturaliter sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accessit*". El analfabeto mudo, por tanto, tenía incapacidad absoluta de disponer por testamento. Indudablemente, la obligación que pesa sobre los mudos y sordomudos de escribir su propio testamento, una imposición que no era común a ningún tipo de testamento si exceptuamos el ológrafo, obedecía a una razón de prudencia y seguridad jurídica: ¿de qué forma podían exteriorizar su voluntad quienes no podían expresarse ni de palabra ni por escrito? Las personas sordomudas han desarrollado desde siempre un especial sentido para darse a entender entre sus allegados mediante el empleo de ciertas señas o signos, pero en época romana no había ningún sistema lingüístico que hiciera las veces de lo que hoy conocemos como *lengua de los signos*.

(112) RICCOBONO, S.: "*Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*", p. 385.

(113) En el mismo sentido, TORRENT, A.: *Diccionario de Derecho Romano*, p. 1327.

La providencia justiniana exponía con bastante claridad la capacidad de estas personas para otorgar testamento, pero los compiladores no anduvieron atinados a la hora de proyectar una buena correspondencia entre el Código y las Instituciones. Leemos en el inicio de *Inst.* 2.12.3 que “*los sordos y los mudos no siempre pueden hacer testamento*” (“*Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt...*”), aunque la continuación del fragmento contiene la referencia a la constitución de Justiniano que acabamos de tratar. Parece una forma un tanto imprecisa de presentar el estado de esos derechos subjetivos (114), formulándolos en el mismo sentido negativo que veíamos unas páginas más atrás en relación con la *testamenti factio* del ciego (*Inst.* 2.13.4). Y no es la única imprecisión, pues en *Inst.* 2.19.4 *in fine* volvemos a leer que el mudo no puede hacer testamento, reflejando esa mala sincronización entre los compiladores del Código y los de las Instituciones. De nuevo parece querer recalcar la limitación de la testamentifacción, aunque pudiera ser que la novedad que supuso abrir la testamentifacción a sordos y mudos tras largo tiempo de incapacitaciones no había calado todavía lo suficiente en la praxis jurídica (115).

V. RECEPCIÓN DE ESTAS FORMAS EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

En la historia del Derecho español los testamentos estudiados tuvieron cierta importancia al ser regulados en varios de sus principales cuerpos legislativos. Sin embargo, es bien sabido que la recepción del testamento romano no se produjo de una manera uniforme ni tampoco la forma en que se otorgaba se ajustaba con fidelidad a su naturaleza jurídica original, pues las características socio-políticas y económicas de la Edad Media, así como el germanismo que

(114) Cfr. BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y Donación*, p. 100. En opinión del insigne romanista, el texto institucional podría estar puesto en relación con la concesión del príncipe de MAC. D.28.1.7, por la que se otorgaba licencia a sordos y mudos para hacer testamento, algo que no me parece muy probable, pues no hay otras noticias acerca de la frecuencia ni vigencia de esas licencias.

(115) Véase SCHERILLO, G.: *Corso di Diritto Romano. Il testamento*, 2, p. 7. DALLA, D.: “*Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*”, pp. 679 y 680.

informaba muchas de las instituciones jurídicas altomedievales, determinaron una suerte de cambios sustanciales en la figura del testamento medieval (116). Baste recordar, *v. gr.*, que una cláusula básica del testamento romano como la institución de heredero dejó de ser un requisito esencial en su contenido; o que decayera alguna máxima como la de "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*". El advenimiento del período conocido como Baja Edad Media, ligado en lo jurídico al redescubrimiento del Derecho Romano en Europa (117), rescató muchas de las instituciones y principios clásicos de este ordenamiento, pero el Derecho de Sucesiones mantuvo en términos generales las líneas principales ya consolidadas desde el período anterior.

En la España de la Alta Edad Media destaca como obra cumbre de la legislación visigoda el *Liber Iudiciorum* (*Lex Visigothorum*), promulgado en 654 y caracterizado por ser receptor de tres sistemas jurídicos diferentes: las costumbres germánicas (Derecho visigodo), el Derecho posclásico romano y algunas disposiciones eclesiásticas de un todavía en formación Derecho canónico. La traducción del *Liber* siglos más tarde constituiría la base principal del Fuero Juzgo, auténtico monumento de nuestro Derecho histórico ordenado elaborar por Fernando III para la corona de Castilla en 1241, pero que tuvo larga vigencia también como Derecho supletorio. Sin embargo, ya se ha apuntado que una nota casi común a todo el Derecho altomedieval es la decadencia del testamento frente a la sucesión legítima como consecuencia de una pléyade de factores inherentes a este período (entre los más importantes, el empobrecimiento económico y la idea de una comunidad familiar) (118). Y el Fuero Juzgo refleja esa propensión. Pero en lo

(116) GARCÍA-GALLO, A.: "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España", en *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Universidad de Sevilla, 1982, pp. 273 ss. DE ARVIZU Y GALARRAGA, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, EUNSA, Pamplona, 1977, pp. 24 ss. y 129 ss. BARÓ PAZOS, J.: "Notas acerca del testamento en el Derecho bajomedieval y moderno", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2002, pp. 61 ss.

(117) *Vid.* CALASSO, F.: *Medio Evo del Diritto. 1. Le Fonti*, pp. 345 ss. TORRENT, A.: *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho: Derecho romano-Ius commune- Derecho europeo*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 205 ss.

(118) GARCÍA-GALLO, A.: "El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad media", en *Estudios de Historia del Derecho Privado* (cit. en

que a nosotros concierne, se introdujo una novedad importante en el testamento de la persona que no sabe escribir y/o firmar, simplificando el formalismo del negocio, pues ya no era necesaria la intervención de un testigo especial que firmara por el testador, siendo suficiente, simplemente, que cualquiera de los testigos (*testimonias*) –o persona distinta del testador– suscribiera por él (119). Esta línea no será ya abandonada en nuestro Derecho histórico, por lo que el testamento otorgado por persona analfabeta perdió el carácter de extraordinario que le había conferido la última legislación romana y volvió a ser un testamento ordinario:

FJ.2.5.11: “*Si algún omne faze manda de sus cosas por escripto, é si el escripto fuere confirmado de la mano del qui lo fizo é de las testimonias; ó del uno destos, ó de las testimonias, ó de aquel que la faze; ó si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, é diere otro omne que escriba por él, ó que lo sennale el escripto; ó si algún omne faze su manda ante testigos sin escripto; cada una de estas quatro maneras de fazer manda debe valer*”.

Como quiera que desde finales del siglo XI se había producido el fenómeno del renacimiento jurídico medieval, gracias en buena parte al descubrimiento de las Pandectas en Amalfi (Italia) en 1035, la fundación de las primeras universidades y el nacimiento de la Escuela de Bolonia, muy poco tiempo después de la promulgación del Fuero Juzgo el Derecho justiniano comenzó a abrirse paso en una suerte de segunda vida de sus instituciones. Al rey Alfonso X y su prolífica legislación le debemos la más amplia recepción del último Derecho Romano en la península, pues aunque pervivían instituciones romanas en otros ordenamientos españoles, el carácter enciclopédico de su magna obra, las Partidas (120), incrementó de

n. 116), pp. 251 ss. DE ARVIZU Y GALARRAGA, F.: *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, pp. 129 ss.

(119) Puede verse GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. 3, 3.ª ed., Madrid, 1871, pp. 125 ss.

(120) Paradójicamente, no llegarían a tener vigencia hasta mucho tiempo después y solo como Derecho subsidiario. Sobre la influencia de las Partidas en Hispanoamérica, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: *La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984, pp. 35 ss. y 118 ss. La autoría y composición de las Partidas sigue hoy siendo objeto de debate doctrinal: al respecto, GARCÍA-GALLO, A.: “Nuevas observaciones

forma notable el conocimiento del Derecho justiniano. Su primera legislación importante, el Fuero Real (a. 1252-1255), conservaba todavía muchos elementos germánicos en sus adentros pero en sede de sucesiones dedicaba una mención al testamento hecho por persona analfabeta (FR.2.5.11), manteniendo las líneas principales que ya había señalado el Fuero Juzgo. El Fuero Real se limitaba a señalar que cuando el otorgante no supiera escribir podía requerir a cualquiera de los testigos para que extendiera el documento y lo garantizara con su firma.

Unos años después (1261-1265), en las Partidas, quedaba consolidado el principio de permitir la sustitución de la firma del testador (121) que no supiera o no pudiera escribir por la firma de cualquiera de los siete testigos intervinientes: P.6.1.1: “... *el fazedor del testamento deue escreuir su nome en la fin de la carta, diciendo assi: Yo fulano, otorgo que fize este testamento, en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiesse, o non pudiesse escreuir, bien lo puede fazer otro por mandado del*”. Cuando se trataba de testamento escrito y cerrado tampoco se exigía al testador escribirlo por sí mismo, de forma que el indocto podía recurrir a un tercero en quien confiara para que lo escribiera: P.6.1.2: “*En escrito queriendo alguno fazer su testamento... si por aventura lo quisiere fazer en poridad... Deue el por su mano mesma escreuir el testamento, si sopiere escreuir, e si non, deue llamar a otro, qual quisiere, en quien se fie, e mandegelo escreuir en su poridad*”. Las normas relativas a las personas sordas

sobre la obra legislativa de Alfonso X”, AHDE, 46, 1976, pp. 609 ss. GACTO FERNÁNDEZ, E./ALEJANDRE GARCÍA, J. A./GARCÍA MARÍN, J. A.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*, 7.ª ed., Madrid, 1992, pp. 275 ss.

(121) Cuestión diferente era la falta de letras en los testigos que daba lugar al testamento extraordinario de los aldeanos (*ruri conditum*): P.6.1.6: “*En que manera pueden los aldeanos fazer sus testamentos. Aldeano alguno queriendo fazer su testamento en escrito, si en aquel lugar, do el morare, non pudiese aver siete testigos que sepan escrevir, puede fazer su testamento delante cinco testigos, que sean llamados para esso, e que soscrivan sus nomes en la carta del testamento. E si por aventura, todos cinco no supiesen escrevir, puede escrevir uno de ellos, el que lo supiere fazer, por si, e por los otros. Pero tal testamento como este, que se faze ante testigos que no son todos letrados, non debe ser fecho en poridad; ante lo deven fazer leer paladinamente ante los testigos, que se acertaron y, porque non pueda ser fecho y engaño*”.

y mudas quedaron encuadradas, al igual que en la última legislación romana, en la Ley que se ocupaba de *Quien puede fazer testamento, e quien non* (P.6.1.13). En la primera parte de esta disposición se reflejaba una buena correspondencia con el criterio que había arrancado en el Derecho justiniano y que mantuvo cierta continuidad en algunas compilaciones jurídicas posteriores (122), distinguiendo entre aquellos que lo eran de nacimiento y no sabían escribir y los que lo eran por causas sobrevenidas pero sí podían escribir. A los primeros, sordos o mudos que lo eran de nacimiento, les estaba prohibido testar, mientras que los segundos podían otorgar testamento siempre y cuando fuese escrito por su propia mano o contase con autorización real para que lo escribiese un tercero:

Partida 6.1.13: "... *Otrosi dezimos, que el que es mudo o sordo desde su nascencia non puede fazer testamento. Empero el que lo fuesse por alguna ocasión, assi como por enfermedad, o de otra manera, este atal si supiesse escreuir, puede fazer testamento, escreuiendolo por su mano misma. Mass si fuese letrado, o non supiesse escreuir, non podría fazer su testamento. Fuera ende en vna manera, si le otorgasse el Rey, que le escreuiese otro alguno en su lugar*".

Esta Ley XIII de Partidas finalizaba contemplando un par de excepciones al principio general arriba señalado. En un sentido favorable a ampliar la testamentifacción de estas personas, la ley indicaba que el mudo de nacimiento podía testar también bajo permiso del Rey con tal de que no padeciera sordera ("e esto acaesze pocas vezes") y fuese hombre letrado (que en el lenguaje de las Partidas significaba que supiera leer); y en segundo lugar, aunque expresado de una forma más imprecisa (123), indicaba que "*aquel que fuesse sordo desde su nascencia, o por alguna ocasión, si este atal pudiere hablar, bien puede fazer testamento*". Aunque es dudosa la interpretación del final de esta ley, atendiendo al lugar en que se señala esta prerrogativa, que no obstante choca claramente con el criterio general de que el "*sordo desde su nascencia, non puede fazer tes-*

(122) La influencia de *lo Codi* (6.29.2 y 3) en la testamentifacción de sordos y mudos es más que evidente. ARIAS BONET, J. A.: *Lo Codi en castellano –según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional. Edición y estudio preliminar*, Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 283.

(123) Al respecto, CASTÁN, J.: *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. VI, vol. 2, 8.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1979, p. 115, n. 1.

tamento", habría que pensar también en este supuesto que podría otorgar testamento mediante la licencia real.

El testamento de la persona ciega fue regulado en la Ley Alfonsina como una forma especial, pues prescribe la presencia de un escribano público (o un octavo testigo en caso de no encontrar escribano) para rodear de mayores garantías el acto testamentario y con la función específica de redactar las disposiciones si estas fueron expresadas verbalmente. Aun cuando el testador ciego podía presentar su voluntad por escrito, los testigos debían escuchar la lectura del testamento por parte del escribano, por lo que se le prohibía expresamente el otorgamiento de un testamento cerrado:

Partida 6.1.14: *"El ciego non puede fazer testamento, fueras ende desta manera: deue llamar siete testigos, e un escribano publico, e delante dellos deue decir como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nombrar, cuales son aquellos que establece por sus herederos, e que es lo que manda; e el Escribano deue escreuir todas estas cosas delante de los testigos, o si eran antes escritas, deuen ser leydas delante dellos, e deue dezir el ciego manifestamente, como aquel es su testamento. E de si, cada vno de los testigos debe escriuere su nome en aquella carta, si supiere escriuir, e si non, deuelo fazer escriuir a otro. E también el Escribano publico que escriuiere la carta, como los testigos, deuen sellar la carta con sus sellos; e si el Escribano publico no se pudiere auer, deuen auer otro que lo escriua, e que sean con el ocho los testigos en lugar del Escribano. E esta guarda deue ser fecha en el testamento del ciego por que non pueda ser fecho ningún engaño".*

En 1348 el Ordenamiento de Alcalá (19.1) se preocupó exclusivamente de la forma nuncupativa ordinaria de testamento y redujo a tres el número de testigos, pero entre sus novedades se encontraba la imposición de que interviniera un escribano público o dos testigos más si faltara el notario. Las Leyes de Toro (a. 1505) no corrigieron al Ordenamiento en lo que al testamento nuncupativo común se refiere, pues mantenían esos mismos requisitos apuntados. Tampoco contenían en su Ley III ninguna referencia a la testamentifacción de mudos y sordos, por lo que entendemos que se mantuvieron vigentes las antiguas disposiciones de Partidas dado el carácter supletorio que tenía esta compilación (124). Esta Ley Tercera, que sería

(124) En este sentido se pronuncia Antonio GÓMEZ en su comentario a

más adelante reproducida en la Novísima Recopilación (10.18.2), ordenaba que el testamento abierto se otorgara ante tres testigos y escribano público, o cinco si no concurría el escribano, y exigía que fuera redactado por el notario y firmado por el testador si supiere y pudiere; en caso contrario, por uno de los testigos. Como ha quedado dicho, la falta de letras en el testador no requería ningún requisito adicional desde mucho tiempo atrás. La continuación de la Ley III es la que más nos interesa porque contiene la reforma del testamento del ciego, que seguía siendo un testamento especial a pesar de haber sido simplificado con respecto a su anterior regulación en las Partidas: *"... pero el testamento cerrado... mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los quales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador si supieren ó pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y más el signo del escribano; y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos"*. Dejando aparte la mención al testamento cerrado, del texto se deduce, basándonos en el número e intervención de los testigos, que el testamento del ciego era el nuncupativo común abierto y en ningún caso podía ser cerrado. A fin de que no pudiera perjudicársele y para evitar que mediara engaño se incrementaron las formalidades en el número de testigos, pasando de tres a cinco (125), y aun cuando no se menciona expresamente parece razonable argüir que la actuación del escribano fuese, asimismo, preceptiva. En este mismo sentido se pronunciaron los comentaristas españoles de principios del siglo XIX, quienes además consideraban que si no intervenía el escriba-

la Ley III: *"Es prohibido asimismo el mudo y sordo juntamente de naturaleza, por la ignorancia de hablar y escribir que tiene, unidos a los modos de poder hacer testamento nuncupative, ó in scriptis, pero si ambos defectos fueren causales, bien puede disponerlo, como sepa escribir, y escriba de su puño toda la disposición: aunque siendo únicamente sordo, bien sea por accidente ó por naturaleza, pudiendo hablar cesa la prohibición, pues ninguno lo es en términos que hablándole en voz alta dexa de oír; y si fuese mudo solamente, más de nacimiento, tampoco puede testar"* (en *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez á las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1795, pp. 16 y 17).

(125) PACHECO, J.: *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, 1, 1862, Madrid, pp. 60 ss.

no debía hacerlo un sexto testigo que asumiera la función de escribir el testamento (126). El hecho de que la mención al testamento del ciego aparezca a continuación de las normas del testamento cerrado no debe inducir a error y considerar que se rebajaba el número de testigos, de siete a cinco, en dicha forma escrita y cerrada. No hay un solo precedente de un testamento atenuado en sus requisitos que fuera puesto a disposición de los invidentes, como tampoco lo habría más adelante. Se trata, por tanto, de un testamento nuncupativo abierto (127). Teniendo en cuenta que el Ordenamiento de Alcalá no preveía una forma concreta de testar para el ciego, cabe pensar que en el transcurso de tiempo que medió entre las Partidas y las Leyes de Toro el ciego pudo acogerse a la forma especial que sancionaban las Partidas, pues las Leyes de Alcalá señalaban la legislación Alfonsina como Derecho supletorio junto al Fuero Juzgo, y esta última compilación no contenía ninguna disposición sobre el testamento del ciego. No faltan, sin embargo, voces autorizadas que estimaron que en ese espacio de tiempo el ciego pudo acogerse igualmente a la forma ordinaria de testamento (128).

Ni la Nueva Recopilación (a. 1567) ni la Novísima Recopilación en los albores del siglo XIX introdujeron una reglamentación distinta a la contenida en los ordenamientos de Alcalá y Toro para la testamentifacción de nuestros sujetos. En este sentido, el testamento del ciego mantuvo su carácter extraordinario precisando la intervención de cinco testigos junto con el escribano o seis si faltaba este último (129). Ahora bien, los juristas de aquel período ya ponían de mani-

(126) Puede verse en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. 4, Madrid, 1848, p. 12. En igual sentido, GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, t. 3, pp. 167 ss.

(127) En el mismo sentido, BARÓ PAZOS, J.: *Notas acerca del testamento en el Derecho bajomedieval y moderno*, p. 69. GÓMEZ, A.: *Compendio de los comentarios*, pp. 24 y 25.

(128) En este último sentido, LLAMAS Y MOLINA, S.: *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 3.ª ed., Madrid, 1853, p. 125, pero la cuestión es verdaderamente dudosa, como puso de manifiesto GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, t. 3, pp. 166 y 167.

(129) Recuérdese que la Ley III de Toro no mencionaba expresamente la intervención del escribano para el testamento del ciego, aunque en texto principal nos hemos pronunciado en sentido afirmativo acerca de la misma. En la monumental obra colectiva *Los Códigos españoles concordados y anotados* (t. 4, p. 12), los comentaristas se plantean el mismo interrogante y

fiesto que en la praxis testamentaria la sordera y la mudez habían dejado de presentar los problemas de antaño, y se entendía que si el sordo o el mudo (también el sordomudo) podían de algún modo manifestar su voluntad, y específicamente hablan de la utilización de signos, no había motivo entonces para mantener la histórica prohibición. En este momento, por último, tampoco estaba vigente ya el permiso real para otorgar testamento (130).

VI. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL HASTA 1991

El Código Civil reguló el negocio testamentario manteniendo, como los códigos de su época y acorde a la tradición anterior, la intervención de testigos con carácter general e incorporando unos requisitos complementarios para los supuestos objeto de nuestro estudio. Desde su promulgación, el testamento del ciego perdió el carácter de forma testamentaria extraordinaria (el del analfabeto hacía ya muchos siglos que no lo era), del mismo modo que la sordera y la mudez, ya fuese congénita o sobrevenida, dejaron de ser consideradas, con las excepciones históricas que ya hemos señalado, causas de incapacitación para testar, todo ello a tenor de los arts. 663, 676 y 677 (131). A partir del Código, todas las formas de

piensan que en su tiempo todavía era preceptiva dicha intervención: “*Como en la ley de la Novísima Recopilación... nada se dice de escribano en cuanto al testamento del ciego, dúdase por algunos si es ó no indispensable hoy la intervención de aquel funcionario. Nosotros la juzgamos necesaria, estimando vigente en esta parte la ley de Partidas, en atención á que la recopilada no ha tenido otro objeto que el de reducir el número de testigos*”.

(130) A mediados del siglo XIX la educación de sordos y mudos comenzaba a ser algo perfectamente natural. Leemos en *Los Códigos españoles concordados y anotados* (t. 4, p. 11) que “*téngase presente que hoy aún los sordos-mudos de nacimiento aprenden á escribir con perfección, y aun tambien aprenden otras artes y algunas ciencias*”. Y en el campo más puramente jurídico: “*Si el sordo ó mudo y aun sordomudo supiere leer y no escribir, cualquiera otro puede hacerlo por él, en los términos que el testador le haya encargado, por medio de signos, y despues leyendo este el testamento puede aprobarlo, también por signos, de modo que no quede género alguno de duda*” (p. 11).

(131) Art. 676 CC: “*El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado*”. Art. 677: “*Se consideran tes-*

testar no enumeradas en los arts. 676 y 677 fueron consideradas, en el lenguaje de los comentaristas del s. XIX y la doctrina civilista del XX, *meras modalidades del testamento común* (132). Esta normativa ha estado vigente durante todo un siglo hasta la importantísima reforma operada por la *Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos*.

Por exigencias de espacio nuestra exposición tiene que ser necesariamente breve por tratarse de preceptos reformados no hace mucho tiempo, teniendo asimismo que sacrificar, por la razón arriba apuntada, toda mención a las reglas especiales existentes en el Derecho Civil de las Comunidades Autónomas en estos dos últimos puntos del trabajo, aun a sabiendas de que es una cita obligada cuando hablamos de Derecho Español, pero que nos haría rebasar las dimensiones de este estudio. Con respecto a la tradición jurídica anterior en materia testamentaria, el Código Civil respetó el número de tres testigos para el testamento abierto. En este tipo testamentario, y en lo que a nosotros concierne, cuando el testador declaraba no saber o no poder firmar habría de hacerlo en su lugar, y a ruego de este, *“uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario”* (art. 695.2). Teniendo en cuenta que este mismo art. 695 en su párrafo primero imponía la lectura del testamento por parte del notario en voz alta antes de que prestara su conformidad el testador, el 697 CC determinaba que *“el que fuere enteramente sordo (133) deberá leer por sí mismo su testamento; y si no sabe o no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre,*

tamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero”. Sobre la eliminación en el Código de varios de los tradicionales testamentos especiales, puede verse BONET RAMÓN, F.: *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, p. 532. Una crítica más amplia asimismo en CASTÁN, J.: *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. VI, vol. 2, pp. 24 y ss., para quien los testamentos del enteramente sordo, del ciego, del mudo y del sordomudo eran *comunes extraordinarios o excepcionales*.

(132) BONET RAMÓN, F.: *ult. cit. loc. cit.*

(133) La jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto que sordo es el que *“carece de la facultad de oír”* y no, por tanto, *“el que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto de lo ordinario”*: STS 11 junio 1864; STS 13 febrero 1920; STS 27 diciembre 1930. *Vid.* GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (AAVV, dir. por M. Albaladejo), tomo IX, vol. 1º-B, EDESA, Madrid, 1987, pp. 130-133.

siempre en presencia de los testigos y del Notario". Según se desprende de la letra del precepto, la lectura no era realizada por ninguno de los testigos, sino por las dos personas designadas por el testador al efecto, de forma que llegaban a intervenir cinco personas junto al disponente y el notario. El testamento abierto del ciego se recogía en el art. 698 con la única especialidad de la doble lectura del testamento, una por parte del notario y "*otra en igual forma por uno de los testigos u otra persona que el testador designe*". La finalidad de la lectura por persona distinta del notario era suplir la imposibilidad del testador de leer por sí el documento y contrastar la veracidad de sus disposiciones (134). Aunque el Código no contemplaba como un derecho del testador la lectura personal del documento, en los despachos notariales era práctica habitual advertir al otorgante del derecho a hacerlo en virtud de la misma legislación notarial (135).

El testamento cerrado (136), en virtud de su propia naturaleza, tenía unos requisitos más exigentes. Como era ya tradición desde época romana, podía ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego; en este último caso, el testador debía firmar en todas las hojas y al pie del testamento, y si no supiera o no pudiera firmar habría de ser rubricado por otra persona a su ruego, quedando constancia de la causa de la imposibilidad (art. 706). Extendida y leída el acta, se procedía a su firma por parte de los testigos –cinco en este tipo de testamento– y del testador. Cuando el disponente no sabía o no podía firmar, lo haría "*en su nombre uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por aquel*" (art. 707.5). El art. 708 contenía una prohibición expresa de otorgar testamento cerrado a "*los ciegos y los que no sepan o no puedan leer*". Obedecía a razones de seguridad jurí-

(134) Para interpretaciones de estas disposiciones antes de la reforma de 1991 puede verse, entre otros, OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, edición anotada por J. M. Ossorio Serrano, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 74 ss.

(135) Art. 25 LN (cfr. art. 29 de la misma Ley). Art. 193 RN. De *práctica notarial* en tal sentido hablaba ya en las primeras décadas del siglo pasado NOVOA SEOANE, según cita CASTÁN, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI, vol. 2, p. 94.

(136) Un estudio general sobre los antiguos arts. 706 a 715 CC puede verse en ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (cit. en n. 132), t. IX, vol. 2, pp. 1-106.

dica: a ambos sería sencillo sustituirle el escrito testamentario sin que pudieran advertirlo al no poder o no saber leer (137); y si tuvieron que recurrir a la ayuda de un tercero para que les redactara el testamento, no podrían corroborar que la voluntad que declararon al redactor se correspondía con la que terminó en el escrito. Finalmente, el Código facultaba a hacer testamento cerrado a “los sordomudos y los que no puedan hablar (138), pero sí escribir”, siempre y cuando el testamento estuviera “todo escrito y firmado por el testador” y al hacer su presentación, en presencia del notario y los cinco testigos, el testador escribiese en la parte superior de la cubierta que tal pliego contenía su testamento y estaba firmado por él (art. 709).

VII. REGLAMENTACIÓN ACTUAL: LA REFORMA DE 1991 EN MATERIA DE TESTIGOS Y TESTAMENTOS

La Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, presenta como principal innovación la supresión, con carácter general y salvo excepciones, de la exigencia de testigos (139). De ahí que el Proyecto de Ley se titulara *Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos*. No es necesario insistir sobre la utilidad que representa esta reforma que recogía una aspiración del Notariado –al mismo tiempo un deseo de los testadores– y adecuaba la manera de testar a los nuevos procedimientos de identificación de las personas y a las exigencias de la sociedad. En su exposición de motivos, la Ley apuntaba el

(137) CASTÁN, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. VI, vol. 2, pp. 104 y 105.

(138) STS de 18 abril 1916: las formalidades previstas en el 709 CC no eran aplicables a quien habiendo sufrido una hemiplejía tuviese escasos medios de expresión, pero no careciera absolutamente de ellos.

(139) Pionera en la supresión de los testigos fue la Ley de Reforma de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 21 de mayo de 1985, que dejaba al requerimiento del testador o notario autorizante la intervención de testigos (art. 90). Las sucesivas reformas en materia de testigos operadas por el Código Civil y el Derecho Civil autonómico tuvieron su base y modelo en la citada reforma aragonesa. Al respecto, RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Las sucesiones en las legislaciones forales (Especialidades en materia testamentaria)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pp. 13 y 14.

deseo generalizado de disfrutar de una mayor reserva y discreción en el otorgamiento de un acto tan íntimo y trascendental como el testamento notarial. Pero establecía que seguía “*siendo necesario el concurso de los testigos cuando el testador no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar, cualquiera que sea la causa*”, y se recuerda la especial atención prestada “*al caso tradicional del sordo que no sabe o no puede leer*” (140). Se trata, por tanto, de una reforma capital en el testamento notarial que tiene un singular interés sobre la testamentifacción activa de los sujetos que venimos estudiando (141). Va a mantenerse la misma sistemática seguida para el Derecho Romano, así que examinaremos primeramente el testamento de las personas que no saben leer ni escribir –dejando de utilizar el término *analfabeto* que hoy cuenta con un claro sentido peyorativo y que, además, el Código no recoge–, para seguir después con el del ciego y terminar con los de las personas sordas, mudas y sordomudas.

Testamento de las personas que no saben leer ni escribir

Quienes no saben leer ni escribir solo pueden utilizar, de entre los testamentos comunes, el testamento notarial abierto; en efecto, el testamento ológrafo debe estar escrito todo él por el testador (art. 688.2) y en cuanto al testamento cerrado lo impide el art. 708, indicando que “*no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer*”. Se ha mantenido la redacción original del precepto que no ha sido modificada por la reforma y cuya razón de ser toda la doctrina comparte: quien no sabe leer no puede tener una garantía absoluta de que el escrito contiene realmente su voluntad. Como ya apuntara LACRUZ, se exige solo saber leer, de manera que puede otorgar testamento cerrado quien, sabiendo leer, no puede o no sabe escribir (recuérdese que el 706 CC permite la redacción por cualquier medij¹²²

(140) BOE 23 diciembre 1991, p. 41308.

(141) Sobre la valoración de la Ley: RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 7-8 y 66 ss. ROCA FERRER, X.: *Instituciones de Derecho Privado* (AAVV, t. 5, Sucesiones, vol. 2), Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2005, pp. 96 ss.

o mecánico o por otra persona a ruego del testador), ya que lo importante es que no haya duda de que el escrito contiene su última voluntad y para ello es imprescindible la lectura por parte del disponente (142). En cualquier caso, y respecto a la limitación que puede suponer para estas personas no poder acceder al testamento cerrado, debe tenerse en cuenta que este se encuentra en práctico desuso en la actualidad (143).

En el testamento abierto, la regla general para las personas que declaren que no saben o que no pueden leer (144), conforme al art. 697.2.º, es la concurrencia de dos testigos idóneos. El Código no exige que estos testigos lean el testamento, pese a que la circunstancia por la que su concurrencia es preceptiva es que el testador no puede leerlo por sí mismo, que, como se ha dicho, tras la reforma se contempla como un derecho. Lo razonable y prudente sería que el notario ofrezca la posibilidad a los testigos de leerlo (145). Por otro lado, uno de los testigos firmará por él y a su ruego si el testador declara que no sabe o no puede firmar, conforme al último párrafo del art. 695. La declaración del testador en ese sentido es la que determina la presencia de los testigos en el testamento, pero en ambos casos, tanto en relación con la lectura como en relación a la firma (146), debe precisar

(142) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 231.

(143) Pueden verse las observaciones al respecto de X. ROCA FERRER en *Instituciones de Derecho Privado* (t. 5, vol. 2), p. 112. Sobre los inconvenientes de esta forma testamentaria, LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *El Notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, p. 40.

(144) El caso de quien sabe leer pero no puede hacerlo en el momento del otorgamiento, por ejemplo, por haber sido intervenido de la vista.

(145) Véase RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, p. 92.

(146) Hablando solo de la firma tradicional, la manual, llama la atención que en la historia del Derecho apenas hayan existido unas pocas disposiciones aisladas para regular una acción que es tan habitual como trascendente en el tráfico jurídico. Desde luego, hoy día raro es el negocio que no vaya acompañado de las firmas de los intervinientes, y firmar un documento supone la conformidad con lo que en él se expresa y la asunción del rol o el concepto en que lo hace el firmante. Así pues, la firma confiere fuerza vinculante y mayor credibilidad a los documentos. El art. 195 del Reglamento Notarial contiene una referencia a la firma, que, aunque muy sencilla, es

cuál de las dos causas, el no saber o el no poder (147), concurre.

Como ha puesto de manifiesto R. BLANQUER UBEROS (148), sobre el notario no pesa la obligación de asegurarse de la exactitud de lo manifestado por el testador, pero la existencia de varias sentencias del Tribunal Supremo dirimiendo controversias sobre la veracidad o no de la manifestación del testador aconsejan por prudencia recoger esta de la manera más precisa y exacta posible. Esto ya había sido apuntado por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (149), que consideraba con buen criterio que el notario debe advertir al testador de la trascendencia de su declaración, en caso de ser inexacta, de no saber o no poder firmar y debe consignar con toda claridad y detalle el supuesto declarado y, en su caso, el alcance de la ignorancia y el origen o causa y trascendencia de la imposibilidad.

Esta última cuestión es muy interesante, tanto desde un punto de vista jurisprudencial como desde el puramente práctico que puede acontecer en cada despacho notarial. Si el testador manifestara no saber firmar y se acreditara posteriormente la falsedad de dicha afirmación, el Tribunal Supremo en la muy conocida y comentada sentencia de 4 de enero de 1952 declaró la nulidad del testamento

clara y segura, pues indica que “*los que suscriban un instrumento público, en cualquier concepto, lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen*”. Sobre la firma en la actualidad, su forma y función, así como la más reciente firma electrónica vid. GONZÁLEZ-MENESES, M.: *La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica. Una reflexión de derecho civil sobre la contratación electrónica*, Colegio Notarial de Madrid, 2010, pp. 22 ss. RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, pp. 77 y 78. FAJARDO LÓPEZ, L.: “La firma electrónica en el Derecho Privado”, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, 5, 2001, pp. 41 ss. MARTOS CALABRÚS, M.^a A.: *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 193 ss.

(147) *Ignorancia* (no saber) e *impotencia* (no poder) a la hora de firmar un testamento, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de octubre de 1989. Puede verse en FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Los testamentos*, Granada, 2000, p. 272.

(148) En el “Comentario al artículo 697 del Código Civil”, dentro de la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1768. Esta opinión, reforzada por las STS de 4 de enero de 1952 y 31 de enero de 1964, tiene una aceptación unánime.

(149) En *Revista de Derecho Notarial*, 1953, p. 351.

(150). El supuesto tiene su complejidad por la dificultad que presenta encontrar una solución justa: de un lado, y en contra de la validez de un testamento que se haya otorgado bajo tales circunstancias, está el carácter eminentemente formal que tiene este negocio jurídico, especialmente ante la posibilidad de que una declaración falsa para no estampar la firma –pudiendo hacerlo– signifique un rechazo de su contenido; pero, de otro, también se puede argumentar, y los notarios lo saben en la práctica, que hay personas que pueden llegar a proferir dicha manifestación por motivos distintos (como por ejemplo, haber perdido el hábito de firmar tratándose de personas mayores). En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha seguido en pronunciamientos posteriores ratificando la doctrina de esta sentencia de 1952: así, la sentencia de 10 de noviembre de 1973 insiste en que si el testador sabe y puede firmar, ha de hacerlo necesariamente, por así disponerlo de modo imperativo el párrafo 1.º del art. 695; y más recientemente, tiene mucho interés el análisis que de su propia doctrina hace el Tribunal en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia de 16 de junio de 1997 (151).

Testamento del ciego

Tras la reforma de 1991 el testamento de la persona ciega está equiparado al supuesto ya visto de testador que no sabe o no puede leer el testamento, exigiendo como única especialidad la concurrencia de dos testigos (art. 697.2), que firmarán en el acto. Si el testador sabe y puede, lo firmará también. Obsérvese, como en el caso anterior, que el 697.2.º no prescribe que los testigos tengan que leer el testamento,

(150) Puede verse un comentario extenso, con el resumen de las posiciones favorables y críticas, en RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, pp. 96-102. Se trata, por otro lado, de reiterada jurisprudencia: STS 4 enero 1952; STS 16 febrero 1956; STS 31 enero 1964; STS 27 septiembre 1968; STS 4 mayo 1977. Complementariamente *vid.* ROCA SASTRE, R.: "Firma del testador. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1952", *Estudios sobre Sucesiones*, 1, Madrid, 1981, pp. 123 ss. BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, G.: *Comentario del Código Civil*, 4, (AAVV, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), Barcelona, 2000, pp. 370 ss.

(151) Al respecto, RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, 1, Dykinson, Madrid, 4.ª ed., 2009, pp. 221 ss.

aunque parece procedente por los mismos motivos que les sea ofrecida (152). La doctrina viene entendiendo, al amparo de la STS de 12 de abril de 1973, que para que sea de aplicación el régimen legal no se exige que la ceguera sea total y absoluta, sino que basta que la capacidad visual esté disminuida hasta el extremo de impedir una percepción visual suficiente del acto de otorgamiento (153). En dicha sentencia se discutía si la observancia de las formalidades legales provocaba nulidad, pues no era total la ceguera del testador, y frente a los motivos del recurrente y aceptado por el Tribunal de instancia que el testador sufría un defecto que le impedía visualizar el texto escriturado, el Supremo declaró que para la válida aplicación de las formalidades exigidas en el otorgamiento del testamento abierto por un ciego no es necesario que la ceguera sea total y absoluta, sino que basta que la lesión o el defecto alcance grado suficiente para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente la caractericen.

Las personas ciegas no pueden hacer testamento cerrado conforme al art. 708 ya visto (154). En cuanto al testamento ológrafo, si sabe escribir y firmar, la doctrina viene entendiendo que, puesto que el Código no se lo prohíbe expresamente, y siempre que se haga con caracteres alfabéticos que individualicen a su autor (se excluye el método Braille) (155), el testamento será válido (156). No es, con

(152) *Supra* n. 145.

(153) BLANQUER UBEROS, R.: *Comentario del Código Civil*, 1, p. 1769. RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, 1, pp. 180 y 181.

(154) De *inhabilitación natural* habla C. LASARTE en *Principios de Derecho Civil. VII. Derecho de Sucesiones*, 6.ª ed., Marcial Pons, 2010, p. 72.

(155) El problema que plantea el método Braille es que se trata de una escritura mecánica y presenta la dificultad –casi la imposibilidad– de identificar a su autor. Sobre la no idoneidad de la escritura del sistema Braille, TORRES GARCÍA, T.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. 1.º-A, pp. 403 y 404. JIMÉNEZ PARÍS, T. A./JIMÉNEZ PARÍS, J. M.: “La escritura en el testamento ológrafo. Particular referencia al Derecho francés”, RJN, 67 (julio-septiembre 2008), pp. 231 ss.

(156) Una posición doctrinal que es antigua y moderna. Indudablemente, como escribía M. TRAVIESAS, no pueden exigirse más garantías que las que la ley señala, y esta al ciego le prohíbe el testamento cerrado, pero no el ológrafo (en *El testamento*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 84 y 85). Así lo entendía también OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, p. 113. En la actualidad ha sido mantenida esta misma postura, v. gr., por GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*,

todo, una opinión unánime (157), y lo cierto es que siempre existiría el peligro de que el testamento sea suplantado.

Testamento del enteramente sordo

Cuando el testador sea *enteramente sordo* (158), el testamento solo estará sujeto a una formalidad especial cuando el disponente, además, no sepa o no pueda leer, pues sabiendo y pudiendo hacerlo, el testador (sordo) lo leerá y podrá expresar su conformidad con el contenido; el testamento no tendrá ningún otro requisito especial salvo el hacer constar en este que el testador lo ha leído por sí mismo (159). Lógicamente se requiere que el testador lea el testamento ante el notario de manera perceptible para que, como es praxis en la profesión, el notario pueda formarse la convicción de que el testador conoce el testamento. Si el notario llegara a estimar que un testador enteramente sordo no sabe o no puede leerlo (a pesar de que lo intente) (160), tendrá que ajustarse al procedimiento que seguidamente expondremos.

tomo IX, vol. 1.º-B, p. 162 y TORRES GARCÍA, T.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. 1.º-A, pp. 401 ss. Esta última autora precisa que “*el testamento ológrafo, una vez otorgado, tiene iguales garantías de autenticidad si el otorgante es ciego como si no lo es, pues... el reconocimiento que hagan los testigos será sobre si la letra con que está escrito y la firma corresponden al autor de la declaración de voluntad y que al mismo tiempo lo ha de ser del documento*” (p. 403).

(157) A este respecto, JIMÉNEZ PARÍS, T. A./JIMÉNEZ PARÍS, J. M.: “La escritura en el testamento ológrafo”, p. 234, n. 111. Puede verse asimismo la argumentación en contrario de PUIG BRUTAU y ROCA SASTRE en RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, 1, p. 366.

(158) *Vid. supra* n. 133. Las personas que solo padecen discapacidades auditivas pueden otorgar testamento con normalidad.

(159) RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, 1, pp. 181 y 182. Con independencia, por lo demás, de que, si pudiendo leer, no sabe o no puede firmar, se aplicaría el último párrafo del art. 695 y firmaría a su ruego uno de los dos testigos que por esta razón deberán concurrir.

(160) Para el enteramente sordo, la lectura del testamento realizada en voz alta por el notario que prescribe el art. 695 para que pueda prestar su conformidad, no tiene, puesto que no puede oírla, ninguna relevancia. Así que ha de leerlo personalmente, y si no sabe o no puede, tendrán que entrar en juego las garantías del párrafo segundo del 697.2 CC.

Conforme al segundo párrafo del art. 697.2 del Código, “*si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coinciden con la voluntad manifestada*”. Han de ser los testigos, pues, los que después de leerlo declararen su coincidencia con la voluntad manifestada del testador (lo que requiere que los testigos conozcan cuál es la voluntad del testador antes de la lectura) (161), garantizando que existe identidad absoluta entre esta y el testamento redactado (162). Como se ha puesto de manifiesto por algún sector doctrinal, la función de los testigos en estos testamentos tiene mayor relevancia, pues son los que deciden si está redactado con arreglo a la voluntad del testador. Por razones prácticas, el testador debería designar a los testigos entre personas de su total confianza. En esta línea de pensamiento, BURGOS PÉREZ DE ANDRADE considera que se trata del único caso en que existe una verdadera excepcionalidad en el otorgamiento del testamento abierto (163).

De entre los restantes testamentos comunes, el enteramente sordo podrá hacer testamento ológrafo si sabe escribirlo todo él, y así lo hace, y testamento cerrado siempre y cuando sepa y pueda leer (art. 708).

Testamento de quien no puede expresarse verbalmente, pero sí escribir

Vamos a referirnos, a continuación, a aquellas personas que, con arreglo a la terminología legal actual, no pueden expresarse verbalmente, pero sí escribir. El Código establecía antes de la reforma unas peculiaridades para cuando el testador era sordomudo o para cuando no podía hablar pero sí escribir. La Ley de 1991 ha suprimido del texto la mención que se hacía al sordomudo, quizá por la razón de que el efecto de su discapacidad no le permite *expresarse verbalmente* (164).

(161) Al respecto RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, p. 81.

(162) Adviértase la diferencia con el antiguo art. 697 CC, que preveía la designación de dos personas para que lo leyeran en su nombre, siempre en presencia de los (tres) testigos y del notario.

(163) En *Comentario del Código Civil*, 4, p. 379.

(164) Al mismo tiempo, en la actualidad se evitan términos que, aunque tradicionales, parecían fijarse únicamente en el defecto físico padecido por la persona. Así, hoy es habitual emplear expresiones como *personas con*

Este giro, señala PUIG FERRIOL, quiere indicar que el testador no puede comunicar a los demás de forma oral su voluntad de manera inteligible (165). De ahí que no se encuentre en esta situación, como señala BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, quien por efecto de una enfermedad ha perdido parte de la voz pero conserva todavía los medios de expresión oral suficiente para ser inteligible (166). Sin embargo, eso no significa que el notario pueda considerar suficiente que el testador se limite a asentir a preguntas formuladas por otras personas o por él mismo.

Sabiendo, pues, escribir, el procedimiento para hacer testamento cerrado se encuentra en el art. 709, que exige dos requisitos especiales relacionados precisamente con la escritura: en primer lugar, que el testamento ha de estar firmado por el testador (recuérdese que antes de la reforma tenía que estar también escrito por él); y en segundo, y como mayor garantía, que el testador debe escribir en la parte superior de la cubierta que *"dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él"*. La exigencia de que lo escriba en presencia del notario constituye el medio por el que se suple la imposibilidad de poder manifestarle de palabra su voluntad. De ahí que en aquellos casos en que el testador no sabe escribir ni puede hablar, las posibilidades de poder transmitir su voluntad *mortis causa* sean prácticamente inexistentes, cerrándole la posibilidad de hacer testamento. Ahora bien, desde hace ya algún tiempo se ha desarrollado, y de una manera extraordinaria, una forma de expresión para aquellas personas que no pueden oír ni hablar: *el lenguaje de los signos* (167), con el que pueden entenderse de un modo efectivo con

discapacidad intelectual, personas con discapacidad auditiva, personas con discapacidad visual... También desde el plano legislativo: recientemente el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de *adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (BOE de 17 de septiembre de 2011, pp. 98872 ss.), ha reformado el apdo. 1 del art. 182 del Reglamento Notarial, indicando que son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en las escrituras *"las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere"* (BOE cit., p. 98876).

(165) En el comentario al artículo 709, en la obra colectiva *Comentarios a la reforma del Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 1993, p. 1132.

(166) En *Comentario del Código Civil*, 4, p. 423.

(167) En el plano legislativo la *lengua de signos* ha sido definida por la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de sig-

quienes igualmente lo conocen. Hoy día esos signos verdaderamente constituyen el lenguaje natural de las personas sordomudas. Así que abordamos, para terminar el estudio, su posible utilización en el testamento del sordomudo que puede comunicarse mediante este lenguaje.

Testamento del sordomudo que no sabe leer ni escribir

Hay que empezar por señalar, en primer lugar, que conforme al art. 708, el sordomudo que no sabe leer tiene incapacidad absoluta para otorgar testamento cerrado. De forma que el debate se circunscribe exclusivamente a si estas personas, en el momento actual, pueden otorgar testamento abierto, el único que podría estar a su alcance. Y se trata de una cuestión muy debatida en la doctrina. Pese a que el Código no se refiere de forma literal al sordomudo, de la letra del art. 695 CC, que indica que *"el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario"*, no parece posible que puedan otorgar tampoco esta forma testamentaria, pues carecen de la facultad de expresar inequívocamente ni su voluntad ni la conformidad con el testamento ya redactado. Más que tratarse de un obstáculo legal, es un impedimento de hecho (168). De ahí que una primera posición, valorando la imposibilidad en que se encuentran estas personas para expresar su voluntad y poder ser correctamente entendidos, así como por el peligro de que se produjeran abusos, considera que no tienen capacidad para otorgar testamento.

Pero como ha puesto de manifiesto RIVAS MARTÍNEZ (169), existe hoy en la doctrina y en la praxis notarial una orientación favorable y sensible para que estas personas puedan otorgar, con una serie de garantías, testamento abierto; porque efectivamente no se trata de

nos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, en su art. 4.a, en el siguiente sentido: "son las lenguas o sistemas lingüísticos de carácter visual, espacial, gestual y manual en cuya conformación intervienen factores históricos, culturales, lingüísticos y sociales, utilizadas tradicionalmente como lenguas por las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas signantes en España".

(168) GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX, vol. 1.º-B, pp. 141 y 147.

(169) RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, 1, pp. 139 y 440 ss.

incapacidad, sino de imposibilidad material de llevarlo a cabo. Esta posición más permisiva permitiría testar a un sordomudo en aquellos casos en que, teniendo capacidad, pudiera llegar a expresar con claridad su pensamiento por medio de signos (170) que, con el auxilio y asistencia de un técnico o intérprete de signos (171) presente en el acto, lleguen a ser comprensibles para el notario y los testigos, de suerte que todos puedan quedar perfectamente enterados de cuál es su voluntad. La intervención de este técnico, conocedor del lenguaje especial de los sordomudos, serviría de conexión entre el testador y el notario y los testigos. Se trata de una orientación que puede considerarse mayoritaria en la doctrina y encuentra, asimismo, una base fundamentada en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de septiembre de 1987, que no se trataba de un recurso gubernativo, sino de una consulta referida a la capacidad de prestar consentimiento en general, en un supuesto en el que el sordomudo, no sabiendo leer ni escribir, podía comunicarse a través de un técnico en el lenguaje oficial de los signos.

Concluimos. Esta última posición, que lógicamente exige que el notario no llegue a tener ninguna duda de que el intérprete ha podido conocer la voluntad del testador y transmitírsela, es la más acorde con los principios rectores actuales en materia de capacidad de las personas. Pero es que, también, es la más acorde a la realidad social, en que hay una especial sensibilidad para lograr la integración plena de las personas con discapacidades auditivas o de otra especie, que se esfuercen por conseguir una vida familiar y laboral plena. Los progresos técnicos favorecen la defensa de este tipo de soluciones (172).

(170) De *mímica* hablaba ya hace muchos años y a favor de la testamentifacción de estos discapacitados ALBI AGERO: "Testamentifacción activa del sordomudo que no sabe leer ni escribir", *Revista de la Universidad de Oviedo*, 1942, pp. 39 ss.

(171) La anteriormente mentada *Ley 27/2007, de 23 de octubre*, contiene una definición del intérprete de signos en su art. 4.º, del que dice que se trata de un *"profesional que interpreta y traduce la información de la lengua de signos a la lengua oral y escrita y viceversa con el fin de asegurar la comunicación entre las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, que sean usuarias de esta lengua, y su entorno social"*.

(172) De hecho, en la práctica no es infrecuente que el sordomudo adquiera una vivienda financiada con un préstamo hipotecario cuyo alcance obligacional el notario, con la imprescindible asistencia del intérprete designado, le hará saber.

DERECHOS Y GARANTÍAS DEL CIUDADANO EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL (*)

Alfonso Cavallé Cruz
Notario

SUMARIO

- I. LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y ADAPTACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
- II. PUNTUALIZACIONES CONCEPTUALES
 - 1. La inscripción es un derecho
 - 2. La función registral: fin y medios
 - 3. Los Registros de la Propiedad y Mercantil forman parte de la Administración
 - 4. El Registrador está sometido a jerarquía
 - 5. La calificación es un acto administrativo
 - 6. El procedimiento registral es un procedimiento reglado
- III. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL CIUDADANO
 - 1. Derecho a una calificación motivada
 - 2. Derecho a la calificación por escrito
 - 3. Derecho a una calificación unitaria
 - 4. Derecho a la seguridad jurídica en el procedimiento registral

(*) Este trabajo fue elaborado como ponencia para presentar en el III FORO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, los días 16 y 17 de junio de 2011, en Jujuy, Argentina, cuya celebración fue suspendida por las cenizas del complejo volcánico chileno Puyehue-Cordón Caulle.

Se ha publicado en el *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* número 1, segunda época, año 2012, páginas 101-125, editado por el Consejo General del Notariado.

I. LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y ADAPTACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En los modernos Estados de derecho la evolución del procedimiento administrativo, desde la Ley austriaca de Procedimiento de 1925 hasta el presente, se ha caracterizado por una doble tendencia o propósito: el aumento del catálogo de los derechos, que incrementa las garantías y refuerzan la posición jurídica del ciudadano frente a la Administración, y por la búsqueda de la mejora de la calidad y eficacia del ejercicio de la función administrativa.

En España, el hito fundamental lo constituye la Constitución española (CE) de 1978 y, corolario de la misma, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que, como indica su exposición de motivos, pretendía que el marco regulador del régimen jurídico de las Administraciones Públicas fuera objeto de una adaptación normativa expresa que lo configurase de forma armónica y concordante con los principios constitucionales. Estas adaptaciones han alcanzado en España a los abundantes procedimientos especiales regulados por normas estatales o de las Comunidades Autónomas.

La naturaleza del procedimiento registral ha sido materia de debate. Se discutía si era un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, de jurisdicción voluntaria o administrativo. La discusión teórica, como no podía ser de otro modo, tuvo consecuencias prácticas, ya que la naturaleza del procedimiento determina su régimen jurídico. La indefinición teórica en cuanto a la naturaleza del procedimiento registral contribuyó en España, hasta fechas relativamente recientes, a que su régimen jurídico haya estado anclado en tierra de nadie, lo que retrasó su reforma. Durante ese período de indefinición, y entre tanto se abordó su reforma, la falta de un mínimo de garantías hizo posible patologías perjudiciales para el ciudadano, como las calificaciones verbales, los actos sin sujeción a formalidades, la ausencia de un procedimiento exigible, la posibilidad de calificaciones extemporáneas, sucesivas o incluso contradictorias respecto de un mismo documento, ya que, en base a una supuesta independencia, la calificación quedaba al albur del criterio de cada Registrador.

Desde el punto de vista legislativo, la polémica sobre la naturaleza del procedimiento registral puede considerarse superada. En Es-

paña a comienzos del siglo ^{XXI}, con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) se *"administrativizó claramente el procedimiento registral y, todo ello, como consecuencia de los pronunciamientos judiciales de la Sala Tercera del Tribunal Supremo respecto de las modificaciones introducidas en el Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Si algo pusieron de manifiesto dichas Sentencias –esencialmente las de 22 de mayo de 2000 y 31 de enero de 2001– es que el procedimiento registral estaba huérfano de garantías respecto de la relación entre el administrado y los registros, extendiendo tal ausencia de garantía, incluso, al procedimiento de recurso y resolución de esta Dirección General"* (Cfr. Res. de 10 de noviembre de 2006). Para la DGRN el procedimiento registral, como no puede ser de otro modo, es *"un procedimiento de tipo administrativo, sujeto a algunas especialidades por razón de la materia que constituye su objeto"* y en consecuencia sujeto a *"las mismas garantías y requisitos"* que el procedimiento administrativo (cfr. Res. de 27 de febrero de 2011, entre otras). La consideración del procedimiento registral como administrativo tiene importantes consecuencias prácticas, pues aclara cuál es la situación jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con los Registros de la Propiedad y Mercantiles, al reconocerles a aquéllos una serie de concretos derechos públicos subjetivos y facultades.

El procedimiento registral tiene el dudoso honor de ser el último en España que inició su adaptación a los principios constitucionales. La regulación del procedimiento registral ha tardado más de dos décadas en adaptarse al marco democrático consagrado en la Constitución de 1978. Como decía la Res. de 1 marzo de 2006: *"promulgada la Constitución y reconocidos los principios de tutela judicial efectiva (cfr. artículo 24) y el tratamiento común eficiente y justo a los administrados (cfr. artículo 149) no puede el procedimiento registral quedar al margen de tales principios. A su adecuación se orienta nuestra moderna legislación, sirviendo como ejemplos de ello la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y la 62/2003, de 30 de diciembre, o la más reciente 24/2005, de 18 de noviembre"*. En ese mismo sentido, entre otras, la Res. de 24 de septiembre de 2005, según la cual *"las innovaciones introducidas en el procedimiento registral (...), tuvieron por objeto la aplicación a dicho procedimiento de las mínimas garantías que cualquier administrado ha de disfrutar"*

frente a una Administración cuando se relaciona con ella". O, como señalaba la Res. de 6 de mayo de 2010, una de las razones de la promulgación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, fue "*inyectar en el sistema registral garantías propias de un procedimiento administrativo*". Y, entre otras, esta última resolución mencionaba expresamente las siguientes garantías:

- *calificación por escrito*, con lo que ya no caben las calificaciones verbales;
- *carácter unitario de la calificación*, es decir, la improcedencia de las calificaciones sucesivas de un mismo título;
- *tempestividad de la calificación*, por lo que ha de hacerse de forma completa y en plazo;
- *consideración de acto administrativo*, lo que implica que la calificación se sujete a la estructura propia de acto administrativo. Así, que se exprese ordenada en hechos y fundamentos de derecho y con pie de recurso (párrafo segundo del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria);
- *motivación de la calificación negativa*, de modo igual al que, para los actos administrativos, dispone el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No es admisible "*la devolución, sin más, del título*" (Cfr. Res. 10 noviembre 2006);
- *la notificación de la calificación*, que ha de hacerse en los términos de lo dispuesto en dicha Ley (artículos 58 y 59);
- y, en suma, el Registrador ha de *sujetarse a un procedimiento predeterminado*, cuyo cumplimiento pueda serle exigido, "*que otorgue garantías a quien presenta un título sujeto a inscripción*" (Cfr. Res. 10 noviembre 2006).

A pesar de la evidente necesidad y conveniencia de la reforma y de su notable retraso, la aplicación práctica de la reforma no ha sido fácil, como lo demuestra el abundante número de resoluciones de la DGRN que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/2001, han sido necesarias para hacer frente a quienes no querían la reforma y a la inercia de permanencia de la deficiente situación anterior. Estas resoluciones han creado una fundamental e importante doctrina sobre el procedimiento administrativo registral.

II. PUNTUALIZACIONES CONCEPTUALES

A la luz de algunas de las mencionadas resoluciones, y sin ánimo exhaustivo, citaré varios de los derechos y garantías que hoy se reconocen en España al ciudadano en el procedimiento registral, que son congruentes con los principios propios de un Estado social, democrático y de derecho que proclama la constitución española de 1978. Pero antes conviene hacer algunas puntualizaciones conceptuales:

1. LA INSCRIPCIÓN ES UN DERECHO

Las nuevas Resoluciones hablan de "*derecho esencial de los ciudadanos al acceso de su título de propiedad al Registro*" (cfr. Res. 7 de enero de 2009 y, entre otras, en el mismo sentido la Res. 6 de julio de 2004). El Registrador es el funcionario encargado de velar por la realización de este derecho, y el procedimiento por medio del cual se hace efectivo es el procedimiento registral. Esta nueva concepción de la inscripción tiene una importante consecuencia: la negativa a inscribir ha de estar justificada. El Registrador, por su carácter de funcionario, al igual que el Notario –art. 3 Ley Orgánica del Notariado (LN)–, tiene una obligación de prestación de las funciones requeridas, siendo falta grave la negativa injustificada a su prestación –art. 313, B, b, Ley Hipotecaria (LH). No olvidemos que la denegación del asiento solicitado supone un "*evidente perjuicio a los otorgantes del título y al mismo notario autorizante*" (Cfr. Res. 10 noviembre 2006).

2. LA FUNCIÓN REGISTRAL: FIN Y MEDIOS

Las instituciones se crean para dar cumplimiento a unos fines, su objeto, que justifican su existencia. Como claramente dice el art. 1 de la LH: "*el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*", que "*deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes*", como establece el art. 3 de la LH. Así, el fin u objeto del Registro es inscribir y dar publicidad de lo inscrito. Esta idea, que por su simpli-

cidad parece obvia y clara, en las dos últimas décadas ha quedado oscurecida por algunas doctrinas que han sobredimensionado un medio destinado a ese fin: la calificación. Estas teorías, al convertir el medio en fin, olvidan que el Registrador es el funcionario al que se encomienda el servicio destinado a atender los derechos del concreto ciudadano, con nombre y apellidos, que solicita inscribir su título o que pide publicidad, para difuminar las obligaciones del Registrador poniendo el acento únicamente en el interés de unos terceros abstractos e indeterminados. No olvidemos que este aspecto, común a todos los funcionarios sujetos al principio de legalidad, no es incompatible con los derechos y garantías que el ordenamiento reconoce al ciudadano, por lo que no puede ocultar el servicio singular que se le encomienda a todo servidor público. La sociedad demanda del Registro, de cualquier oficina pública, un servicio eficaz y eficiente. El ciudadano concreto, cuando acude al servicio público registral, no va con la motivación o deseo de que le califiquen un documento, por muy importante, necesario y conveniente que sea este trámite, sino que acude a obtener un resultado: o bien para obtener la inscripción de su título y con ello disfrutar de las garantías que le da la inscripción; o bien para obtener información, publicidad formal, que le dé seguridad. Cuando el ciudadano presenta el título documental en el Registro está demandando su *derecho a la inscripción*. Iniciado el procedimiento, y antes de llegar al resultado pretendido por el ciudadano, el funcionario tendrá, entre otros actos previos, que calificar el documento presentado y comprobar que es inscribible. La calificación sólo es un *iter* del procedimiento registral, *"es la actuación jurídica previa por la que el registrador decide si el título y el acto o negocio jurídico que documenta accede al Registro"* (Cfr. R. 10 noviembre 2006). Lo mismo puede predicarse de la actividad del Notario, cuyo objeto es autorizar el instrumento público, siendo el asesoramiento y el control de legalidad requisitos previos, pero no un fin.

Y, para no errar en el resultado, no debe olvidarse que los medios están para servir a los fines, y no a la inversa.

Los fines son los que dan sentido a las instituciones y a los que éstas han de aplicar sus principales esfuerzos, lo que se traducirá en mayor eficacia y mejor servicio. Por ello, las teorías que sobredimensionan la calificación no son inocuas, ni inocentes. En base a ellas se ha pretendido impedir la aplicación de principios básicos,

como los de jerarquía o uniformidad, tan importantes para la efectividad de la seguridad jurídica y de los derechos del ciudadano en el procedimiento registral. Pero sobre todo han sido el origen de importantes patologías, que la realidad ha puesto en evidencia, como por ejemplo:

— Las calificaciones excesivas. El aumento de las calificaciones excesivas y entorpecedoras del tráfico jurídico, que ocasionan una *"reiteración de trámites costosos e innecesarios y que no proporcionan garantías adicionales"* (Cfr. Resolución de 16 de octubre de 2010). En este punto me remito a los trabajos de ROMERO-GIRÓN, en los que examina un importante cúmulo de resoluciones sobre calificaciones, llegando este autor a la conclusión de que *"la calificación registral está suponiendo un entorpecimiento del tráfico jurídico y se ha convertido en un problema social"* (1).

— Duplicidades y solapamientos. La extensión de la calificación, más allá de sus límites naturales o legales, es causa de duplicidades y solapamientos entre la función Notarial y Registral. La existencia de estas duplicidades y solapamientos quedó reconocida incluso en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE) con la publicación de la ORDEN PRE/2424/2008, de 14 de agosto, por la que se da publicidad al acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008, sobre medidas de reforma estructural y de impulso de la financiación de las pequeñas y medianas empresas.

— Pérdida de autonomía de la voluntad. Otra consecuencia de los excesos en la calificación es la restricción de la autonomía de la

(1) En las resoluciones estudiadas por este autor, la DGRN llega a hablar de: "cúmulo de dificultades artificiales"; "defectos, omisiones o errores irrelevantes"; "exceso de rigor en los formalismos"; "errores o erratas fácilmente interpretables por la calificación conjunta del documento"; "errores irrelevantes"; *"exigencia de requisitos o documentación innecesaria"*; no se puede "negar la naturaleza de la función notarial o asumir sus competencias"; "ampliación abusiva del ámbito de la calificación"; que "la calificación no se extiende a cuestionar la legalidad o validez de las normas legales"; que no puede "poner en tela de juicio las afirmaciones del juez"; que no puede consistir en "conjeturas o presuposiciones sobre la verdadera voluntad de las partes", etc. ROMERO-GIRÓN DELEITO: "La cuestión de los decimales en la calificación registral", en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2006, núm. 5; "La calificación registral, ¿un problema social?", *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2006, núm. 6; "La calificación registral, ¿un problema social? II", *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2006, núm. 9.

voluntad, principio básico de la contratación, fundamental para el desarrollo y progreso de la sociedad, y una importante manifestación concreta de un Derecho fundamental: la libertad (arts. 1 y 10 de la CE).

— También ha conllevado el descuido o postergación del fin institucional de dar publicidad, como queda evidenciado por el incumplimiento en adaptar la publicidad formal a las nuevas tecnologías, como exigen las Leyes 24/2001 y 24/2005.

— Asimismo han supuesto las referidas calificaciones exageradas, una dificultad práctica para la aplicación ágil e inmediata de muchas reformas. El último ejemplo lo tenemos con la aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 diciembre, que creó un procedimiento de constitución telemática de sociedades, que se vio en la práctica entorpecido por calificaciones basadas en interpretaciones literalistas, contrarias a los más elementales principios hermenéuticos, en especial al espíritu y finalidad de la norma, que hicieron necesaria la Instrucción de 18 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, "*habida cuenta de los problemas surgidos*" en la aplicación del Real Decreto-Ley.

— También el desenfoque, en cuanto a la extensión de la calificación, ha contribuido al retraso y resistencia a la adaptación del procedimiento registral a los más elementales principios constitucionales, que han de regir el procedimiento registral.

3. LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL FORMAN PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

En España, los Registros dependen jerárquicamente del Ministerio de Justicia y los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. art. 259 LH), a la que corresponde *la organización, dirección, inspección y vigilancia de las funciones de la fe pública notarial y las de naturaleza registral en las materias de la propiedad, bienes muebles y mercantiles* (cfr. art. 9.e. del Real Decreto 1203/2010, de 24 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia). Las relaciones del ciudadano frente al Registro deben ser análogas y equiparables a las que puede tener frente a cualquier Administración Pública, por lo que el usuario de los servicios registrales ha de disfrutar de los mismos derechos y

garantías en el procedimiento registral. La DGRN en Res. de 24 de septiembre de 2005:

— reconoce que *"los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, son Administración"*;

— afirma que el procedimiento registral ha de tener las *"mínimas garantías que cualquier administrado ha de disfrutar frente a una Administración cuando se relaciona con ella"*;

— y, como no podría ser de otro modo, que el Registrador es *"un funcionario público que presta una función pública"*.

4. EL REGISTRADOR ESTÁ SOMETIDO A JERARQUÍA

Los Registradores son funcionarios públicos sujetos a la jerarquía de la DGRN (artículo 274 de la Ley Hipotecaria), titulares de una oficina pública (artículo 259 de la misma Ley Hipotecaria) dependiente del Ministerio de Justicia, a través de la DG. Esa dependencia personal y funcional tiñe de carácter jurídico público al procedimiento registral y a los actos dictados en su seno por el Registrador, que, conforme al art. 103.1 de la CE, han de servir con objetividad a los intereses generales y actuar de acuerdo con el principio de jerarquía, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

5. LA CALIFICACIÓN ES UN ACTO ADMINISTRATIVO

La calificación del Registrador es propiamente **un acto administrativo**. Como dice la Res. de 24 de septiembre de 2005, *"es evidente el paralelismo existente entre dicho artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y, por ejemplo, los artículos 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 103.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria"*. Y en consecuencia, a la hora de calificar, se han de dar *"las mismas exigencias que pesan sobre cualquier órgano administrativo cuando dicta un acto administrativo"* (Res. 24 de septiembre de 2005).

6. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL ES UN PROCEDIMIENTO REGLADO

Como señala la Res. de 6 de mayo de 2010, *"en un procedimiento reglado, como es el registral, la decisión del Registrador acerca*

del destino del título que se presenta debe ajustarse a las normas establecidas en garantía de los interesados en la inscripción". (Cfr. los artículos 18, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria). Por tal razón:

- al procedimiento registral se le aplican los principios propios del procedimiento administrativo;

- los ciudadanos han de gozar frente al Registro de los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo;

- los Registradores, por el principio de legalidad, deben actuar en el ámbito de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, con respeto a las Leyes, sin que puedan extender sus facultades más allá de lo que les permite la Ley;

- la actuación del Registrador, en beneficio del ciudadano, queda sujeta a los principios de impulso de oficio, celeridad y eficacia. Como reconoce la Res. de 27 de febrero de 2008: *Iniciándose el procedimiento registral, el Registrador, "como sucedería en cualquier otro procedimiento administrativo, debe impulsar de oficio todos y cada uno de sus trámites (artículo 74.1 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"*. Y conforme al art. 75.1 del mismo texto, que deberá acordar "en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo";

- la calificación, al igual que otros trámites, también le serán aplicables principios básicos como los de uniformidad y predictibilidad, de tal modo que el ciudadano pueda prever cuál será el resultado final, sin que éste pueda quedar al arbitrio de cada funcionario.

En este punto conviene poner de relieve algunas singularidades del procedimiento registral:

- a) La primera, y tal vez la fundamental, es que es un procedimiento que viene precedido de otros anteriores –notarial, judicial o administrativo–, que cuenta con sus formalidades, requisitos, efectos, reglas y garantías. Estos procedimientos previos no pueden ser ninguneados o soslayados en el procedimiento registral, ya que la finalidad de este último es precisamente inscribir, para dar publicidad, con los efectos derivados de la misma, a las resoluciones nacidas de aquellos procedimientos precedentes y que quedan plasmadas en los títulos públicos que se presentan al Registro

(art. 3 LH). Estos títulos proceden de funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus funciones, sujetos al principio de legalidad. En gran medida las calificaciones excesivas tienden a ningunear estas fases anteriores, lo que supone un perjuicio para el ciudadano, al duplicar trámites, y son fuente de inseguridad jurídica.

b) Por razones de seguridad, congruencia y economía, el procedimiento administrativo registral no tiene por objeto repetir las pruebas y trámites realizados en los procedimientos anteriores notariales, judiciales o administrativos, como si no hubieran existido. La finalidad del procedimiento registral no es reiterar trámites, ni extralimitar la calificación hasta el punto de cuestionar los procedimientos anteriores, sino precisamente dar publicidad y reforzar los efectos de las resoluciones derivadas de los procedimientos anteriores cuyo resultado figura en los títulos públicos presentados a inscripción. Lo contrario sería una redundancia, un solapamiento de funciones, para las que el procedimiento registral carece de medios, requisitos y garantías, y un desorden generador de desconfianzas y suspicacias respecto de otras instituciones dignas de toda consideración y respeto, como las instituciones judiciales, notariales o administrativas. Por ello, la calificación queda limitada a apreciar las cualidades del documento para determinar si, por su forma y contenido, es válido para acceder al Registro. Por tal razón, la calificación, desde el punto de vista de los medios, ha de limitarse al título presentado y a los asientos del Registro (art. 18 LH).

III. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL CIUDADANO

Hechas las anteriores precisiones, pasamos a ver brevemente, y sin ánimo exhaustivo, algunas garantías que en la última década se han ido reconociendo como derechos a los ciudadanos, aproximando el procedimiento registral a los valores y principios reconocidos en la CE.

1. DERECHO A UNA CALIFICACIÓN MOTIVADA

Si reconocemos al ciudadano el derecho a la inscripción de su título, la calificación negativa, en tanto que implica una negación

o privación de un derecho subjetivo, necesariamente ha de estar motivada. Un paso fundamental, como veíamos, en la actualización del procedimiento registral, y su adecuación a los principios constitucionales, vino con el párrafo segundo del art. 19 bis, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de septiembre, que para el caso de calificación negativa, es decir, la negación del derecho del ciudadano a la inscripción, establece claramente que la calificación *deberá ser firmada por el Registrador, y en ella habrán de constar las causas impositivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente.*

La motivación ha de ser tempestiva y suficiente. Siguiendo a la citada Res. de 24 de septiembre de 2005:

— La *tempestividad* de la motivación se engarza de modo natural con la prohibición de la indefensión. La tempestividad significa que el único momento en que el Registrador debe exponer la totalidad de sus argumentos es el de la calificación, sin que pueda retrasarlo a un trámite posterior, a fin de respetar el derecho del ciudadano a conocer desde el primer momento por qué se deniega el acceso del hecho, acto o negocio jurídico al Registro y poder reaccionar adecuadamente contra la decisión del funcionario, si entiende que la misma es contraria a Derecho.

— El segundo requisito que ha de tener la motivación es su *suficiencia*. Por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando los artículos 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, y 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la motivación y su suficiencia es exigible a toda Administración (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero y 23 de abril de 1990 y 13 de junio 1997) y es necesaria para el debido conocimiento de los interesados y para la posible defensa de sus derechos; y la misma debe darse con la amplitud necesaria para tal fin. De otro modo, se abandonaría a dicho interesado en la manifiesta indefensión que está proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución, también

extensivo a las resoluciones administrativas (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 noviembre 1986, 4 noviembre 1988 y 20 de enero de 1998, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional número 36/1982, de 16 de junio). Sin que quepa como medio de motivación la utilización de fórmulas convencionales, o la simple invocación al interés público o general o, mucho menos, la simple cita de unos preceptos legales sin el acompañamiento de la interpretación –exposición del razonamiento lógico que de ellos hace el órgano que dicta el acto–; pues, en tal caso, existiría una motivación formal o aparente, mas no una motivación material, que es la exigida por el ordenamiento jurídico (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 marzo 1982, 9 junio de 1986 y de 25 de mayo de 1998).

2. DERECHO A LA CALIFICACIÓN POR ESCRITO

La Resolución de 6 de mayo de 2010 y otras anteriores (Res. 1 de marzo de 2006, 31 de enero de 2007, 28 y 29 de septiembre de 2007 y 5 de febrero de 2008, 27 de febrero de 2008) ponían de relieve otra garantía a favor del ciudadano introducida por la reforma de la Ley 24/2001: la necesidad de que exista en todo caso calificación por escrito, haciendo desaparecer las calificaciones verbales, existentes hasta entonces. Sin que sea posible, por mor del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, la existencia de calificaciones no sujetas a requisitos formales. Y ello porque la LRJPAC exige, al regular la forma de los actos (artículo 55), que se produzca “por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”, siendo así que por las consecuencias derivadas de una calificación negativa y su necesario contenido, no podía admitirse este tipo de calificaciones.

3. DERECHO A UNA CALIFICACIÓN UNITARIA

La calificación ha de realizarse en su totalidad, sin que sean posibles las calificaciones sucesivas de un mismo título presentado para la inscripción. Este derecho del ciudadano a que la calificación se haga de forma unitaria viene reconocido en el artículo 258 de la Ley Hipotecaria, que bajo la significativa rúbrica, información y protección del consumidor, en su apartado 5, ordena con rotundidad que la

calificación del Registrador *"ha de ser global y unitaria"*. La Resolución de 6 de mayo de 2010 recordaba que el **carácter unitario** que ha de tener la calificación *"exige que se incluyan en ella todos los defectos existentes en el documento, por lo que no es admisible someter dicho título a sucesivas calificaciones parciales, de suerte que apreciado un defecto no se entre en el examen de la posible existencia de otros en tanto aquél no sea subsanado"*. (Cfr., en el mismo sentido, las de 20 de enero, 1 de marzo y 10 y 13 de noviembre de 2006, 31 de enero de 2007, 21 de mayo de 2008 y 13 de marzo de 2009). Como dice la Res. 27-2-2008, *"la aplicación de los principios ordenadores de todo procedimiento administrativo (artículos 74 y ss. de la LRJPAC) impide que ante una solicitud se exprese por la Administración en diferentes momentos diversos defectos que imposibilitan acceder a lo solicitado"*. Y añade esta resolución, *"si así fuera, el administrado estaría ante una situación de indefensión de facto, pues creyendo que no existe ningún obstáculo añadido para acceder a su solicitud se encontraría que la misma es rechazada en diversos momentos por distintas causas. Por tal razón, el artículo 74.1 de la LRJPAC afirma que el procedimiento administrativo queda sometido al principio de celeridad, añadiendo en lógica conclusión el artículo 75.1 del mismo texto que deberán acordarse «en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo»"*. Las razones son evidentes, ya que como señala la resolución, *"la calificación unitaria beneficia la agilidad del tráfico y su seguridad pues el otorgante del título podrá conocer en su totalidad los defectos que afectan a éste, sin necesidad de haber esperado, como ahora sucede, a nuevas y sucesivas decisiones del funcionario calificador"* (Res. 27-2-2008).

Uno de los supuestos más recurrentes para la no aplicación por algún Registro del principio de calificación unitaria, se ha basado en una interpretación literalista de los artículos 254 y 255 del Reglamento Hipotecario, de la Ley Hipotecaria, para el caso de *falta de liquidación del correspondiente impuesto*. Es, entre otras muchas, el supuesto de hecho de la Resolución de 1 marzo de 2006, que reitera *"que no es admisible someter dicho título a sucesivas calificaciones parciales, de suerte que apreciado un defecto (en estos casos la falta de liquidación) no se entre en el examen de la posible existencia de otros en tanto aquél no sea subsanado"*, para calificar

de modo ulterior aduciendo otros defectos del mismo título una vez subsanado éste (cfr., entre otras: Res. 1 de marzo de 2006, 31 de enero de 2007, 28 y 29 de septiembre de 2007 y 5 de febrero de 2008). Ya que como dice la Res. 27 febrero 2008: *"resulta obvio que a cualquier funcionario público en el ejercicio de su función le está vedado poner de manifiesto en sus actos sólo parcialmente aquellos defectos que impiden acceder a la solicitud u objeto de la pretensión esgrimida por el administrado frente a la Administración"*.

Las normas de procedimiento registral han de interpretarse conforme a los criterios establecidos en el art. 3 del Código Civil, entre ellos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas. Como criterios hermenéuticos señala la Res. 27 febrero 2008, que las normas de procedimiento registral también *"han de ser interpretadas de forma sistemática"* atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (criterio interpretativo al que alude al mencionar los *"medios técnicos actuales"*), en *"sentido favorable al administrado"* y *"no pudiendo admitirse una interpretación literalista que ampare un perjuicio para el interesado"*.

4. DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

En virtud del principio de uniformidad, la Administración tiene que actuar de forma homogénea, estableciendo iguales reglas y requisitos para supuestos de hechos semejantes. Este principio hoy es comúnmente aceptado en las modernas legislaciones. Por poner algún ejemplo en al ámbito iberoamericano, podemos mencionar:

— La legislación Peruana, donde, con carácter general, en el artículo IV numeral 1.14 de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, que dice: La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

— Un ejemplo de su aplicación concreta al procedimiento registral, es el Reglamento de Organización del Registro Inmobiliario (Costa Rica) de 30 de setiembre de 2009, cuando respecto de los Registradores establece en su artículo 4a) que actuarán aten-

diendo a las disposiciones establecidas en la legislación vigente y de conformidad a los criterios de calificación emanados de la Dirección del Registro Inmobiliario.

— O en el Salvador el Reglamento de la Ley de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de 29/04/1986, y tras establecer en su art. 12, que *La calificación será integral y unitaria, debiendo puntualizarse en ella todos los defectos que en ese momento contenga el documento*, establece en el art. 15 que *la Dirección General de Registros, con el fin de garantizar la uniformidad de criterios de calificación, podrá emitir lineamientos de carácter general sobre la aplicación de una determinada norma jurídica. Estas disposiciones serán de obligatorio acatamiento para los Registradores y les serán comunicadas mediante circulares.*

En España, la posibilidad de calificaciones discordantes todavía es un problema real, que atañe a la seguridad jurídica, y que se encuentra pendiente de su plena solución. La existencia y los inconvenientes de este problema han sido reconocidos por el legislador y por la propia Administración. Así, en la exposición de motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, decía que alguna de sus medidas se dirigían a impulsar el mercado hipotecario de préstamos, *"evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa"*. La Instrucción de 12 de febrero de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil, reconocía que la falta de uniformidad en los criterios de calificación afectaba al *"fundamental derecho de los interesados a la seguridad jurídica"* (cfr. artículo 9 de la Constitución).

En España, antes de la reforma del procedimiento registral, eran posibles casos tan extremos como que se dieran calificaciones discordantes en una misma oficina, incluso respecto de un mismo documento. Con la reforma 24/2005 se dio respuesta a esta llamativa situación, evitando que en un mismo Registro idénticos documentos pudieran recibir diferente calificación. Hoy el artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece que *"si un Registro de la Propiedad estuviese a cargo de dos o más registradores, se procurará, en lo posible, la uniformidad de los criterios de calificación"* y el art. 18 del Código

de Comercio establece *"si un Registro Mercantil estuviese a cargo de dos o más registradores, se procurará, en lo posible, la uniformidad de los criterios de calificación"*. En este sentido, el artículo 60 del Reglamento del Registro Mercantil. También en el caso de que un mismo documento se presente en varios Registros, la inscripción en el primero vincula a los demás, como señala la Resolución de 24 de septiembre de 2003.

El principal avance en orden a la configuración del principio de uniformidad vino dado con la Ley 24/2001. Con esta reforma se introduce en la Ley Hipotecaria un Título XIV bajo la rúbrica *Recursos contra la calificación*, estableciendo, en el nuevo artículo 327, el carácter vinculante para todos los Registradores de las Resoluciones dictadas por la Dirección General, una vez publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, por las que se estime un recurso, mientras no se anulen por los Tribunales. En la misma línea, el art. 103 de la Ley 24/2001 establece el carácter vinculante para todos los Notarios y Registradores de las consultas evacuadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en respuesta al Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Como dice la Res. 6 noviembre 2006: *"la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, reformó íntegramente el procedimiento de recurso tomando, sin duda, como referente el recurso de alzada previsto en la LRJPAC; y, todo ello, porque lo que quiso poner de manifiesto el Legislador, y aclarar de una vez por todas, es que el Registrador es un funcionario público que ejerce su función pública sujeto a dependencia jerárquica de esta Dirección General. Y, por tal razón, utilizó el esquema propio de un recurso jerárquico, como es el de alzada e incorporó elementos propios de una relación jerárquica como son: la vinculación de todos los Registros a la doctrina contenida en las Resoluciones que dicte este Centro Directivo cuando resuelve recursos frente a calificaciones negativas y las consultas vinculantes, ex artículo 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre"*.

La falta de uniformidad a la hora de calificar es contraria al principio de unidad de criterios y afecta:

— A la seguridad jurídica, art. 9 CE (como reconocía la Instrucción 12 de febrero de 1999). Si faltan criterios uniformes a la hora de calificar, ésta se convierte en un factor de inseguridad sobrevenida, al quedar sujeta a los criterios del funcionario de turno. Por tal razón es *necesaria "la predictibilidad jurídica de*

las decisiones de los registradores, pues carece de sentido que un esquema administrativo, ante identidad de problema jurídico, cada funcionario calificador aplicara el criterio que entendiera oportuno" y "para poner fin a una situación de inseguridad jurídica el Legislador entendió que ante la dispar interpretación de un precepto efectuada por cualquier funcionario calificador, era competencia de la Dirección General sentar la doctrina aplicable al caso en vía de recurso" (Cfr. Res. 10 noviembre 2006).

— Al principio de autonomía de la voluntad, que es la aplicación práctica de uno de los valores y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución: la libertad (cfr. art. 1 CE y 1255 CC). Encontramos ejemplos, ya en el siglo XIX, de los inconvenientes de extralimitar la función calificadora. Joaquín COSTA (2) en su obra *La Libertad Civil*, de 1883, al explicar los antecedentes y propósitos del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, decía que a la hora de aplicar la legislación aragonesa surgían cuestiones gravísimas por la idiosincrasia de muchos funcionarios (refiriéndose en especial a los Registradores de la Propiedad) que *"extraños al país, refractarios a la especialidad del derecho foral, que oponen constantemente dificultades en la aplicación de los principios más elementales y corrientes del fuero, y que dan origen a infinidad de fracasos y sorpresas forenses."* También, como señala ROMERO-GIRÓN, *"se atribuye a Vallat el comentario de que el avance del Derecho a través de la redacción notarial de las escrituras se encuentra con el freno de la calificación registral. Y en efecto, es frecuente que la implantación práctica de una nueva legislación ha de vencer previamente el obstáculo de la rigidez impuesta por la calificación registral. Y ello puede ocurrir aunque la cuestión sea calificada de puramente formalista y carente de trascendencia sustantiva"* (3).

— También afecta a la unidad de mercado un principio que atañe a las empresas y a los consumidores, y que es consecuencia del principio de igualdad y de economía de mercado. En virtud de este principio, en un territorio el mercado ha de regirse por unas

(2) Cfr. *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*, pp. 1 y 2, Madrid, 1883.

(3) ROMERO-GIRÓN DELEITO, Juan: "La cuestión de los decimales". *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2006, núm. 5.

mismas reglas (el Tribunal Constitucional por primera vez utilizó este principio como un límite a las competencias de las Comunidades Autónomas en la Sentencia de 29 de enero de 1982). La falta de uniformidad en las calificaciones es contraria al principio de unidad de mercado, ya que tiene el inconveniente de atomizarlo, generando diferencias de trato en materia contractual entre los territorios competencia de cada Registro y, por tanto, en ámbitos territoriales mínimos.

En los últimos años, en contra de los principios y de la tendencia legislativa apuntada, se han mantenido algunas posturas de oposición y resistencia numantinas, que han intentado dejar sin efecto a esta necesaria uniformidad y previsibilidad de la calificación, con argumentos tales como la supuesta independencia del Registrador o una hipotética responsabilidad.

a) La independencia

Se ha alegado una supuesta independencia de la que disfruta el Registrador a la hora de calificar que le exime de su subordinación jerárquica respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado o de cualquier otro órgano de la Administración General del Estado. Esa afirmación es una exageración injustificada, pues de admitirse desnaturalizaría el procedimiento registral, la función registral y la naturaleza de la calificación que dejaría de ser un acto administrativo para convertirse en una especie de *sentencia*. De aceptarse, el Registrador se convertiría en una clase de Juez, a pesar de que su función carece de potestad jurisdiccional y su actuación de las garantías de los procedimientos judiciales. No olvidemos que a los Jueces les corresponde en exclusiva juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Como recuerda la Res. de 10 de noviembre de 2006: *"la independencia del registrador no es independencia en sentido judicial. El registrador no es una suerte de juez territorial que pueda decidir libérrimamente lo que crea oportuno, como si de un juez se tratara; es un funcionario público que en el ejercicio de su función está sujeto a jerarquía"*. Y *"la Constitución sólo proclama la independencia de los Jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional; mas dicho principio básico, que hunde sus raíces en la necesidad de defensa del Poder Judicial frente a cualquier injerencia externa, no es trasladable al funcionamiento de la Administración, ni a la función*

que en el seno de una organización jerarquizada prestan sus funcionarios”, como los Registradores (Resoluciones de 4 (dos), 5, 19 y 22 (dos) de mayo de 2005, 10 noviembre 2006).

Para sostener la supuesta independencia del Registrador, algunos han invocado el sistema alemán. Pero ni siquiera en Alemania los Registradores se asimilan a los Jueces o ejercen funciones jurisdiccionales. Como dice Peter LIMMER (4), *“los responsables del Registro de la Propiedad tienen que hacer algunas comprobaciones, pero se trata de una verificación de legalidad meramente formal”* y añade: *“los Rechtspfleger son una figura específica del sistema judicial alemán. No son profesionales del derecho”* y *“no tienen educación universitaria”*. En el procedimiento registral los Jueces *“sólo intervienen, en función supervisora, cuando el notario considera que el Rechtspfleger ha denegado injustificadamente una inscripción. En ese caso se puede interponer un recurso y es el juez el llamado a decidir. Contra su decisión caben, a su vez, recursos ante la Audiencia Provincial y la Audiencia Territorial”*.

La independencia es una cualidad intrínseca del Juez, con una finalidad y un fundamento jurídico, político e histórico, que no puede

(4) LIMMER, Peter: “El procedimiento registral en Alemania”. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 31. Señala LIMMER que en el sistema alemán: *“los documentos notariales constan siempre de dos elementos: un negocio jurídico causal y la traditio o entrega. El notario responde de la legalidad de todo el documento, es decir, tanto de la legalidad del negocio jurídico causal como de la validez de la traditio. En una segunda fase, los responsables del Registro de la Propiedad tienen que hacer algunas comprobaciones, pero se trata de una verificación de legalidad meramente formal”*. Y añade: *“el único llamado a comprobar la legalidad de fondo es el notario”*. Y en cuanto a los Registradores, dice LIMMER que *“los Rechtspfleger son una figura específica del sistema judicial alemán. No son profesionales del derecho sino que reciben una formación especial de tres años en una escuela profesional de Administraciones Públicas y deben superar un examen”*. Y añade respecto de los funcionarios que inscriben: *“Los Rechtspfleger no tienen la carrera de derecho. Jerárquicamente están un escalafón por debajo de jueces y notarios... No tienen educación universitaria pero, por lo general, sí el bachillerato superior.”* Por último, dice LIMMER: *“los jueces rara vez se ocupan de temas registrales. Sólo intervienen, en función supervisora, cuando el notario considera que el Rechtspfleger ha denegado injustificadamente una inscripción. En ese caso se puede interponer un recurso y es el juez el llamado a decidir. Contra su decisión caben, a su vez, recursos ante la Audiencia Provincial y la Audiencia Territorial”*.

extenderse sin más a otros funcionarios. La independencia judicial aparece reconocida como un Derecho Humano fundamental en la Declaración Universal, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establece en su artículo 10 que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. La independencia judicial es una garantía básica para el equilibrio de poderes, por lo que los Jueces sólo han de estar sometidos al imperio de la Ley, sin que puedan estar sometidos a influencias de otros poderes del Estado. El artículo 117.1 de la Constitución Española establece que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Y conforme al apartado 3 de este precepto, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Por su parte, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce: 1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. 2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las Leyes establezcan. 3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional. Y el art. 13: Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.

Por todo lo anterior, no es equiparable ni debe confundirse la función registral con la judicial, ya que, de ser así, se convertiría al Registrador en un funcionario con unas facultades exorbitantes e injustificadas, en perjuicio para los derechos del ciudadano que demandase sus servicios. Para el legislador, el Registrador es un

funcionario de la Administración sujeto a jerarquía y al principio de legalidad. Desde un punto de vista normativo, encontramos ejemplos que demuestran la inexistencia de una independencia análoga a la judicial:

— Por el sometimiento a **las calificaciones sustitutorias** prevenidas en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. Ante una calificación negativa, el interesado puede solicitar a otro Registrador diferente, el Registrador sustituto señalado en un cuadro de sustituciones, una nueva calificación de los títulos presentados. Cuando el segundo Registrador, el sustituto, califica positivamente el título, ordena al primer Registrador, el sustituido, que extienda el asiento solicitado, para lo que le remite el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse aquél, junto con el testimonio íntegro del título y documentación complementaria. Con lo que si la calificación del segundo es positiva frente a la negativa del primero se impone la calificación más favorable en beneficio del titular del derecho a la inscripción. Como señala la Res. de 25 de septiembre de 2009, la calificación sustitutoria *"no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro", es "un medio alternativo a la interposición del recurso contra la calificación negativa del Registrador competente, para obtener una segunda calificación agilizando así el despacho de los títulos sujetos a inscripción (cfr. Exposición de motivos del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de Registrador sustituto, y las Resoluciones de 6 de octubre de 2004 y 29 de abril de 2006)"*.

— Por el sometimiento a criterios de **uniformidad en la calificación**, en los supuestos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y art. 18 del Código de Comercio, dotando de previsibilidad al sistema en beneficio del titular del derecho a la inscripción del título.

— Por el sometimiento a las calificaciones **vinculantes**, art. 327 de la Ley Hipotecaria y a las consultas evacuadas por la Dirección General, conforme al art. 103 de la Ley 24/2001, en respuesta al Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores.

— Y también, por ejemplo, por el sometimiento a su **superior jerárquico**, art. 313 B, k, de la Ley Hipotecaria, considerando como falta grave sancionable el incumplimiento y la falta de obediencia a las Instrucciones y resoluciones de carácter vinculante

de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la falta de respeto o menosprecio a dicho Centro Directivo.

b) La responsabilidad del Registrador

Como indica la Res. 10 noviembre 2006, la *"dependencia jerárquica no pugna, en ningún caso, con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, no sólo porque ese artículo debe ser interpretado a la luz de los preceptos constitucionales que imponen la existencia de una organización administrativa sometida al principio de jerarquía, ex artículo 103 de la CE, sino porque la expresión «bajo su responsabilidad» del artículo 18 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretada de modo tal que consagre la existencia de una serie de funcionarios públicos que ejercen su función al margen, con independencia o manteniendo posturas jurídicas contrarias a las que asume su Dirección General de conformidad con lo dispuesto en los artículos 259 y 260 de la Ley Hipotecaria"*.

La calificación ha de contemplarse a la luz de los principios generales de organización y funcionamiento de la Administración y del marco constitucional, cuya norma fundamental aplicable es su artículo 103, que recoge los principios básicos que han de regir. Por lo que, como exige este precepto, los Registros, al igual que cualquier otra Administración Pública, han de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con el principio de jerarquía, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; y los Registradores, como los demás funcionarios públicos, han de ejercer sus funciones con imparcialidad.

En el ámbito de la Administración no existen razones lógicas que justifiquen a *"un inferior jerárquico recurrir frente a la decisión de su superior, en cuestiones atinentes al ejercicio de su función pública"* (cfr. Res. 10 de noviembre de 2006). Tampoco en el ámbito judicial sería lógico que el Juez de primera instancia, a pesar de su independencia, recurriese la sentencia de la Audiencia. Los Jueces y Tribunales superiores pueden corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial cuando administren justicia en virtud de los recursos que las Leyes establezcan (cfr. art. 12 LOPJ). La legitimación del Registrador para recurrir frente a una Resolución de su Centro Directivo tampoco parece lógica, y hoy no se admite, salvo en un supuesto excepcional: *"cuando la misma afecte a un derecho o in-*

terés específico del propio registrador (párrafo cuarto del artículo 328 de la Ley Hipotecaria)". A fin de que este supuesto excepcional no se convierta en una brecha para eludir la finalidad y el espíritu de la norma, hay que interpretarlo justamente, como hace la Res. de 10 de noviembre de 2006: el "derecho o interés específico del propio Registrador" que menciona el art. 328 "nunca puede ser el de la mera legalidad –disconformidad con la decisión del superior jerárquico–, sino específico del propio registrador, esto es, de su misma situación jurídica, y previa acreditación de cuál sea ese derecho o interés afectado por la Resolución de esta Dirección General revocatoria de su nota de calificación". Además, no olvidemos que el supuesto prevenido en el art. 328 de la LH, en la práctica será bastante improbable, ya que conforme al art. 102 del Reglamento Hipotecario (RH), "los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos". No siendo en principio posible la calificación de un título en que el Registrador tenga algún interés, se reduce notablemente los supuestos en los que pueda verse afectado un "derecho o interés específico" del propio Registrador, por lo que a fin de no convertir la excepción en un argumento para hacer inaplicable una prohibición, parece razonable que se exija la acreditación de cuál es ese derecho o interés.

Se ha intentado sostener la legitimación del Registrador para recurrir las resoluciones de la DG, cuando estima un recurso contra su calificación, en que podría incurrir en una hipotética responsabilidad civil por la inscripción que practicara. No creo que sea así, y no conozco ningún caso en el que se haya condenado a indemnizar al Registrador por inscribir en cumplimiento de lo ordenado en una Res. de la DG. Hemos de tener en cuenta que, según el art. 327 LH, "habiéndose estimado el recurso, el Registrador practicará la inscripción en los términos que resulten de la resolución", por lo que en este caso, si el Registrador practica la inscripción en el sentido que se le ordena, la responsabilidad será de la DGRN, no del Registrador. También se ha usado como argumento que su situación es equiparable a la del Notario. Pero no es así, ya que, como dice con rotundidad el art. 102 del RH, "se considerará como interesados a los Notarios

autorizantes”, en consonancia con el art. 22 de la LH, que establece que *“el Notario que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato..., la subsanará extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuere posible, e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta”*. Por lo que en el caso de la Resolución de la DGRN, que, confirmando la calificación, le quita la razón al Notario, sí puede derivar responsabilidad civil, ex art. 22 LH, de ahí que sí tenga un claro interés en la inscripción (art. 102 LH). A diferencia de lo que ocurre con el Notario, que tiene interés en que el documento se inscriba, no existe ningún derecho o interés del Registrador a que el documento no se inscriba, lo que además estaría en colisión con un verdadero derecho, el del ciudadano a que se inscriba su título. Cuando la Res. de la DG estima el recurso y le quita la razón al Registrador, la responsabilidad civil que pudiera derivarse por practicar la inscripción se traslada a la DG, con lo que el Registrador no tiene ningún derecho o interés derivado de una supuesta responsabilidad por inscribir. El único supuesto con el que existe analogía es el supuesto de negativa del Notario a autorizar un instrumento público y su recurso ante la DG.

El principio de jerarquía es una consecuencia del principio de legalidad y de sometimiento a las leyes. El artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, en relación con la Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, reconoce el sometimiento al principio de legalidad, y a los otros principios de organización, como el de jerarquía, y los de funcionamiento, entre los que destaca los de Servicio efectivo a los ciudadanos y los de objetividad y transparencia de la actuación administrativa.

Hoy, bajo la Constitución, no es admisible en España, como en cualquier Estado de Derecho, la existencia de funcionarios que no estén sometidos a los principios de jerarquía. Los órganos de la Administración se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo, como establece para la Administración General del Estado el artículo 6.6 de la Ley 6/1997, de 14 de abril. Conforme al artículo 9 del Real Decreto 1203/2010, de 24 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras funciones, la organización, dirección, inspección y vigilancia y la ordenación del gobierno y régimen del cuerpo de Registradores. También la Ley Hipotecaria, Texto

Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, en su artículo 259, establece que los Registros de la Propiedad dependerán del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, en su artículo 438: A la Dirección General de los Registros y del Notariado competen, como Centro superior directivo y consultivo, todos los asuntos referentes al Registro de la Propiedad.

Los Registradores, como cualquier funcionario, están sometidos a principios éticos y de conducta, algunos de ellos positivados en la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público. En concreto, entre los principios éticos, recogidos en el artículo 53, les es aplicable:

- el deber de respetar la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico;

- que en toda actuación persiga la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamente en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones corporativas o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio;

- y han de ajustar su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración y con sus superiores y con los ciudadanos.

Y entre los principios que han de regir su conducta, recogidos, con carácter general para los funcionarios, en el artículo 54, está el de obedecer las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

La desobediencia del funcionario frente a sus superiores constituye un desorden en el ejercicio de la función pública merecedor de sanción, toda vez que contraviene los principios de legalidad y jerarquía. La Resolución de 17 de mayo de 2010, dictada en un expediente disciplinario, establecía que no seguir la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado..., es constitutiva de la infracción grave del artículo 313 B) K) de la Ley Hipotecaria: *"el incumplimiento y la falta de obediencia a las... resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado"*. Siendo aplicable a los Registradores, como así hace citándolo expresamente esta resolución, el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado,

aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, cuyo artículo 7.1.a, de forma análoga, también establece que es falta grave la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades.

Pero la realidad en España ha sido la oposición institucional a estas reformas, que algunos han calificado de insumisión, como lo demuestran las numerosas resoluciones que tratan sobre incumplimientos de la doctrina vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, incluso a normas concretas, como es el caso de la no aplicación del art. 98 de la Ley 24/2001. (La Resolución de 12 de marzo de 2009 cita, entre otras, las Resoluciones de 15 de julio de 1954, 13 de mayo de 1976, 26 de octubre de 1982, 29 de abril de 1994, 10 de febrero de 1995, 12 de abril de 1996, 28 de mayo y 11 de junio de 1999, 3 de marzo de 2000, 12, 23 y 26 de abril, 3 y 21 de mayo, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002, 23 de enero, 8 de febrero, 11 de junio, 29 de septiembre y 17 de noviembre de 2003, 11 de junio, 14, 15, 17, 20, 21 y 22 de septiembre, 14, 15, 18, 19, 20, 21 y 22 de octubre y 10 de noviembre de 2004 y 10 de enero, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 y 28 de abril, 4 (1.ª y 2.ª), 5 (1.ª), 18 (2.ª), 20 (3.ª y 4.ª), 21 (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª), 23 (1.ª, 2.ª y 3.ª) de mayo, 17 de junio, 1 de agosto, 12 (2.ª y 3.ª), 13, 22 (2.ª), 23 (1.ª, 2.ª y 3.ª), 24 (1.ª, 2.ª y 3.ª), 26 (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª), 27 (1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª), 28 (1.ª, 2.ª y 3.ª) y 29 y 26 (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) de septiembre y 4 y 15 (2.ª) de octubre de 2005, 20 de enero, 19 de abril, 30 y 31 de mayo y 9 de junio, 12, 13, 19, 20 y 27 de septiembre, 3, 4 y 25 de octubre, 17 de noviembre, 16, 20 y 21 de diciembre de 2006 y 14, 20 y 28 de febrero, 30 de marzo, 2 de abril, 12, 30 y 31 de mayo y 1 (1.ª, 2.ª y 3.ª) y 2 (1.ª y 2.ª) de junio y 19 de julio, 29 (1.ª y 2.ª), 30 (1.ª y 2.ª), 31 (1.ª y 2.ª) de octubre y las numerosas de 2, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15 y 16 de noviembre y 27 de diciembre de 2007, 25 de enero, 12 y 13 de febrero, 22 de octubre y 1 de diciembre de 2008, entre otras).

SISTEMAS LEGALES DE ACTUALIZACIÓN DE LAS RENTAS ARRENDATICIAS. ESTUDIO CRÍTICO

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

Resumen: El trabajo pretende poner de relieve respecto del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en general, y también del contrato de arrendamiento de viviendas sometido a la ley especial, los desajustes que pueden generarse con ocasión de la aplicación tanto de cláusulas de estabilización pactadas, como de las facultades revisorias consagradas por la Ley de Arrendamientos Urbanos en su artículo 18, ya que podrían comprometer la propia viabilidad del contrato en la situación crítica de los mercados inmobiliarios instalada en España, proponiendo reformas legales para defender la vitalidad del arrendamiento de inmuebles.

Abstract: This work tries to point out the imbalance that can be occasioned by the enforcement of the escalator clauses agreed by the parts, as well as by the reviewing option contemplated in the article 18 of the Spanish Law of Urban Leasing, as regards the lease of real property and the housing lease of the *lex specialis*, since they could jeopardize the viability itself of the contract in the critical situation of the real-estate market in Spain, to then propose legal reforms to defend the vitality of the lease of lands.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA EN TORNO A LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN:

1. Antecedentes y oportunidad del cambio legislativo
 2. Presente de la actualización de las rentas
- III. ACTUALIZACIÓN DE LAS RENTAS Y EQUILIBRIO PRESTACIONAL:
1. Estudio especial de la actualización de las rentas en el contrato de arrendamiento de viviendas sometido a la LAU
 2. El equilibrio prestacional del contrato de arrendamiento de viviendas sometido a la LAU
- IV. CONCLUSIONES GENERALES EN TORNO A LA ACTUALIZACIÓN DE LAS RENTAS EN LOS ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES

I. INTRODUCCIÓN

La definición del contrato de arrendamiento de cosas contiene dos elementos esenciales para su caracterización jurídica y para su equilibrio prestacional, que son el plazo y la renta, según se desprende del artículo 1543 del Código Civil. El Código Civil, para los arrendamientos de cosas a él sometidos, no establece sistema legal alguno de actualización de las rentas, ni obsta en principio a que las partes establezcan el sistema que les parezca más oportuno en función de la renta y del plazo pactados para la actualización al alza o la baja de la renta que, como la renta misma, se establece libremente por los contratantes en uso de su autonomía negocial.

Responde nuestro Código Civil, como en general todos los Códigos Civiles, a una pretensión de regulación lo más abstracta posible, como se corresponde con la vocación de permanencia en el tiempo del texto codificado. Por ello nada tiene de extraño que las transformaciones sociales sucesivas hayan generado sucesivas leyes especiales de arrendamiento de inmuebles urbanos y rústicos, que convirtieron muchos contratos en contratos normados en los que tanto la renta como el plazo pasaron a estar regulados imperativamente con la finalidad de proteger al arrendatario dotándole de la mayor estabilidad posible, y limitando la posibilidad de actualizar las rentas. Son representativas de este modo de proceder del legislador

con finalidad social, las leyes arrendaticias de fincas rústicas y urbanas vigentes desde la década de los años treinta, y hasta tiempos muy recientes (LAU del año 1994 y LMEA del año 1995, respectivamente, en arrendamientos urbanos y rústicos).

Pero tales planteamientos comienzan a variar en cuanto al arrendamiento urbano, primero mediante algunos erráticos vaivenes de la jurisprudencia (1), y decididamente por la intervención del legislador mediante Real Decreto en el año 1985, con planteamientos similares aunque no idénticos a los que ha consagrado la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994 (en adelante, LAU).

De modo paralelo aunque con un cierto retraso, en el campo de los arrendamientos rústicos la ruptura se produce inicialmente mediante la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, cuyo artículo 38 permite la introducción de cláusulas de actualización referidas a índices de precios de productos agrícolas o ganaderos. Posteriormente el artículo 28 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 17 de julio de 1995, suprime las prórrogas forzosas para el arrendador y reduce notablemente la duración del contrato. Por último, la vigente 49/2003, de 26 de noviembre (en adelante, LAR), en su artículo 13, no modificado en el año 2005, permite pactar la actualización de la renta con referencia a cualquier índice, y establece como norma subsidiaria para el caso de que el contrato no especifique otro, la referencia al Índice General de Precios al Consumo.

Así pues, en la legislación especial arrendaticia urbana se produce la paradoja de que se llega a admitir plenamente la actualización de las rentas, precisamente en los momentos en que la reducción de la duración mínima de los contratos la haría menos necesaria para mantener el equilibrio contractual, de modo que solo la LAU introduce una determinada cláusula de estabilización como es el aumento o disminución del IPC general nacional, como elemento del contrato.

(1) Se llegó incluso a resolver por causa de subarriendo incontestado los contratos de arrendamiento de local de negocio en que se instalaban máquinas de juego o máquinas expendedoras, como vía indirecta de restablecimiento del equilibrio contractual perdido, pero nunca se accedió a la revisión judicial del contrato, que hubiera sido, pese a su excepcionalidad, un remedio más adecuado.

II. CAMBIOS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVOS OPERADOS EN MATERIA DE CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN

1. LA OPORTUNIDAD DE LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS

Era posible plantearse ya en 1994, cuando entra en vigor el artículo 18 de la LAU (2), la oportunidad de introducir en el arrendamiento de vivienda una actualización normada como la que establece el citado precepto, por lo que lleva consigo de indiciación (también llamada indexación) de una economía, y lo era porque ya se tenía en cuenta en aquel momento la necesidad de reducir el diferencial de inflación existente con respecto a los Estados miembros de la Unión Europea, con vistas al proceso de convergencia exigido por la proyectada moneda única. El establecer legalmente el Índice General Nacional de Precios de Consumo como referente, y la previsión de que tal actualización hubiese de llevarse a cabo sobre la renta ya revisada, aspectos ambos que se habían visto con simpatía por la jurisprudencia recaída sobre la legislación preexistente, configuran un contrato normado en el que la actualización de rentas, sin ser imperativa, se constituye como una facultad revisoria que las partes no pueden excluir de común acuerdo, y que permite al arrendador o al arrendatario instar cada año la actualización de la renta, al alza el arrendador, y a la baja el arrendatario, según haya resultado alcista o bajista el comportamiento del IPC general nacional.

La fórmula de cálculo sobre la base de la renta ya revisada era criticada, no solo porque así realimentaría la base de cálculo del IPC general y especialmente el índice sectorial de vivienda, sino también porque aunque no fuese una norma aplicable al arrendamiento para usos distintos del de vivienda, en el que puede pactarse o no actualización y en el caso de pactarse introducir el índice que se desee por los contratantes, lo cierto es que proporcionaba un modelo del que sería difícil zafarse en lo sucesivo (3).

(2) J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, acerca del artículo 18 de la LAU, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por C. LASARTE, ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 540 y 543.

(3) J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, *op. cit.*, nota 2 *supra*, pp. 340 y ss.

La verdad es que la realidad ha demostrado en tiempos recientes que incluso en una fase de aguda recesión económica, el IPC general rara vez se aproxima a cero o resulta negativo, y cuando lo ha hecho, a lo largo de algunos meses del año 2009, solo ha sido un breve alto en el camino inflacionista, que no ha tardado en recobrar un notable impulso (4).

En el caso del arrendamiento rústico, la actualización no es imperativa, y el IPC general se aplicaría como norma supletoria. Ello no obstante no hay que olvidar que los índices alternativos, como los que contemplaba el artículo 38 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, de precios de producciones agrícolas, serían en las circunstancias posteriores al año 2007 de muy problemática aplicación, ya que variaciones de más del 100 por 100 anual no son ahora infrecuentes en el precio del trigo, por ejemplo, el de más rancio abolengo como índice de revisión de rentas (5).

En fin, son muchas las circunstancias que han cambiado, y que el jurista debe poner en relación con las normas a las que se ha hecho referencia, que desde 1980 en adelante han introducido la actualización de las rentas como una de las características del contrato de arrendamiento de inmuebles.

Una nueva circunstancia a tener en cuenta, y de muy especial relevancia, es la creación del euro y su introducción en los Estados de la llamada "zona euro", como moneda de curso legal; y otra tan lamentable como destacada es la profunda crisis económica surgida en el año 2007, de efectos desiguales sobre las economías nacionales, pero previsiblemente muy duraderos, en todo caso señaladamente en ma-

(4) Esto ocurrió en los meses de marzo a octubre de 2009, en que los descensos del IPC fueron respectivamente del 0,1; 0,2; 0,9; -1; -1,4; -0,8; -1 y -0,7, según las series retrospectivas de las Tasas de Variación del Índice General Nacional de Precios de Consumo del Instituto Nacional de Estadística.

(5) El sistema de actualización legal del arrendamiento rústico hasta la entrada en vigor de la LAR de 1980, consistía en la fijación de la renta en kilogramos de trigo. El precio del trigo estaba intervenido por el monopolio estatal creado en 1937 para el Servicio Nacional del Trigo, que se mantuvo también para su sucesor, el Servicio Nacional de Cereales, y después para el Servicio Nacional de Productos Agrarios (SENPA), hasta su desaparición, coincidente con la adhesión del Reino de España a la CEE, en el año 1984. No obstante, el precio de intervención del trigo no era el índice utilizado para los arrendamientos, sino otro precio fijado *ad hoc* cada año a través de disposiciones especiales.

teria inmobiliaria. A tales circunstancias hay que referirse para emitir un juicio crítico como el que constituye el objeto de este estudio.

2. PRESENTE DE LA ACTUALIZACIÓN DE LAS RENTAS ARRENDATICIAS

Las declaraciones contrarias a la indiciación (o indexación) de las economías por parte de las autoridades monetarias se vienen prodigando, y nos presentan la desaparición de tal fenómeno como una forma segura de poner las bases para la salida de la crisis económica y para la recuperación del crecimiento, por el camino del aumento de la productividad. Tal vez por esa razón la lucha contra la indiciación o indexación referida al IPC se centra sobre todo en los salarios, para los que se postula una revisión referida a índices de productividad (6), que no de precios, y esta sería una de las facetas más importantes de la reforma laboral que se entiende necesaria por amplios sectores de opinión, y que en España aún no ha sido afrontada decididamente.

No hay la misma preocupación por la indiciación o indexación de otras rentas periódicas no salariales, como son las arrendaticias, pese a que las razones para temer tal indiciación de rentas serían muy semejantes: en los arrendamientos empresariales casi idénticas, y en los arrendamientos de vivienda incluso más temibles.

Tal vez la libre fijación de plazos y de sistemas de actualización en los arrendamientos para uso distinto de vivienda explique en parte esa menor preocupación. En los arrendamientos rústicos existe un plazo mínimo legal de cinco años tras la reforma de la LAR por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, pero no existe un sistema de actualización de rentas normado, sino simplemente subsidiario de la voluntad, lo que tampoco hace preocupante la indiciación, y lo mismo ocurre en los arrendamientos de inmuebles sometidos al Código Civil, en los que además tampoco hay una duración mínima impuesta por la Ley, que además aplica el viejo principio *emptio tollit locatum*.

(6) La propuesta no es nueva, porque la efectuó ya L. BELTRÁN FLÓREZ en *La nueva economía liberal: un horizonte para la economía española*, ed. Unión Editorial, Madrid, 1982, p. 138, aunque tal propuesta se hacía con notable escepticismo político al afirmar que "esto sería un consejo de perfección que no es probable que sea seguido en las actuales circunstancias de nuestro país".

Pero pese a esa mayor flexibilidad en cuanto a revisión de rentas de la legislación especial, lo cierto es que las cláusulas de estabilización referenciadas al IPC General Nacional son casi cláusulas de estilo que, en un momento de crisis inmobiliaria como el presente, tienden a alejar el coste del arrendamiento de los derroteros del propio sector inmobiliario o del sector agrario, y a hacer del arrendamiento una opción poco deseable.

Por supuesto que esta situación aflora en términos mucho más claros en relación con el arrendamiento de vivienda, ya que, como se indicó, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, culminó el movimiento pendular iniciado ya por la jurisprudencia sobre el TR del año 1964 y sobre el Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, instaurando en su artículo 18 de modo una facultad revisoria o de actualización (7) anual, referenciada al IPC general nacional, que, además, habrá de girar sobre la renta ya revisada con anterioridad, durante el plazo de cinco años de prórrogas facultativas para el arrendatario que establece el artículo 9.

En estos cinco años, una renta inicial de 1.000 euros de un contrato que entrase en vigor en marzo de 2006 se convertiría en una renta final de 1.122,97 euros en marzo de 2011, aproximadamente un 12 por 100 de subida, en unos momentos en que el precio de la vivienda de segunda mano ha descendido, según los últimos datos

(7) Hay autores que interpretan el artículo 18.1 de la LAU como una norma cuya aplicación requiere la previa manifestación de la voluntad de las partes en el sentido de introducir una cláusula de actualización de la renta, de la que la Ley establecería una norma interpretativa y subsidiaria. En tal sentido se pronuncian S. BORGIA SORROSAL, M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ y P. NAVAU MARTÍNEZ-VAL: "La vivienda en alquiler en España: pasado, presente y futuro de la política legislativa estatal", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 24 (2011), p. 197, citando la opinión en tal sentido de A. DE LA HERRÁN LUZÁRRAGA: "Criterios interpretativos sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Ciudad y territorio*, XXXII (2000), p. 524. Lamentablemente, creo que tal interpretación del artículo 18.1, que salvaría su equidad en estos momentos, no tiene fundamento textual, pues es claro que el precepto concede una facultad revisoria unilateral a cada parte del contrato para actualizar cada año durante los primeros cinco años la renta al alza o a la baja con referencia al IPC general nacional. Por supuesto que la facultad, como tal, se podrá o no ejercitar, pero no se puede excluir expresamente ni mucho menos tácitamente como se desprende de la interpretación citada, que propugna sin duda una *interpretatio abrogans*.

publicados por el INE, a razón de -6,2 por 100 en 2008, -9 por 100 en 2009 y -1,2 por 100 en 2010.

No resulta extraño que el arrendamiento de vivienda en España sea un contrato cada vez menos frecuente, como más adelante se expondrá, y que cunda la preocupación por su devenir inmediato, y el deseo expresado en los programas políticos, y apoyado también por algunas autoridades (8), de potenciarlo.

En fin, son muchas las causas que han conducido a esta situación que resulta una anomalía entre otras muchas de nuestro sector inmobiliario. Algunas se encuentran en la propia regulación del contrato de arrendamiento de vivienda como destacado instituto del Derecho civil, y otras son externas al Derecho civil. Sobre las primeras habrá que profundizar en este estudio, y sobre las demás, fundamentalmente de orden tributario (régimen de IVA, IRPF de la vivienda en alquiler y en propiedad) y procesal (falta de agilidad y ejecutividad en los procedimientos desincentivadora para los arrendadores), habrá que dar la palabra a los especialistas en esas ramas del Derecho (9).

Pero retornando a una contemplación general del arrendamiento de inmuebles, habría que indicar que la tendencia a la abreviación de los plazos legales de duración del contrato, cuyos mínimos legales se han reducido en el arrendamiento de vivienda y en el arrendamiento rústico, y no existen en los demás arrendamientos (urbanos de uso distinto a vivienda y arrendamientos sometidos al Código Civil), convierte la actualización de las rentas en algo menos necesario para combatir desequilibrios del contrato que en otros momentos históricos en que la moneda de curso legal y forzoso perdía gran parte de su poder adquisitivo, y en la misma dirección milita la existencia de un signo monetario como el euro,

(8) Me refiero a las declaraciones del Sr. González Páramo, del equipo directivo del Banco Central Europeo, aparecidas en todos los medios de comunicación el día 13 de mayo de 2011.

(9) Son especialmente interesantes las observaciones y propuestas de *lege ferenda* en materia tributaria y procedimental, formuladas por S. BORGIA SORROSAL *et alteri*, en la obra citada en la nota 6 *supra*, sobre las que se retornará a lo largo de este estudio. En el campo del Derecho público hay que citar las recientes aportaciones de M. BASSOLS COMA: "El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2011-1.º, pp. 13 a 42.

cuya creación supuso empeñar una ardua batalla en favor de la estabilidad monetaria.

Hoy, por lo tanto, hay otras causas de desequilibrio tal vez más importantes comparativamente que la erosión monetaria (10), y entre ellas no hay que olvidar la propia inestabilidad del mercado inmobiliario y de los mercados de materias primas, así como la alarmante disminución de la renta disponible de los particulares, que comprometen en mayor medida que la erosión monetaria el equilibrio de los contratos de arrendamiento de inmuebles.

Por ello, hay que comenzar por cuestionar la propia existencia de regímenes legales normados, no derogables por la voluntad negocial, de actualización de la renta, como el existente en el arrendamiento de vivienda regido por la LAU vigente.

III. ACTUALIZACIÓN DE RENTAS Y EQUILIBRIO CONTRACTUAL

1. ESTUDIO ESPECIAL DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA SOMETIDO A LA LAU

Siendo la regulación del artículo 18 de la vigente LAU el único caso de facultad revisoria unilateral conforme a un criterio normado en arrendamiento de inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico, hay que buscar su origen en una preexistente situación de legislación excesivamente protectora del arrendatario de vivienda, cual era la regulación del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se promulga el texto refundido de la LAU, que se apoyaba en dos pilares principales: las prórrogas forzosas para dar estabilidad al disfrute de la vivienda arrendada, y la enemiga hacia las cláusulas de estabilización, para evitar el sometimiento de la renta a las oscilaciones del mercado (11), agravadas ambas por el hecho de partir de una prolongada situación de congelación de las rentas.

(10) El euro desde su creación se ha apreciado notablemente hasta la fecha (mayo de 2011) frente al dólar estadounidense y la libra esterlina. Bien es verdad que esto resulta poco significativo de la evolución del poder adquisitivo del euro en términos absolutos, pero supone una confirmación al menos comparativa de la estabilidad que se pretendía, respecto de otras monedas y respecto de la evolución de los últimos períodos de existencia de la peseta.

(11) En tal sentido, S. BORGIA SORROSAL *et alteri*, citado, p. 188.

Las consecuencias respecto del arrendamiento de vivienda o contrato de inquilinato solo pueden calificarse como deletéreas, ya que partiendo de una situación de normalidad, en comparación con el resto de Estados de nuestro entorno geográfico y cultural, en el año 1950 el 51,4 por 100 de las viviendas principales lo eran en régimen arrendaticio, pero descienden hasta el casi marginal 11 por 100 (12). Está claro que la sobreprotección del inquilino redujo la utilidad social del contrato de arrendamiento de vivienda a su mínima expresión histórica. Pero lo cierto es que la reforma mediante el Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril (entonces conocido como Decreto Boyer), que introdujo para lo sucesivo la libertad de pacto sobre duración del arrendamiento, no consiguió relanzar el arrendamiento como alternativa, ni tampoco impedir que prosiguiese su decadencia, ya que descendió desde el 18,8 por 100 de vivienda principal arrendada en 1981, al 15,1 por 100 en el año 1991 (13). La formulación de una nueva política de vivienda gubernamental en el año 1991 culminó en el aspecto que en este estudio se contempla, con la aprobación de una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, con detalladas y casuísticas Disposiciones Transitorias tendentes sobre todo a hacer desaparecer la excesiva compartimentación del mercado, de por sí estrecho, por la coexistencia de regímenes muy diferenciados surgidos en distintos momentos desde comienzos del siglo xx. Pero tampoco la nueva LAU, con su régimen de duración y con la introducción de cláusulas de estabilización basadas en el IPC general nacional, consiguió revertir en sus primeros años de vigencia la decadencia del arrendamiento de viviendas, puesto que en el año 2005 el porcentaje de vivienda principal arrendada había disminuido hasta el 11 por 100.

Medidas fiscales y el establecimiento de ayudas directas a ciertos arrendatarios, han conseguido con posterioridad elevar ese porcentaje a un modesto 13,18 en el año 2008 (14). Este punto de in-

(12) Porcentajes reflejados por S. BORGIA SORROSAL *et alteri*, *op. cit.*, pp. 181 y 188.

(13) Cfr. S. BORGIA SORROSAL *et alteri*, *cit.*, p. 193.

(14) Se trata del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, que establece ayudas directas, y de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que implanta deducciones fiscales favorables a ciertos arrendatarios, así como la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, que completa esa regulación haciendo que la deducción atienda a la capacidad económica del sujeto pasivo.

flexión puede verse complementado por la regulación, en este caso procesal, introducida por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler (15), que puede plantear un futuro más esperanzador al contrato de arrendamiento de viviendas.

Se trata, pues, de medidas tributarias y procesales que buscan remover los obstáculos a la extensión del arrendamiento de viviendas, tanto desde el punto de vista de los posibles demandantes de vivienda en arrendamiento (ayudas directas y deducciones fiscales), como desde el punto de vista de los arrendadores oferentes (agilización de los procedimientos).

2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA SOMETIDO A LA LAU Y SU EQUILIBRIO PRESTACIONAL

La sobreprotección del arrendatario en la legislación especial se ha convertido en un lugar común a la hora de explicar la deprimida realidad del arrendamiento de vivienda en España. Incluso el Tribunal Supremo asume en su sentencia de 26 de marzo de 2009 el pensamiento de que “un excesivo proteccionismo de los arrendatarios sobre todo si raya en el paternalismo, puede generar el indeseable efecto de retraer la oferta de vivienda en alquiler por el temor de los propietarios a tener que soportar los reiterados incumplimientos de los inquilinos”.

Ahora bien, la ineffectividad de los procedimientos no guarda relación alguna con la regulación sustantiva del contrato y de su equilibrio prestacional. Si la primera parece desincentivar la oferta, el desequilibrio prestacional, aquí y ahora, puede debilitar la demanda, porque resulta comprensible que nadie quiera asumir una obligación dineraria periódica cuya cuantía crece en proporción directa al precio de los componentes que más ponderan en la formación del índice que conocemos como IPC, y que en un mercado inmobiliario en crisis, para lograr una renta menos cuantiosa tendría que asumir los gastos de un enojoso y caro servicio de mudanza.

Desde el punto de vista sustantivo, las únicas propuestas *de lege ferenda* que se han formulado recientemente son las que postulan una mayor reducción de la duración mínima mediante

(15) Cfr. S. BORGIA SORROSAL, *op. cit.*, pp. 209 y ss.

prórrogas, que ahora es de cinco años, y se propugna reducir a tres (16), e incluso a un año (17), tiempo durante el que “la actualización de la renta se encuentra limitada por la variación porcentual del IPC” (18).

La verdad es que pensar en una época de profunda crisis, que al arrendador le interesan plazos cortos y rentas crecientes, y que esto puede incentivar el arrendamiento, resulta algo aventurado y poco realista, incluso para la mente de jurista como el que suscribe este estudio, pero con mayor razón debería resultarlo para autores formados en disciplinas relacionadas más estrechamente con la economía.

A mi juicio, será en todo caso el arrendatario al que no le interesará en absoluto asumir el coste del traslado de su vivienda habitual, en períodos tan breves, salvo si encuentra rentas mucho más bajas que las del inmediato pasado que le puedan compensar las molestias y costes del cambio de vivienda habitual.

Y lo más importante desde el punto de vista jurídico que aquí nos ocupa: no se comprende cómo, partiendo de preceptos como los artículos 47 y 51 de nuestra Constitución vigente, de los que al parecer todos debemos partir (19), y siendo siempre el inquilino destinatario final de un bien de primera necesidad, y por ello el consumidor o usuario por excelencia, pueda pensarse en fomentar su deseo de contratar privándole de una mínima estabilidad, y sometiendo la parte principal del coste de su vivienda, que es la renta que se obliga a pagar, a índices dependientes sobre todo del precio de la energía y de otras materias primas, como es el IPC general, y que aunque tal cláusula a algunos nos parezca un límite desincentivador para el arrendador, lo cierto es que su pasado reciente, y

(16) S. BORGIA SORROSAL *et alteri*, pp. 218 y 219.

(17) Fundación de Estudios de Economía Aplicada. Véase M. A. LÓPEZ GARCÍA: “La propuesta de reforma estructural del mercado de vivienda de FEDEA: una evaluación”, Documento 8/10 de la serie Documentos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, p. 7.

(18) S. BORGIA SORROSAL *et alteri*, obra y lugar citados en nota 15 *supra*.

(19) Véase en tal sentido M. BASSOLS COMA, en *Comentarios a la Constitución Española*, Edersa, 1980, t. IV, pp. 305 a 340. Desde un punto de vista mucho más radical y difícil de compartir por los privatistas, véase G. PISARELLO: “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, *Revista catalana de Derecho público*, número 38 (2009), pp. 2 a 13.

mucho más su presente, y aún en mayor medida su futuro, resultan verdaderamente amenazadores para el arrendatario.

¿No será que los que así reflexionan sobre el arrendamiento de vivienda y su futuro creen de buena fe que el consumidor es el arrendador y no el arrendatario? Solo una mentalidad tan profundamente errada (la buena fe no sería un error excusable para los juristas) puede explicar que se siga poniendo como premisa del relanzamiento del arrendamiento de viviendas un verdadero ajuste de cuentas al arrendatario, una verdadera venganza de las afrentas que el legislador hizo a los arrendadores en tiempos en que los primaba una verdadera sobreprotección del arrendatario basada en consideraciones de tipo social.

Cierto es que, sin entrar en el tratamiento fiscal del arrendamiento de inmuebles en general y del arrendamiento de vivienda en particular, sobre el que hay plumas más autorizadas, y dejando a los procesalistas el estudio de las normas adjetivas y de su influencia en la dinámica del arrendamiento de vivienda, se detecta en estas frecuentes afirmaciones sobre la sobreprotección del inquilino una mentalidad que no tiene en absoluto en cuenta ni las circunstancias económicas en que nos movemos y en que por desgracia nos estamos instalando, ni el carácter de usuario o consumidor del inquilino, que siempre le acompaña, mientras que el arrendador, tal vez en más ocasiones de las que se piensa, tiene el carácter de empresario. Pero, aunque así no sea, aunque el arrendador no sea un empresario o profesional, que puede no serlo, una cláusula de estabilización como la que contempla el artículo 18.1 de la LAU no resulta equilibrada en los momentos en que vivimos, porque protege los intereses del arrendador más allá de lo razonable, y aleja el concreto contrato en que se introduzca de las verdaderas condiciones del mercado.

Es más, si en lugar de ser una cláusula establecida por la Ley, tal cláusula estuviese predispuesta en condiciones generales de contratos, habría que pensar que es una cláusula abusiva, como posiblemente lo sea la tan discutida "cláusula suelo" en los préstamos hipotecarios, y por razones muy parecidas, porque aunque en principio parece poder favorecer a ambas partes, la evolución del IPC general histórico demuestra a las claras que muy rara vez, y en mucho menor medida, se podrá beneficiar el arrendatario de su facultad de revisar la renta. En todo caso no tiene hoy sentido que el legislador

consagre una facultad revisoria tan notablemente desequilibradora de las prestaciones del contrato de arrendamiento de vivienda.

Pero no solo es desequilibrada la indicación de la renta con referencia al IPC general nacional, sino que también lo es, y mucho, el método de cálculo que consagra el mismo precepto, que obliga a aplicar la variación porcentual del IPC no sobre la renta pactada, sino sobre la renta ya revisada con anterioridad. De nuevo nos encontramos con una norma que consagra la interpretación de los contratos según una doctrina jurisprudencial surgida en momentos muy diferentes del devenir del arrendamiento de vivienda (20). Una cláusula pactada en otro tipo de arrendamientos solo podría ser aplicada de tal modo si expresamente y muy claramente se prevé tal método de cálculo, porque la duda, conforme al artículo 1289 del Código Civil, debería resolverse a favor "de la mayor reciprocidad de intereses", y en un momento de crisis inmobiliaria, tal vez más duradera de lo que sin duda todos desearíamos, la actualización opera contra la reciprocidad de intereses, y más aún el método de cálculo que impone el artículo 18.1 de la LAU, que la hace girar sobre la renta ya revisada, sin apoyo alguno en la voluntad expresada por las partes del contrato.

Si se propugna la estabilización para recuperar el crecimiento económico, y se pone en tela de juicio la actualización de los salarios conforme al IPC, e incluso se postula en cambio hacer depender la actualización salarial del aumento de la productividad, en un entorno de recesión y de depresión del mercado inmobiliario, es disparatado consagrar legalmente un método de cálculo que realimenta la inflación y agudiza el desequilibrio prestacional.

Por el contrario, hay que acompañar las medidas fiscales y procesales dirigidas a potenciar el arrendamiento (21) de propuestas de regulación sustantiva que hagan más atractivo el arrendamiento de vivienda para el inquilino, porque de lo contrario la mentalidad que

(20) Se trata de una doctrina jurisprudencial que se asentó en los años inmediatamente anteriores a la aprobación de la LAU vigente, y de la que son representativas las sentencias del TS de 10 de abril y 3 de julio de 1992 y de 11 de noviembre de 1993, entre otras, citadas por J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, *Comentarios...*, cit., p. 540.

(21) La intermediación en contratos de arrendamiento que ha asumido el Estado ha constituido un notable y costoso fracaso, tal vez, entre otras, por las causas que aquí se señalan.

contempla la propiedad de viviendas como una opción inversora, que tanto ha contribuido a profundizar la crisis en España, persistirá contra el sentido común y la prudencia más elementales, y se perpetuará la alternativa arrendaticia como una alternativa residual y secundaria.

IV. CONCLUSIONES

Las razones expuestas llevan a concluir que con carácter general no parece conveniente que la legislación arrendaticia introduzca, ni mantenga, en el contrato de arrendamiento facultades revisorias unilaterales referidas a cláusulas de estabilización concretas, siendo preferible que sean las partes en uso de su libertad contractual quienes decidan introducir tales cláusulas, y las configuren de acuerdo con sus conocimientos del sector en que operan.

Tampoco es oportuno que la ley supla a la voluntad de las partes señalando índices cuando las partes no lo hayan expresado, por lo que *de lege ferenda* habría que propugnar tanto la modificación del artículo 18, apartados 1 y 2, de la LAU, como la modificación del artículo 13.2 de la LAR.

El primero de los preceptos citados, el artículo 18.1 de la LAU, debería limitarse a establecer, aunque en rigor ni siquiera esto sería necesario, ya que se puede amparar en el artículo 1255 del Código Civil, la posibilidad de introducir cláusulas de revisión de la renta.

Los otros preceptos citados, el apartado 2 del artículo 18 de la LAU y el apartado 2 del artículo 13 de la LAR, deberían desaparecer el primero, y perder su último inciso el segundo, puesto que son los que aluden al IPC general nacional como referente para la actualización de la renta en los arrendamientos de vivienda y en los arrendamientos rústicos, a falta de otro referente pactado expresamente.

Tales reformas que se postulan no alejan por completo los peligros que una situación como la que hoy presentan la economía mundial y la española en particular, envuelven muchas de las cláusulas de estabilización que en otros momentos cumplían perfectamente su función. De modo que hay que propugnar que, manteniéndose la libertad de pactar cláusulas de estabilización, porque lo contrario sería retornar a momentos de excesiva protección de los arrendatarios, estas se establezcan con la máxima prudencia, y desde luego,

con referencias muy distintas de las que en otros momentos impuso y aún hoy impone la Ley (cláusula valor trigo y referida al IPC general nacional), y de las que predominan en la práctica contractual, que arrastra cláusulas de estabilización como verdaderas cláusulas de estilo, radicalmente incompatibles con la realidad presente.

La incompatibilidad de las cláusulas (mal llamadas aquí y ahora de estabilización) con el equilibrio prestacional deseable en el momento presente, obedece a que las que tradicionalmente se venían considerando útiles (valor oro, valor moneda extranjera, valor trigo, IPC general o sectorial entre otras), resultan por lo general contraproducentes. A partir del año 2007 los mercados de referencia de las mercancías y de las divisas atraviesan una volatilidad sin precedentes, que se refleja lamentablemente en los índices de precios al consumo, aunque de modo amortiguado.

La simple toma en consideración del alza del precio del oro y del petróleo, o de los escalofriantes altibajos de los precios del trigo o de la plata, o de los mercados de divisas, convierten tales referentes en algo más útil para la especulación que para la estabilización de la prestación dineraria en contratos duraderos, y por ende convierten las cláusulas con referencias a tales índices en un elemento profundamente desestabilizador de los equilibrios prestacionales en contratos conmutativos.

Es más, podría afirmarse sin exagerar que algunos de tales índices, como la cláusula valor trigo (22), de haberse aplicado, habrían convertido el arrendamiento rústico en un contrato aleatorio, en contra de la voluntad de los contratantes al introducirla, que habría sido exactamente la voluntad contraria, de acuerdo con la experiencia que se vivió en Europa antes de que el Reglamento CE número 1234/2007 modificase las normas de intervención en los mercados agroalimentarios.

Se podría dar, aplicando cualquiera de las cláusulas de estabilización mencionadas, la paradoja de que se hiciese necesaria la intervención del juez para reequilibrar el contrato conforme a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, con cualquiera de las fundamen-

(22) Las oscilaciones del precio del trigo desde mediados del año 2007 han superado en algunos momentos el 100 por 100 anual al alza y el 50 por 100 a la baja, no solo en los mercados de futuros, sino en los mercados físicos.

taciones admitidas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (23), porque ciertamente podrían concurrir todos sus requisitos.

E incluso, tal y como se plantea la cuestión *de iure condendo* en el artículo 1213 del Anteproyecto para un nuevo Libro IV del Código Civil español, procedería la revisión judicial si no se reequilibra el contrato mediante renegociación, que habría de consistir en la inaplicación de la cláusula de revisión de renta pactada (24).

En suma, no bastan para relanzar el contrato de arrendamiento de vivienda (y mejora de la eficacia de los procedimientos contra los incumplidores), si no se depuran los contratos normados de las fuentes de desequilibrio que hoy tienen, y que representa muy señaladamente la facultad revisoria del artículo 18 de la LAU.

Si el contrato carece de equilibrio interno, en vano acudirán en su ayuda las normas tributarias y procesales.

Por lo que respecta a los demás arrendamientos de inmuebles regidos por leyes especiales, la brevedad de los plazos legales no ha evitado la existencia de cláusulas revisorias *ex voluntate*, que en las circunstancias presentes revisten un extraordinario peligro para el equilibrio del contrato.

Por último, en los contratos con prolongados plazos convencionales, tampoco las cláusulas revisorias al uso están exentas de peligro para el equilibrio contractual. Sin duda, serán más favorables al equilibrio determinadas regulaciones de la revisión judicial precedida por pretensiones de renegociación, que las cláusulas revisorias que hasta hoy han venido pactándose.

No es posible saber al día de hoy si las monedas van a seguir experimentando una erosión de su poder adquisitivo deliberada y predecible como la que explica históricamente la aparición y la práctica de las cláusulas de estabilización, ya que tales cláusulas son una reacción racional frente a ese fenómeno, que tiende a neutralizar los efectos de esas políticas monetarias (25), pero en todo caso hay

(23) Por todos, J. L. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, ed. Bosch, Barcelona, 1968.

(24) Un completo estudio de la cuestión de la revisión de los contratos por excesiva onerosidad en P. SALVADOR CODERCH: "Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *In.dret*, 4/2009, *passim*.

(25) A finales del siglo XIX el economista sueco K. WICKSELL ya señalaba que esas políticas monetarias podían compararse con la conducta de quien

que desconfiar como juristas de la justicia y del equilibrio contractual que se trata de lograr a través de las cláusulas de estabilización en momentos como el que vivimos, además de dudar de su conveniencia para la buena marcha de una economía.

adelanta su reloj para evitar perder trenes, pero que indefectiblemente tiende a descontar ese adelanto y a incurrir en la temida pérdida del tren. *Goldzins und Guterpreise*, Upsala, 1898, Parte I.

REFLEXIONES Y PROPUESTAS A PROPÓSITO DE LA FUTURA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (*)

Antonio Fernández de Buján

Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid
Vocal de las Ponencias de Reforma de la Jurisdicción
Voluntaria, años 2002-2005 y 2012
Comisión General de Codificación

Abstract:

Es hora ya de que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador. Estamos ante la oportunidad de modernizar la Justicia en esta materia y de hacerlo con voluntad de permanencia en el tiempo, desde una posición de consenso y de progreso, en una esfera del Ordenamiento de marcado carácter técnico-jurídico.

Palabras clave: Jurisdicción voluntaria; autoridad jurisdiccional; secretario del tribunal; notario; registrador.

It is time that Voluntary Jurisdiction ceases to be a mere area of experimentation for the legislator. We now have the opportunity to modernize Justice in this subject and to do so with the will of assuring its permanence in the future, from a position of consensus and progress and in a decidedly technical sphere of the Jurisdictional Order.

(*) El texto del presente estudio fue objeto, con mínimas modificaciones, de exposición en una conferencia que bajo el título "La hora de la Jurisdicción Voluntaria", fue pronunciada por el autor en el Colegio Notarial de Cataluña, en su sede de Barcelona, el día 22 de febrero del año 2012. Agradezco al Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles OLLÉ FAVARÓ, y al notario Àngel SERRANO DE NICOLÁS, la invitación que al efecto me formularon, así como al notario Víctor M. GARRIDO DE PALMA su propuesta de publicación en esta ilustre Revista Jurídica.

Las palabras introductorias a la conferencia fueron las que siguen: Ilmo. Sr. Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Dignísimas Autoridades, señoras y señores: Bona nit, encantat d'estar aquí, avui, amb vustès. És un

Keywords: Voluntary Jurisdiction; Jurisdictional authority; Clerk of the court; Notary; Registry.

SUMARIO

1. REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE: LIBRO III LEC 1881. PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS. ITER LEGISLATIVO DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA
2. EL NUEVO PERFIL DE LA INSTITUCIÓN:
 - A) Concepto y evolución histórica
 - B) Contenido
 - C) Garantías del procedimiento judicial de JV
 - D) Sanción constitucional
3. RACIONALIZAR. DESJUDICIALIZAR. REDISTRIBUIR. DESREGULAR
4. ALGUNAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN RESPECTO DEL TEXTO NORMATIVO DE JV APROBADO EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS
5. EL PAPEL HISTÓRICO DEL NOTARIADO EN LA JV
6. ESPECIAL REFERENCIA A LAS COMPETENCIAS SUSCEPTIBLES DE SER ATRIBUIDAS AL NOTARIADO
7. A MODO DE CONCLUSIÓN

gran honor per a mi intervenir davant d'aquesta Corporació de reconegut prestigi i de necessària referència en el món del dret, com és l'il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya i fer-ho davant rellevants juristes que m'honoren amb la seva presència en aquest acte.

Quiero expresar mi profundo agradecimiento al Decano de este Colegio, Joan Carles OLLÉ FAVARÓ, por la invitación que me ha formulado, al notario y director de *La Notaría*, Ángel SERRANO DE NICOLÁS, por su entrañable y generosa amistad, al prof. RAMOS MÉNDEZ por sus palabras de presentación y su magisterio, que me ha iluminado siempre en mis estudios sobre JV, y a todos los presentes, que han hecho el esfuerzo de acompañarme en este día, gozoso para mí. Quiero también tener un especial recuerdo a la memoria de Joan MIQUÉL, gran romanista y maestro, que nos hubiera acompañado en este acto, en el que tenemos la fortuna de contar con la presencia de su esposa, Rosa, y con una amplia representación de la romanística catalana. Y dicho esto, que es de justicia, entro en la exposición objeto de mi intervención, que voy a estructurar, a efectos de una mejor sistematización, en siete apartados.

1. REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE: LIBRO III LEC 1881. PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS. ITER LEGISLATIVO DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, una de las piezas que todavía queda por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia es la correspondiente a la jurisdicción voluntaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000, LEC, por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, establece en su Disposición Final decimoctava que: "En el plazo de un año, a contar de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria".

La reforma de la jurisdicción voluntaria, JV en adelante, fue asimismo prevista en el Pacto de Estado sobre la Justicia, firmado por los dos partidos mayoritarios el 28 de mayo del año 2001.

Por otra parte, en la afortunada y precisa Exposición de Motivos de la LEC se afirma, en el apartado quinto, que en cuanto a su contenido general, dicha ley "se configura con exclusión de la materia relativa a la jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta". Especial significación tiene en este campo la Ley de Jurisdicción Voluntaria alemana (Freiwillige Gerichtsbarkeit) de 1898, que, con más de treinta reformas parciales, continúa en vigor.

Un primer paso importante en el cumplimiento del mandato legislativo pendiente de cumplimiento, tuvo lugar en diciembre del año 2002, al ponerse en marcha la maquinaria legislativa con la constitución, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas, de una Ponencia, presidida por el notario José María DE PRADA y compuesta por siete miembros, un magistrado, un registrador mercantil, un secretario judicial, un decano de Colegio de Abogados, y dos catedráticos, que a lo largo de casi tres años de trabajo, elabora una propuesta normativa integrada por 306 artículos y 10 disposiciones complementarias –valoradas y tenidas muy en cuenta las observaciones formuladas por las Secciones de Derecho Civil y de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación– que, asumida como Propuesta de Anteproyecto por el Ministerio de Justicia, es publicada en su Boletín

Informativo en octubre del año 2005 “como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión”, según se subraya en la Nota que antecede a la Memoria Explicativa y a la Exposición de Motivos.

La ponderada propuesta de Anteproyecto elaborada por la Comisión General de Codificación gozó, de forma manifiesta, de una positiva acogida en la comunidad científica y por parte de los operadores jurídicos afectados, jueces, secretarios judiciales, notarios, registradores, abogados y procuradores de los tribunales.

A partir de este primer paso relevante del prelegislador, la propuesta de Anteproyecto de la Ponencia fue sometida a una revisión interna en el Ministerio de Justicia, fruto de la cual fue el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobado en Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006. Finalmente, el veinte de octubre del año 2006, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil, que reprodujo, con escasas modificaciones, el texto del Anteproyecto de Ley de junio de 2006, y si bien introdujo mejoras en determinados aspectos contemplados en el Anteproyecto de la Ponencia, cambió la concepción de la JV, al administrativizar el procedimiento judicial en la terminología y en el contenido y establecer una artificiosa equiparación entre procedimientos de diferente naturaleza, como son el judicial y el administrativo notarial y registral, lo que se materializó en la supresión de la contradicción, de los recursos y de la asistencia técnica en los procedimientos de JV judiciales.

La desacertada, a mi juicio, previsión, que implicaba un estéril reduccionismo de la JV al ámbito negocial y administrativo, fue por fortuna corregida en trámite de enmiendas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que procedió a la recuperación de las connotaciones jurisdiccionales del procedimiento judicial de JV, y a una distinta regulación de los procedimientos judicial y administrativo de JV, en atención a su diferente naturaleza jurídica, y a las reglas de funcionamiento y principios informadores propios de su conformación en el Ordenamiento Jurídico. En trámite de enmiendas se presentaron un total de 323 al articulado del Proyecto.

El 27 de junio de 2007 fue aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con Competencia Legislativa Plena, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, antes denominado Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona en materia civil y mercantil, con un contenido de 229 artículos y 17 disposiciones complementarias; el 24 de julio el texto legislativo entró en el Senado, en cuya Comisión de Justicia los distintos grupos parlamentarios presentaron y debatieron un total de 239 enmiendas. En trámite de asesoramiento, tuvo asimismo lugar la comparecencia, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, de 14 expertos en la materia de JV, entre los que tuve el honor de representar a la Comisión General de Codificación. Finalmente, el 24 de octubre de 2007, el Gobierno procedió a retirar el Proyecto, el día en que iba a ser votado en el Pleno del Senado.

Desde entonces hasta hoy la proyectada y, con posterioridad, frustrada reforma de la JV no ha tenido una existencia airosa, al quedar relegada en el ostracismo de los buenos deseos que no llegan a materializarse. Es por ello que los juristas y los conocedores de la relevancia que supone una nueva regulación de la JV, hemos saludado con satisfacción que en el Discurso de Investidura del pasado 19 de diciembre de 2011, Mariano Rajoy expresase, como futuro Presidente del Gobierno español, que constituía una de sus prioridades, en el ámbito legislativo, su voluntad de aprobar, en la presente Legislatura, la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En el mismo sentido se pronunciaba, pocos días después, Alberto Ruiz Gallardón, en su toma de posesión como Ministro de Justicia, y en sus comparecencias en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados y en el Senado, esta última el pasado día 5 de marzo de 2012.

En abril de 2012, se constituyó, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección Especial para la regulación de la Jurisdicción Voluntaria y la actualización de la Legislación Procesal Civil, de cuya composición formo parte como Vocal.

En tanto no se apruebe una Ley de Jurisdicción Voluntaria, continúa vigente, con determinadas excepciones, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC, la regulación contenida en el libro III de la LEC 1881, relativa a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato.

En contraposición, sin embargo, con la mencionada previsión legal, con la conciliación ha pasado lo que sucedió con las diligencias preliminares, que siendo ambas instituciones propias de la jurisdicción voluntaria han sido reguladas en sedes de naturaleza heterogénea. Así, la conciliación en la reciente Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, del año 2009, y las diligencias preliminares en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladora de la jurisdicción contenciosa (1).

Conviene señalar, por otra parte, que si bien un amplio número de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, otros muchos en los que está prevista la intervención del juez o se incluyen en el marco de la denominada jurisdicción voluntaria notarial o registral, se regulan en textos legislativos diversos, como el Código Civil, el Código de Comercio, la Legislación hipotecaria, o la Ley y el Reglamento del Registro Civil.

En los últimos años, se ha generado, en un marco de expansión de la institución, una inflación de procedimientos específicos, sin que exista proceso, contemplados en leyes civiles o mercantiles, que no siempre resultan justificados en su especificidad, pero que en buena medida se amparan en la ausencia de un procedimiento global de jurisdicción voluntaria en el libro III de la LEC. Cabría citar, entre otros textos, en los que se regulan actos de jurisdicción voluntaria, las siguientes disposiciones legislativas: Ley 30/1979, de 27 de diciembre, en materia de trasplantes de órganos; Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, a propósito de nombramiento de tercer perito; Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7

(1) En este sentido, en Díez-PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2001, p. 229: "... aunque la doctrina considera las diligencias preliminares actuaciones de jurisdicción voluntaria, y la jurisdicción voluntaria ha quedado fuera del ámbito objetivo de la LEC, en este caso el legislador ha hecho una excepción a esa regla. Probablemente la razón de que la LEC, regule las diligencias preliminares pese a ser actos de jurisdicción voluntaria debe buscarse en la necesidad que había de introducir cambios en su regulación para darles mayor eficacia, lo que no debía esperar hasta la aprobación de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria".

de julio, sobre nulidad, separación y divorcio; Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en relación con los menores; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela y curatela; Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque; Ley Foral de Navarra 5/1987, de 1 de abril, sobre autorización judicial para enajenar o gravar bienes fideicomisarios; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de acogimiento y adopción; Ley 22/1987, de 11 de noviembre, en materia de Propiedad Intelectual, en supuestos de discrepancias sobre remuneración equitativa del autor, divulgación de la obra, subsanación de omisiones, reanudación de explotación de obra, etc., que requieran autorización judicial; Ley de la Generalitat de Cataluña 40/1991, de 30 de diciembre, reguladora del Código de Sucesiones por causa de muerte, sobre autorización judicial en materia de conmutación o conversión del modo que grava una institución de heredero o de legado; Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; Ley de la Generalitat de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, reguladora del Código de Familia, en materia de idoneidad para la adopción; Ley de la Generalitat de Cataluña 18/2002, de 5 de julio, en materia de cooperativas; Ley 9/2000, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, etc.

El título competencial de la futura LJV es el artículo 149.1.6 de la CE, que atribuye al Estado la regulación de la legislación procesal, excepto algunas disposiciones concretas que se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, mercantil, y de ordenación de los registros e instrumentos públicos, conforme al artículo 149.1.6 y 8 CE, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. En este sentido cabe mencionar la intervención del portavoz de CIU, Jordi Jane, quien afirmó en el curso del debate parlamentario que: "... la LJV que se apruebe debe estar claramente ajustada al marco estatutario, por tanto al Estatut de Catalunya, que es tanto como decir al marco constitucional, dado que los estatutos forman parte del bloque de constitucionalidad. Así el art. 147 del Estatut de Autonomía de Cataluña da competencia ejecutiva a la Generalitat en el establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales".

2. EL NUEVO PERFIL DE LA INSTITUCIÓN:

- A) CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA
- B) CONTENIDO
- C) GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO
- D) SANCIÓN CONSTITUCIONAL

CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La jurisdicción voluntaria, JV en adelante, ha sido descrita o calificada por la doctrina y la jurisprudencia con los más variados epítetos: misteriosa, heterogénea, fascinante, atormentada, insistente, machacona y dando respuesta a problemas concretos, repudiada por todos y sin sede científica propia, enojosa, difícil y de poco lucimiento, uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea, la gran olvidada y por qué no decirlo, la gran ignorada, inquisitiva o paradigmática por su brevedad y economía procesal, pero, en la práctica, salvo valiosas excepciones, singularmente GONZÁLEZ POVEDA, RAMOS MÉNDEZ y ALMAGRO NOSETE, ha suscitado escaso interés en la doctrina científica, y en el desarrollo argumental de la doctrina jurisprudencial, si nos atenemos a la relevancia de la parcela imprescindible de la realidad social que constituye su campo de aplicación (2), si bien ha de

(2) En análogo sentido se manifiesta MUÑOZ ROJAS, "Sobre la jurisdicción voluntaria", *Actualidad Civil*, 1989, núm. 39/90, pp. 577-585, cuando afirma que: "en el ámbito jurídico, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos". Especial relevancia en la doctrina española en la materia tienen las obras de RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción Voluntaria en Negocios de Comercio*, Madrid, 1978; ALMAGRO, en *Derecho Procesal Civil*, t. I, vol. II, Valencia, 1992; y GÓNZALEZ POVEDA, *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona, 3.^a ed., 1997.

En el último decenio, la previsión legislativa referida a la jurisdicción voluntaria ha estimulado la producción doctrinal. *Vid.* al respecto, entre otros estudios, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001; Id., *Hacia una Teoría General de La Jurisdicción Voluntaria I*, Iustel, Madrid, 2007; Id., *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II*, Iustel, Madrid, 2008; Id. *La Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2001; Id., "La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones", *Diario LA LEY*, 23 de marzo de

subrayarse que, en el último decenio, la previsión legislativa referida a la jurisdicción voluntaria ha estimulado la producción doctrinal.

2005; Id., "El nuevo perfil de la Jurisdicción Voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídico privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales", *Diario LA LEY*, 8 de junio de 2006; Id., "Observaciones al proyecto de ley de Octubre de 2006 (I)", *Diario LA LEY*, 27 de noviembre de 2006; Id., "Observaciones al proyecto de ley de Octubre de 2006 (II)", *Diario LA LEY*, 28 de noviembre de 2006; Id., "La Jurisdicción Voluntaria. El Anteproyecto de junio de 2006", en *El Notario del siglo XXI*, agosto de 2006; Id., "El fracaso de la Jurisdicción Voluntaria". *Registradores*, enero-febrero 2008; Id., Comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en trámite de asesoramiento, *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, n. 821, de 7 de mayo de 2007; Id., "La Jurisdicción Voluntaria en el marco del Estado constitucional de Derecho", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2007; Id., "La Oficina Judicial y la Jurisdicción Voluntaria: dos reformas procesales a debate en el panorama legislativo español", *Estudios en Homenaje al Profesor Elías Díaz*, RJUAM, *Revista Jurídica de la UAM*, 2009, y en: Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Problemas actuales de la Jurisdicción, 2010, t. II, pp. 1462-1477; Id., "El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial", número especial de *La Ley* sobre la Oficina Judicial. N. 7.191, de 8 de junio de 2009, pp. 8-11; Id., "Jurisdicción Voluntaria: aprender de los errores del pasado", *Revista: El Notario del siglo XXI*, núm. 31, 2010, pp. 66-74; Id., "Jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente para a nova lexislatura", n. 41, *Revista Galega de Administración Pública*, enero-junio 2011, pp. 11-46; Id., "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", *Revista ICADE*. Universidad Pontificia Comillas, septiembre-diciembre 2011, pp. 119-155; Id., "La Jurisdicción Voluntaria en el Plató". *El Notario del siglo XXI*, n. 41, enero-febrero 2012, pp. 22-33; Id., "Capacidad, discapacidad, incapacitación", en *Revista de Derecho Uned*, n. 9, 2012, pp. 83-92; Id., "Incapacitación y Discapacidad". *Tratado de Derecho de Familia*. Coordinado por Gema Díez-PICAZO. Capítulo VII. Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 1903-1954; RODRÍGUEZ ADRADOS, "El anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2006; DE PRADA GONZÁLEZ, "En torno a la futura ley de Jurisdicción Voluntaria", en *El Notario del siglo XXI*, diciembre 2005; Id., "Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de jurisdicción Voluntaria", *El Notario del siglo XXI*, 16, 2007, pp. 70 ss.; RAMOS MÉNDEZ, "¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?", *Justicia*, 2006; RODRÍGUEZ ADRADOS, "El anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria", *ANALES Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, Madrid, 2006; SEOANE CACHARRÓN, "Breve examen crítico del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006", *Diario La Ley*, 28 de septiembre de 2006; Id., "El Secretario Judicial como órgano de la Jurisdicción Voluntaria en el proyecto de ley de

Frente a posiciones maximalistas del tipo “la jurisdicción voluntaria podría ser eliminada de cualquier Ordenamiento Jurídico” o la de “las necesidades negociales y el tráfico jurídico, justifican la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos”, se impone una posición realista, en la que se sitúan las más modernas corrientes de la ciencia procesal, partidarias de regular, sin quiebra de las garantías esenciales del proceso, y sin desnaturalizar el marco que le es propio, una parcela imprescindible de la realidad social, en constante expansión, fruto del nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, que ha evolucionado desde la originaria tutela de relaciones jurídico privadas, a la actual protección de derechos indisponibles, intereses generales, públicos o sociales, así como a la resolución de conflictos de intereses considerados de relevancia menor.

No debería, finalmente, extenderse artificiosamente el campo de la jurisdicción voluntaria fuera de su propio ámbito, por meras razones de economía procesal, lo que se produciría si se tramitasen por la vía del procedimiento voluntario supuestos de tutela de derechos o intereses lesionados o supuestos de conflicto relevante. No se puede establecer una jurisdicción voluntaria contra natura por un simple deseo de celeridad. Una cosa es que se facilite la transacción, y el compromiso, y otra es que se desnaturalice en un procedimiento voluntario el conocimiento de supuestos en los que lo que subyace es la tradicional lucha por el derecho.

Sería deseable, en todo caso, que se valorase la creación, en el futuro, de juzgados que tuviesen atribuida la competencia en exclusiva en esta materia, tal como sucedía en la Edad Media, con los *iudices chartularii*, que pertenecían normalmente a la profesión notarial, ante los que, en atención a su especialización judicial, se desarrollaba, con carácter exclusivo, la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria. En los pasados decenios, en torno a un 10 % de los asuntos conocidos en los juzgados civiles se corresponden con procedimientos de jurisdicción voluntaria.

No es la jurisdicción voluntaria, por otra parte, una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador como campo de experi-

27 de octubre de 2006”, *Diario LA LEY*, 15 de mayo de 2007; Id., “Examen del procedimiento Judicial común en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Diario LA LEY*, 6 de septiembre de 2007.

mentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica. Muy por el contrario, ya en Derecho Romano existió el sustrato social y la realidad jurídica de lo que por primera vez en la historia de la ciencia jurídica europea, un jurista romano, del siglo III d. C., llamado Marciano, en su obra *Instituciones*, con posterioridad recogida en el *Digesto* de Justiniano, denomina jurisdicción voluntaria, "*iurisdictio voluntaria*". "Todos los procónsules, una vez que salen de la ciudad, tienen jurisdicción, pero no contenciosa sino voluntaria, por ej. pueden autorizar manumisiones, emancipaciones y adopciones", si bien la realidad jurídica que se engloba en la expresión JV se remonta a los primeros siglos de la experiencia jurídica romana, así a tres supuestos paradigmáticos de JV, el nombramiento de tutor de los menores no sometidos a patria potestad y de curador en los casos de personas con enfermedad mental aguda y de prodigalidad, se hace ya mención en el Código de las XII Tablas del siglo V a. C.

La JV era entonces, en Derecho Romano, pacífica, negocial y voluntaria, y de ahí la denominación de Marciano, en la medida en la que las partes acudían de común acuerdo ante el magistrado y fingían la existencia de un conflicto, que de inmediato se diluía ante el allanamiento que una de las partes realizaba ante la afirmación de la otra, y por medio de esta fórmula procesal se hacía efectiva la transmisión de un derecho de servidumbre, de usufructo, la posición de heredero, un derecho de alimentos entre parientes, etc.

Cuando escribe Marciano el texto de referencia ha desaparecido ya la ficción procesal, que reaparece siglos después en la Edad Media, y lo que hace el magistrado es un control de legalidad de la solicitud del promovente o del acuerdo inter partes, y verificado este, procede a autorizar, habilitar, constituir o declarar la existencia de un derecho, en una etapa en la que el ejercicio de la jurisdicción es ya un oficio de un contenido amplísimo, que no solo se identifica con el proceso, como así fue durante siglos, sino que comprende cualquier acto o poder del magistrado jurisdiccional, conforme parece derivarse de un texto de Ulpiano, contenido en D. 2.1.1: "El oficio del magistrado con jurisdicción es amplísimo, *ius dicentis officium latissimum est*, así pues, puede proceder al nombramiento de tutor a quien carece de él, poner en posesión de los bienes hereditarios a quien los haya recibido por herencia, ordenar la entrega en posesión de bienes o nombrar jueces a los litigantes".

Asimiladas en la época clásica romana a la jurisdicción voluntaria determinadas actuaciones formalizadas ante los funcionarios encargados de los Archivos o Registros Públicos y ante los notarios o tabeliones, es en la Edad Media cuando se atribuye ya a los notarios competencias específicas en materia de jurisdicción voluntaria, primero como profesionales adscritos a los tribunales, civiles y eclesiásticos y, con posterioridad, como ya ha sido subrayado, como titulares de los juzgados, *iudices chartularii*, con competencia específica para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria, ante los que se desarrollaba la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria, en una primera etapa, superada la cual, se procedía a la formalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitado fuera ya del marco del proceso contencioso.

La expresión JV se transmite en la Edad Media a través de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, y de este pasa a los códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos.

La denominación de jurisdicción voluntaria tiene, por tanto, una fundamentación histórica derivada de su utilización sin intervalos durante casi veinte siglos, y la reforma de la Justicia no debe ni puede prescindir de la historia, en afortunada expresión de la EM de la LEC, a lo que ha de añadirse el valor derivado del arraigo de una terminología utilizada de forma usual en el lenguaje común, en el de los operadores jurídicos y en la tradición jurisprudencial, así como la inutilidad de los esfuerzos doctrinales y legales realizados en otras latitudes para encontrar una expresión comprensiva del fenómeno que nos ocupa.

Así, denominaciones como proceso no contencioso o procedimiento en Cámara de Consejo se han revelado como insatisfactorias, y no han logrado sustituir en los propios países en que se han introducido a la denominación clásica, que ha seguido presente en las aportaciones científicas y, en ocasiones, de forma casi freudiana, en el propio texto de la ley (3). Jurisdicción contenciosa y volunta-

(3) Art. 32, disp. Att. del Código Civil italiano: "el ministerio público debe ser oído siempre en los procedimientos de jurisdicción voluntaria que tienen contenido patrimonial"; arts. 35 y 36 del DPR, 5 de enero de 1967, n. 200, que regulan las funciones y competencias de los cónsules en materia de jurisdicción voluntaria; arts. 9, 66 y 67 de la reciente Ley de 31 de mayo de 1995, reformadora del sistema italiano de Derecho internacional privado, mediante los que se regulan las hipótesis en que subsiste la jurisdicción del juez italiano en materia de jurisdicción voluntaria, así como los

ria, una vez desgajadas de esta las artificiosas adherencias que no le son propias, constituyen esferas de la jurisdicción, que requieren una actividad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional, si bien en la jurisdicción voluntaria judicial, que se enmarca, en gran parte de su contenido, en el amplio campo del ejercicio pacífico de los derechos, y de ahí la justificación funcional de la denominación, no existen, en general, posiciones contrapuestas, a priori, de personas enfrentadas, salvo supuestos de conflictos de relevancia menor, mientras que en la jurisdicción contenciosa lo normal es la existencia de una controversia entre los litigantes, aunque hay también procesos declarativos o constitutivos en los que no existe oposición. Se trata, en estos casos, de auténticos procesos sin contradicción de voluntades como, por ejemplo, sucede en los supuestos de las denominadas sentencias sin oposición.

CONTENIDO

Con la expresión jurisdicción voluntaria, en sentido estricto, se hace referencia a aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de un juez, o este interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, sin que exista una contienda relevante con otra persona, o una lesión de derecho subjetivo o interés legítimo.

Son, por ejemplo, supuestos de jurisdicción voluntaria –de entre los más de 200 pendientes de nueva regulación, racionalización y redistribución– la adopción de medidas relativas al traslado o retención ilícita de menores en actuaciones de sustracción internacional, es decir, el conocido como secuestro parental, la aprobación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial; la protección patrimonial de las personas con discapacidad; la declaración de ausencia o fallecimiento de una persona; que se proceda al nombramiento de un tutor o que se autorice a este la venta de un inmueble de su pupilo; la

presupuestos y la eficacia en Italia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que intervienen jueces extranjeros. *Vid.* al respecto en VENTURINI, "Consideración sulla qualificazione dei procedimenti stranieri di giurisdizioni volontaria", *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, 2003, pp. 813-910. En relación con el estudio histórico de la institución de la jurisdicción voluntaria, *vid.*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3.ª ed., 1999.

constitución de una adopción o de un acogimiento familiar; las autorizaciones relacionadas con el honor, la intimidad o la propia imagen del menor; la autorización para el trasplante de órganos de personas fallecidas; que se autorice la convocatoria de una junta general ordinaria de sociedad anónima que no se hubiese convocado en el plazo legal; que se acuerden medidas de garantía en relación con la mala administración de los padres; que se disponga el depósito y venta de mercancías y equipajes en los casos en que el destinatario no abone el flete o el pasaje; la auditoría de las cuentas de los empresarios; el nombramiento de perito en el seguro de daños; que se autorice al capitán del buque la venta de un cargamento, en peligro de avería, en el puerto de arribada y no en el de destino; la liquidación y distribución de una avería gruesa, en materia de Derecho marítimo, o los supuestos de intervención judicial, sin que exista proceso, en relación con la restricción de derechos fundamentales.

Se incluyen, asimismo, dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el Ordenamiento Jurídico considera que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso, entre los que cabe señalar las controversias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, o los desacuerdos entre los esposos en la gestión de los bienes comunes. Se trataría de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario, justificaría la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario, que cumpliría, en estos casos, el papel que correspondería a un especial procedimiento sumario contradictorio.

Son considerados, finalmente, procedimientos de jurisdicción voluntaria judicial otros supuestos en los que la intervención del juez queda reducida a la mera presencia, comprobación de hechos, calificación, autenticación o documentación del acto o relación jurídica, lo que supone una desnaturalización de lo que debe entenderse por potestad jurisdiccional, ni parece asimismo necesaria en estos supuestos la actuación judicial en garantía de derechos, que con carácter compartido con otros poderes del Estado, se atribuye a los jueces y tribunales en el artículo 117.4 de la Constitución.

Sería, pues, deseable, en este ámbito de reflexión, y en atención a las enseñanzas de la experiencia histórica, la dogmática jurídica y la realidad social propia de esta esfera del Ordenamiento, deslindar en-

tre aquellas competencias que deben continuar atribuidas al órgano jurisdiccional, por razón de su naturaleza jurídica, o bien debido a la consideración de los jueces como los operadores jurídicos que gozan de un mayor grado de independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función, aquellas otras competencias que, atribuidas en su momento –finales del siglo XIX– a los jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la prevención o desconfianza frente a otros operadores jurídicos, o a razones de mera tradición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo, podrían desjudicializarse, al desaparecer las razones de política legislativa que constituían su fundamento, y atribuirse, en la parte correspondiente a disposiciones finales, a profesionales del Derecho, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, a quienes corresponden con mayor propiedad el ejercicio de estas funciones, en atención a su propia naturaleza así como a su especialización y cualificación jurídicas. Se trataría con ello no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino sobre todo de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema y como demostración de confianza en la madurez de la sociedad civil.

La intervención de oficio del juez y del fiscal está prevista en supuestos de procedimientos de jurisdicción voluntaria que afectan a menores, incapacitados o desvalidos, en estrecha relación con los preceptos constitucionales (arts. 9.2 y 53.3 CE) referidos al Estado social, o bien a la condición y estado civil de las personas, o a intereses jurídico-públicos, generales o sociales.

GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE JV

La previsible futura concepción de la JV judicial debe caracterizarse por su sustancial aproximación a la jurisdicción contenciosa, en materia de garantías del procedimiento. La previsión legal contenida en el artículo 22 del Proyecto de Ley de 2006, conforme a la cual: “La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades”, supone la supresión de las particularidades previstas en materia de JV y una práctica equiparación en la regulación de ambas esferas de la jurisdicción. Así, en materias como:

- Días y horas hábiles.
- Desaparición de la posibilidad de modificar de oficio “Las provi-

dencias y autos no definitivos, conforme al 1818 LEC, que suponía una desvirtuación de lo previsto en la LOPJ, arts. 18 y 267, que establecen el principio de que las resoluciones judiciales solo quedarán sin efecto en virtud, en su caso, de los recursos previstos por las leyes.

— Reforzamiento del principio de igualdad de partes, en la medida en que se produce una atenuación o práctica desaparición, en algunos casos de JV, de la posición de solicitantes, interesados (es decir, personas con interés concurrente o complementario, de cualquier tipo, jurídico, económico, moral, etc., con el del solicitante), contrainterésados (es decir, personas con interés divergente al expresado por el solicitante) y afectados, en relación con la audiencia, alegaciones, testimonios (por ej., de terceros no interesados a los que el procedimiento no afecta, en sentido estricto, a sus intereses), pruebas (en contraposición a las actuales informaciones, acreditaciones y justificaciones), trámite de conclusiones, registro de la comparecencia en soporte apto para la reproducción del sonido y la imagen, plazo para subsanar los posibles defectos u omisiones en las solicitudes, asistencia técnica, justicia gratuita, recursos, etc., así como en aquellos supuestos en que por análogas motivaciones rige el principio de impulso de oficio en el proceso contencioso o en el procedimiento de JV.

— Previsión de la controversia y la oposición.

— Plazos cortos y prorrogables. Asunción, con carácter general, del principio preclusivo.

— Previsión de subsanación de posibles defectos u omisiones en las solicitudes, conforme al art. 23.1 del Proyecto de Ley de JV de 2006.

— Supresión del régimen singular de la apelación en uno o dos efectos, ex arts. 1819 y 1820. Previsión de supletoriedad de la Ley Procesal Civil, conforme al art. 12 del Proyecto: "La Ley de Enjuiciamiento Civil será de aplicación supletoria a los expedientes de Jurisdicción Voluntaria administrados por Jueces y Secretarios Judiciales en lo no previsto por esta Ley".

Resultaría apropiado, asimismo, un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento voluntario, una atenuación del dirigismo judicial, que en consonancia con la libertad de forma y el carácter más potestativo de la actuación judicial en esta esfera de la jurisdicción, pueda poner en riesgo las fundamentales garantías inherentes a todo procedimiento, una limitación del principio de impulso de oficio a aquellos supuestos

de derechos indisponibles o de interés general, públicos o sociales, y una aproximación de las posiciones de solicitante, interesados y terceros, en especial en aquellos supuestos en los que el interesado exprese un interés contrario al manifestado por el promovente, es decir, en aquellos casos en que nos encontremos en presencia de lo que se denomina contrainterés en la legislación italiana, no obstante lo cual, no se produce un sobreseimiento del expediente.

El carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, en atención a las decisiones contingentes de política legislativa, ha sido, por otra parte, una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción, y así, por ejemplo, los alimentos provisionales y la incapacitación por locura fueron en una primera época de vigencia de la LEC 1881 expedientes de jurisdicción voluntaria, siendo con posterioridad transvasados a la jurisdicción contenciosa. En la misma línea, el legislador de la Ley Procesal Civil del año 2000 ha incluido en su seno supuestos que con anterioridad se regulaban por el trámite voluntario, como el internamiento de personas incapaces por trastornos psíquicos o, conforme al artículo 770 LEC, las pretensiones que se formulan al amparo del título IV, libro I, del Código Civil, relativo al matrimonio, que se sustancian por los trámites del juicio verbal.

A la necesidad de regular la contradicción en el procedimiento de JV judicial, que constituía, a mi juicio, la deficiencia de mayor calado del texto legislativo presentado en el año 2006, se refirieron todos los expertos que comparecieron en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, los días 7 y 14 de mayo de 2007, a fin de asesorar sobre el contenido del Proyecto.

Carece de sentido articular un procedimiento judicial garantista, como en efecto así se había hecho, en contraposición a la vigente previsión legal, que adolece de esta nota caracterizadora, entre otros aspectos, en materia probatoria y de audiencia, y aplicarlo tan solo a menores e incapaces, como se preveía en el Proyecto del Gobierno de 2006. Resultaba, asimismo, artificioso optar por una concepción de la JV basada únicamente en la ausencia de conflictividad como elemento diferenciador con la jurisdicción contenciosa, conforme a un modelo ya superado en la vigente legislación sustantiva y procedimental, española y comunitaria, como así fue subrayado en los preceptivos dictámenes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.

Lógicamente, si se acude al órgano judicial, en numerosos supuestos de JV en los que no están afectados intereses de menores o incapacitados, es ante la falta de acuerdo entre los interesados. Así, por ejemplo, para proceder a la consignación de un objeto o de una cantidad de dinero; para fijar el plazo para el cumplimiento de una obligación; para obligar a exhibir la contabilidad de una empresa o a auditar las cuentas de un empresario; para convocar una junta o asamblea general; para nombrar un tercer perito en un contrato de seguro; para proceder a liquidar una avería gruesa, o para resolver las discrepancias surgidas en el contrato de fletamento, entre fletador, como titular de las mercancías transportadas, y fletante, como porteador de estas, por señalar solo alguno de los muchos supuestos en los que la discordancia es manifiesta o está subyacente, es porque existe un problema sin resolver o una necesidad que atender del ciudadano que acude en ayuda del órgano judicial. En otras ocasiones, es el propio texto legal el que prevé que la oposición no hará contencioso el expediente, como así sucede en la presentación y adverbación del testamento ológrafo o del testamento cerrado, o en los supuestos de extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque.

Muchos de los procedimientos de JV tienen, en definitiva, controversia desde el inicio. En su intervención de 17 de mayo de 2007, en trámite de asesoramiento ante el Congreso de los Diputados, la entonces decana del I. Colegio de A. de Barcelona se refería a esta circunstancia y ponía como ejemplo el procedimiento de restitución de menores, en los casos de secuestro del menor por alguno de los progenitores, el denominado secuestro parental, que la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996 obliga a tramitar en el marco de la JV. Lo ponía como ej. de JV con controversia *ab initio* y de supuesto que requiere la intervención preceptiva de abogado, a los efectos de que los interesados dispongan de un asesoramiento técnico cualificado en relación con la documentación a presentar, las pruebas dirigidas a fundamentar las decisiones tomadas o la petición realizada, etc.

En materia de efectos de la controversia se volvió, en el curso de la tramitación parlamentaria, a la regulación prevista en el Anteproyecto de la Comisión de Codificación, lo que supone optar por hacer una Ley eficaz y que resuelva los problemas que se plantean cuando se acude a un operador jurídico para que incoe un procedimiento, dado que la opción por el archivo del expediente cuando se

genere una controversia y la oposición consiguiente, traería consigo la ineficacia de la Ley y, en consecuencia, los ciudadanos dejarían de acudir a la JV. La razonable regulación de la oposición prevista en la Ponencia de la CGDC y asumida en el Congreso de los Diputados se contiene en el art. 7 del Anteproyecto, conforme al cual: "Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no sea revocado o modificado en proceso declarativo promovido por persona legitimada". La fundamental enmienda sobre los efectos de la controversia, la n. 100, sin duda la esencial, a mi juicio, en el logro de una Ley de JV eficaz, fue presentada y defendida en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Mixto.

SANCIÓN CONSTITUCIONAL

En relación con la sanción constitucional de la JV me parece plenamente acertada la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho sexto de la STS de 22 de mayo del año 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de la que fue Ponente el magistrado PECES MORATE: "... El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas o determinadas (artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) su actuación no debe estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción... No se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquellas que, a diferencia de las denominadas

de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere...”.

Si analizamos la actuación del Presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria en que intervienen los jueces y magistrados, cual es la contradicción (4).

Los procedimientos atribuidos a los jueces en materia de condición y estado civil de la persona, Derecho de familia, restricción de derechos fundamentales y derechos indisponibles, implican reserva judicial y jurisdiccional, es decir, el ciudadano no puede acudir a otro operador jurídico que no sea la Autoridad Judicial.

En relación con este punto cabe señalar, a mi juicio, en relación con la afirmación contenida en la exposición de motivos, apartado tercero, del Proyecto de Ley de 2006, conforme a la cual, “tal y como aparece concebida en la presente ley la jurisdicción voluntaria

(4) *Vid.* especialmente en RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, t. III, cit., pp. 1289 ss.; Id., *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, cit., pp. 23 ss.

Para TARZIA debe considerarse superado el antiguo aforismo *iurisdictio in sola notione contentiosa consistit*, y es necesario reivindicar algunas garantías fundamentales de la jurisdicción contenciosa también para la jurisdicción voluntaria, así por ejemplo las garantías de la independencia y la terceridad del juez; para MONTESANO los derechos subjetivos e intereses tutelados por la jurisdicción voluntaria tienen la misma naturaleza que los derechos subjetivos lesionados propios de la jurisdicción contenciosa, y especialmente en los casos de tutela de los derechos de los menores e incapacitados, el procedimiento seguido debe cumplir todas las garantías que informan los procesos contenciosos; para DENTI no cabe individualizar una jurisdicción voluntaria con características autónomas respecto de la jurisdicción en general, sino que, por el contrario, en cuanto que se atribuye a órganos judiciales, no se sustrae a las garantías, subjetivas y objetivas, que caracterizan la actividad judicial. Las opiniones de estos autores se encuentran reflejadas en las Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo civile en Palermo, celebrado en 1989.

encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución...”, supone, a mi juicio, una toma de postura doctrinaria en una cuestión sometida a debate en la doctrina europea, así como contrario a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de la Sala Tercera de 22 de mayo del año 2000 dice textualmente: “no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria, los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales, con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo, otro proceso contradictorio y en consecuencia, estas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de la Constitución, las demás funciones –continúa diciendo el Tribunal Supremo– que el artículo 117.4 permite que la ley atribuya a juzgados y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquellas que a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos como en los supuestos de participación de los jueces en jurados de administración forzosa o en la administración electoral”. Al debate doctrinal sobre la JV se refirió el fiscal del TS en su intervención, previa a la aprobación de la enmienda que reintrodujo la posibilidad de oposición, en los siguientes términos: “... hay una polémica doctrinal fuerte –sobre– si la JV está incardinada en el 117.3 o en el 117.4. En puridad se podría decir que la contradicción, en cuanto que se va a resolver contradictoriamente, entraría ya en el conflicto y estaríamos más hablando de proceso y más del 117.3...”.

Por otra parte, la exclusión de la jurisdicción voluntaria del núcleo esencial indisponible y excluyente de funciones que conforman la potestad jurisdiccional de los jueces previsto en el 117.3 y su inclusión en las funciones de los jueces en garantía de derechos conforme al 117.4, respecto de los que no existe una reserva de jurisdicción, comportaría la posibilidad de traspaso en un futuro de las funciones relativas a menores, incapacitados, discapacitados, desvalidos, derechos indisponibles, supuestos atinentes a intereses públicos, restricción de derechos fundamentales, etc., a otros operadores jurídicos que en un momento determinado fueran considerados más idóneos, lo que, a mi juicio, resulta inasumible en el actual marco constitucional, en atención a la naturaleza de los intereses que están en juego y a la necesidad de que su conocimiento y resolución se atribuya al operador jurídico que goza de un mayor grado de independencia e imparcialidad, en su estatuto jurídico, en

el marco de la Administración del Estado. Lo que sí cabría afirmar es que las competencias atribuidas a los jueces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, se incluyen, dependiendo de la materia, en los párrafos tercero o cuarto del art. 117.

Parece razonable que algunas de las competencias que actualmente se atribuyen a los jueces, puedan trasvasarse a otros operadores jurídicos en el futuro, pero, a mi juicio, hay determinadas competencias respecto de las que no cabe pensar, con el actual marco constitucional, en una titularidad distinta de la judicial, así, por ejemplo, respecto a la autorización judicial para esterilizar un incapaz, o para el tratamiento no voluntario de una persona con trastornos psíquicos o para una intromisión legítima en el honor, en la intimidad o en la propia imagen de un menor o incapacitado o para autorizar o aprobar el reconocimiento de la filiación no matrimonial de menores o incapaces o para el nombramiento o remoción de un tutor o curador o para autorizar la venta de un bien del patrimonio de una persona con discapacidad o para decidir sobre la custodia de los menores cuando los padres vivan separados o sobre la atribución a uno solo de los cónyuges de la facultad para realizar actos de administración o disposición de los bienes comunes.

No parece, a mi juicio, razonable que en los señalados y en otros análogos supuestos de JV, quepa cuestionar que el juez está realizando una actividad de enjuiciamiento propia de la potestad jurisdiccional, consistente en constituir, autorizar, habilitar o complementar la capacidad de una persona, tutelar un interés público o resolver un conflicto cuya relevancia no requiere, a juicio del legislador, que sea dirimido en un proceso contencioso, mediante un procedimiento contradictorio o de ejercicio pacífico del derecho, sustanciado con todas las garantías de la tutela judicial efectiva.

Es decir, hay determinados aspectos que, a mi juicio, necesariamente deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional, y ello únicamente lo garantiza el 117.3. De modo que el legislador debe ser consciente que si mantiene que la fundamentación de la JV se asienta tan solo en el párrafo 4 del art. 117 CE, cabría que en el futuro se decidiese que alguno o todos los supuestos mencionados se atribuyesen a otros operadores jurídicos, que en el marco de la JV serían secretarios judiciales, notarios o registradores.

En el sentido expresado se ha pronunciado, en su preceptivo Dictamen, el Consejo General del Poder Judicial, pág. 23: "sin la nota

de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones..." y Conclusión segunda, pág. 84: "Al considerar que la intervención judicial en los procedimientos de JV no reviste la nota de exclusividad, al tener encaje constitucional en el apdo. 4 del art. 117...". En el texto del Anteproyecto elaborado en la Comisión de Codificación se afirmaba que las competencias judiciales de JV quedaban amparadas por los párrafos tercero y cuarto del artículo 117 de la Constitución.

En definitiva, parece evidente, a mi juicio, que la fundamentación constitucional de la JV, conforme a la fundamental STS de 22 de mayo de 2000, que se refiere a la JV de competencia judicial, debe residenciarse o en el párrafo 3.º del art. 117, o en los párrafos 3.º y 4.º del art. 117 de la CE, o quizás incluso podría resultar más prudente que no se hiciese referencia a la naturaleza jurídica de la JV, en una sede, como la Exposición de Motivos, que no parece la más apropiada para este menester, con el agravante, a mayor abundamiento, de tratarse de una cuestión sometida a debate en la doctrina europea, sin que exista una posición mayoritaria al respecto.

Reparar lesiones de derechos o intereses legítimos o su no reconocimiento y dirimir controversias relevantes, constituye el núcleo esencial de la potestad jurisdiccional, y otorgar tutela judicial efectiva fuera del marco del proceso contencioso en conflictos cuya entidad no requiere un juicio ordinario o en defensa de derechos o intereses legítimos de menores, incapaces, personas con discapacidad, derechos indisponibles o intereses generales, públicos o sociales, mediante una actividad de enjuiciamiento y en aplicación del derecho objetivo, con todos los principios y garantías procesales, forma parte asimismo, a mi juicio, del contenido de facultades atribuidas con carácter exclusivo a Juzgados y Tribunales por el art. 117.3 CE o, en determinados supuestos, en garantía de derechos por el artículo 117.4 CE. En todo caso, la JV judicial se configura como parte integrante de la idea de Administración de Justicia, considerada como función con un contenido más amplio que el propio del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Cabe afirmar, para concluir este punto, que el procedimiento de JV de competencia judicial, para la protección de derechos e inte-

reses legítimos, requiere una labor de enjuiciamiento por parte del juez equiparable a la propia de la jurisdicción contenciosa, y una tramitación en la que han de respetarse los principios y garantías inherentes a toda actuación judicial, que debe concluir mediante una resolución judicial de fondo, mediante la que el juez se pronuncie sobre la cuestión planteada en el curso del expediente, a fin de que el ciudadano obtenga la tutela judicial efectiva en el ejercicio de su derecho o interés legítimo. En definitiva, la pérdida de garantías supone, también en el ámbito de los procedimientos de JV, un menoscabo en la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los justiciables. Cabe señalar, asimismo, que, al igual que sucede en el marco de la jurisdicción contenciosa, el ciudadano puede plantear una cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento de JV en su conjunto o sobre alguno de los preceptos específicos de su normativa.

3. RACIONALIZAR, DESREGULAR, REDISTRIBUIR Y DESJUDICIALIZAR

El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial no supone, por otra parte, ningún obstáculo en esta materia para racionalizar el sistema, desregular los procedimientos obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia, manifestaciones de la actual discordancia entre lo legislado y la actual realidad social, redistribuir entre jueces y secretarios las competencias asignadas al órgano jurisdiccional y desjudicializar aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica comprenden a otros profesionales del Derecho, en especial notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en atención a su especialización y a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento Jurídico.

Hay que deslindar de entre los actos de JV actualmente judicializados aquellos que tienen naturaleza jurisdiccional y aquellos que tienen naturaleza administrativa.

Los actuales actos de JV no tienen un carácter unitario, sino, por el contrario, una naturaleza heterogénea, fruto del constante incremento de supuestos previstos en la legislación sustantiva en los que se prevé la intervención del juez sin que su actuación se encauce en el marco de un proceso.

La actual JV tiene, pues, en parte naturaleza jurisdiccional y en parte naturaleza administrativa, según los actos a los que nos referamos, por lo que no cabe atribuir a la JV naturaleza jurisdiccional o administrativa con carácter global, sino que los actos de JV tienen una naturaleza muy diferente entre sí. Así, un pacífico deslinde voluntario entre colindantes, la adverbación de un testamento ológrafo, la elevación a escritura pública de un testamento otorgado sin intervención notarial, una subasta judicial no ejecutiva, los expedientes de dominio, la convocatoria judicial de una junta general, el nombramiento de un interventor o liquidador o auditor en los casos previstos legalmente o el examen de la contabilidad de los empresarios, por citar algunos supuestos entre los varios centenares previstos en la legislación, que podrían ser considerados, conforme al art. 117.4 CE, actos atribuidos a los jueces en garantía de derechos, no tienen sin embargo un contenido estrictamente jurisdiccional, sino que más bien parece que nos encontramos ante una actividad de prevalente carácter administrativo, que, atribuida en su momento a la autoridad judicial en atención a razones diversas, ha perdido, en el momento actual, su justificación competencial, por lo que sería conveniente su desjudicialización, y consiguiente atribución a otros centros de referencia, operadores jurídicos de la Administración del Estado, que se produciría sin merma de las garantías de la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los justiciables.

Por el contrario, la autorización judicial para la esterilización de un discapacitado psíquico, el procedimiento para obtener la autorización o aprobación del reconocimiento de filiación extramatrimonial de un menor o un incapacitado o el conflicto derivado del secuestro parental de un menor de edad y el procedimiento para su restitución, son actos de JV, pero de naturaleza muy diferente a la administrativa.

La necesidad de descargar de trabajo a los jueces, concentrar su actuación en tareas jurisdiccionales, redistribuir competencias y racionalizar el sistema en la Administración de Justicia, constituyó, por otra parte, el objeto de una Recomendación del Consejo de Europa, dirigida a los países miembros, de fecha 16 de septiembre de 1986. La desjudicialización supondrá la reforma de la correspondiente legislación notarial, registral, funcional o la de otros agentes jurídicos, respecto de los que se produzca el traspaso de competencias, dado que parece procedente que en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria se regulen tan solo las competencias que se mantienen

en la órbita judicial y se remita a la legislación notarial y registral la regulación de las materias desjudicializadas.

En la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Ley de 23-12-2003, artículos 438,3 y 5 y 456,3 y 4, se prevé, por su parte, la competencia de los secretarios judiciales en los actos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se les atribuya en las futuras leyes procesales, lo que supone asimismo un reconocimiento expreso de la competencia de estos profesionales del Derecho en este ámbito, en la línea con lo previsto en el art. 290 de la LOPJ de 1985, que ya les atribuía las propuestas de autos definitivos en materia de jurisdicción voluntaria.

Se descargaría con todo ello de competencias a los jueces, que se atribuirían a estos funcionarios del Derecho, que integran el órgano jurisdiccional, al menos a partir de la LOPJ de 1985, conforme a la opinión de una parte de la doctrina procesalística, cualificados por su preparación jurídica y por su dominio de la técnica procesal, que se encuentran en el momento actual, al decir de la mayoría de los estudiosos que se han pronunciado sobre la cuestión, infrautilizados en el marco de la Administración de Justicia, no obstante la relevancia de las funciones que se les atribuyen en el marco de la Administración de Justicia: dación de fe, dación de cuenta, ordenación procesal y determinadas competencias en el ámbito de la ejecución. La implantación de la Nueva Oficina Judicial ha supuesto un notable reforzamiento de la posición de estos funcionarios públicos.

El procedimiento podría consistir en reconocerles competencia para dictar decretos motivados, con hechos, fundamentos de derecho y fallo, en los asuntos que se les atribuyan, decretos motivados que serían recurribles ante el juez en primera instancia. La utilización del término decreto supondría, por otra parte, la recuperación de la denominación de la resolución "*decretum*", con la que el magistrado romano concluía el procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como la armonización con la terminología utilizada en la legislación alemana –el Rechtsfleger alemán, equiparable al secretario judicial español, concluye el procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante un decreto motivado– y en la legislación italiana. En los asuntos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se mantenga en la exclusiva competencia de los jueces, podría atribuirse al secretario la tramitación del expediente que debería en todo caso ser estudiado y decidido por el juez en auto motivado.

Notarios y registradores son, al propio tiempo, profesionales privados del Derecho y órganos de la Administración pública, titulares activos de las funciones públicas que les atribuye el Ordenamiento Jurídico, y responsables de las actuaciones desarrolladas en su ejercicio ante los órganos judiciales.

En relación con la atribución de competencias que podrían ser transferidas al Notariado (5), cabe señalar que se hace imprescindible un amplio reconocimiento y atribución al Notariado de competencias desjudicializadas en este sector del Ordenamiento, en atención a la doble condición de los notarios de titulares de una función pública al servicio de los intereses generales, y de profesionales privados del Derecho, lo que supondrá, por otra parte, la recuperación de un protagonismo en un ámbito que ya les había sido reconocido por la historia, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación, acreditación y ciertos supuestos de homologación y de fe pública extrajudicial, mera presencia o comprobación de hechos y garantía de derechos, en consonancia con la seguridad jurídica preventiva y la finalidad antilitigiosa de la actividad notarial, y que han hecho que el notario actual, en palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS, "no sea un mero fedatario público, sino que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes".

La función notarial se ejerce, por otra parte, de forma independiente e imparcial, sin sometimiento a ordenación jerárquica, y su actuación, incluso en su función de dar fe pública, está sometida al control judicial. No constituye la actividad notarial un servicio público en su concepción administrativa, aunque sí supone el ejercicio de un servicio público en cuanto a su función certificante y autorizante,

(5) *Vid.* en este sentido RODRÍGUEZ ADRADOS, "Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial", RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp. 71-183; *Id.*, "Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado", RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; *Id.*, *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

en la medida en que se trata de una delegación parcial de la soberanía del Estado, que controla su recto ejercicio.

Cabe afirmar, en definitiva, en relación con este punto, que el reconocimiento de potestad decisoria a los secretarios judiciales en el ámbito de la JV, como reconocidos expertos en Derecho procesal, y a su configuración como Cuerpo superior jurídico y único, de carácter nacional, al Servicio de la Administración de Justicia, y la amplia desjudicialización de competencias y su atribución a notarios y registradores, como profesionales de acreditada solvencia jurídica y titulares de un servicio público que ejercen por delegación del Estado, supone una racionalización del sistema, una descarga de trabajo para los jueces y una lógica ratificación de confianza en la idoneidad de estos operadores jurídicos en el desempeño de esta función, así como en la madurez de la sociedad civil.

No voy a entrar tampoco en este estudio, en el examen detallado de los procedimientos que, a mi juicio, especialmente en el campo del Derecho de cosas y en el del tráfico mercantil de sociedades, cabría atribuir en esta materia al otro relevante Cuerpo de profesionales del Derecho, el de los registradores de la propiedad y mercantiles, que en cuanto órganos de la Administración, que ejercen una potestad pública, a través del procedimiento registral, podrían asumir todos aquellos procedimientos que incardinados de manera especial, aunque no exclusiva, en el marco de los derechos reales, como la anotación preventiva del crédito refaccionario, o la rectificación de errores en los asientos del Registro de la Propiedad y en el ámbito del Derecho societario, como la convocatoria de juntas generales de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, o asambleas generales de cooperativas en determinados supuestos, o el nombramiento de interventores, liquidadores o auditores en situaciones concretas, tengan clara vocación registral.

Baste decir que, tanto en materia civil como en mercantil, determinados procedimientos que se desjudicialicen pueden ser atribuidos con idéntica eficacia tanto a notarios como a registradores, que en los supuestos desjudicializados debe suprimirse toda huella procesal y de manifestación de imperio, y que es en sede de disposiciones finales de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria donde deben incluirse los supuestos que salen de la órbita judicial y en sede de la legislación hipotecaria, notarial y registral, donde debe residenciarse la regulación correspondiente.

4. ALGUNAS PROPUESTAS A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN CON EL TEXTO NORMATIVO APROBADO EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS EN JUNIO DE 2007

1. La utilización de las expresiones “administradores del expediente” y “administración y gestión del expediente”, contenidas en el Proyecto de JV de 2006, podrían resultar apropiadas en referencia a la función propia de los notarios y de los registradores, pero aplicadas a jueces y secretarios judiciales obedece a una concepción administrativista de la JV que ha quedado por fortuna superada en el texto aprobado en sede de la Comisión de Justicia, por lo que sería deseable su sustitución por las expresiones: “operadores jurídicos competentes” y “tramitación del expediente”, en atención a su mayor tecnicismo y a su utilización usual en el lenguaje legislativo, así como en el propio de la doctrina y la jurisprudencia.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial en las págs. 34 y 35 de su Informe: “El Anteproyecto denomina «administrador del expediente» a las autoridades o funcionarios a los que la ley, ésta u otra, designe para conocer y resolver los expedientes de JV (art. 2.1), denominación que por ir asociada a la idea de gestión, se considera inadecuada, como se ha indicado, tanto referida a la actividad que se realiza, como, en particular, a la función judicial”, y pág. 20: “Lo que el Anteproyecto denomina administradores del expediente –parece que intentando encontrar una denominación genérica a todos ellos– constituye una denominación poco afortunada dado que los procedimientos de JV no son, en puridad, susceptibles de administración sino de tramitación y resolución...”.

2. En relación, asimismo, con la terminología, cabe señalar que en materia de JV, en estricta técnica jurídica, la más adecuada, a mi juicio, se corresponde con la utilización de los vocablos acto, procedimiento y expediente. En puridad, previsto en la legislación sustantiva un acto de JV, y atribuida su titularidad a un juez, secretario judicial, notario o registrador, se requiere, para la realización del derecho subjetivo o interés legítimo que constituya su objeto, que se incoe un procedimiento a solicitud de persona legitimada o, en su caso, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, si se trata de un procedimiento judicial, en el curso del cual se procederá a la tra-

mitación de un expediente. La utilización abusiva en el Proyecto de Ley del término expediente, con un carácter totalizador, que abarca de forma indistinta la perspectiva material y la procedimental, constituye un inapropiado reduccionismo lingüístico.

3. La coherencia conceptual exige que desde el propio artículo primero, en el que se atisba una especie de definición legal de JV, se prevea que la discordancia previa entre los intervinientes o suscitada en la tramitación, se ventile en el propio curso del expediente, salvo que la ley disponga lo contrario. La reflexión expuesta, que pretende ser un ejercicio de realismo y de coherencia entre lo establecido en el art. 1 y lo previsto en el art. 7 del Proyecto de 2006, a propósito de los efectos de la controversia, fue asimismo esgrimida por varios de los portavoces de los grupos parlamentarios en el debate en la Comisión.

4. En relación con la legitimación, art. 3, habría que prever que el procedimiento pudiese ser incoado de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal, como sucede en múltiples supuestos. En el sentido apuntado se manifiesta el Dictamen del Consejo Fiscal, en el comentario de las Disposiciones Comunes: "... sería conveniente incluir entre los sujetos legitimados al Ministerio Fiscal ya que, en ocasiones, el ordenamiento le encomienda la obligación de promover el expediente como, por ejemplo, en materia de tutela, ausencia o protección del patrimonio de las personas con discapacidad".

En relación con el impulso de oficio por parte del juez, con la finalidad de "ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones se estimen oportunas para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución del expediente", cabe subrayar que debiera preverse, con carácter general, en todos los procedimientos con reserva jurisdiccional, en atención a la relevancia de su contenido, así en un procedimiento de declaración de ausencia o fallecimiento o de extracción de órganos y también en aquellos supuestos en los que la resolución del expediente afecte a menores o incapaces, aunque este no sea de titularidad judicial, por ej., cuando en un expediente de dominio resulten afectados intereses de menores, incapaces o ausentes.

5. En relación con la litispendencia (identidad de objetos) referida a procedimientos sustanciados ante operadores jurídicos de diferente naturaleza, se produce un discutible cambio de regulación en relación con la previsión del Proyecto de otorgar prioridad al

expediente que se hubiera iniciado con carácter previo, al establecer en el art. 2.2 que: "Cuando se tramiten simultáneamente ante administradores de diferente naturaleza dos o más expedientes con idéntico objeto y sujetos, proseguirá la tramitación del iniciado ante la Administración de Justicia, y se acordará el archivo de los otros expedientes incoados".

6. En materia de días y horas hábiles, se vuelve a la previsión realizada en el art. 9 del texto del Anteproyecto de la Comisión de Codificación, que se atiene a lo previsto al efecto en la jurisdicción contenciosa, si bien, a mi juicio, debiera incorporarse una cláusula de estilo del tipo "salvo que la ley disponga lo contrario", en atención a que el propio texto del Proyecto prevé la habilidad de todos los días y horas en materia de Derecho marítimo, art. 173, así como establece en el art. 13.1 que "Fuera de las horas de audiencia del Juez encargado del Registro Civil, y siempre que la urgencia del asunto lo requiera, le sustituirá el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia".

Cabría, pues, en materia de habilidad, volver al régimen general del art. 1812 de la LEC cuando estén en juego intereses de menores o incapacitados, que no deberían ser objeto de un régimen menos privilegiado que el que se otorga al Derecho Marítimo, o al menos prevalecer el régimen general de todos los días y horas hábiles en determinados supuestos como: la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional, respecto del que sí se dispone la preferencia en la tramitación del procedimiento, art. 68; la autorización para la intromisión legítima en el honor, intimidad o propia imagen del menor o incapacitado, arts. 78 y 79, o los casos de discordancia en el ejercicio de la patria potestad, que pueden afectar, por ej., a la potestad de guarda o a la realización o no de una operación o de una transfusión de sangre al menor o incapaz, arts. 100 ss.

7. En materia de recursos cabe señalar que el reforzamiento del principio de audiencia, de oficio o a instancia de los interesados, implica la posibilidad de que se produzca discordia, discrepancia, contraposición, controversia, contradicción, en suma, entre los intervinientes, y que una vez tramitada y resuelta la contradicción, el recurso contra la resolución, es decir, la doble instancia, parece inherente al procedimiento judicial. La no admisión de los recursos tiene sentido en un procedimiento sin contradicción, de ejercicio pacífico de los derechos, pero supone un menoscabo de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva, en un procedimiento en el

que se admite la posibilidad de controversia y oposición, salvo que la ley disponga lo contrario.

Como fue subrayado por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, Luis Martí, en su intervención, "... Un diseño que dice que lo nuclear es el verbal tiene contradicción... y si no hay recursos es algo a corregir. El recurso no es un elemento de dilación, se interpone dentro de plazo o no existe, y lo que tarda es la resolución y no el recurso... Así que si conseguimos que el recurso en esta materia se haga pronto por quien lo tiene que hacer, ya no hay dilación y ahorraría el pleito principal en muchas ocasiones. Además si el recurso se pone quiere decir que la parte que lo interpone está conforme en estar en jurisdicción voluntaria...". La posición favorable del propio Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, Antonio DORADO, en su intervención parlamentaria, y del secretario judicial SEOANE CACHARRÓN en recientes estudios publicados sobre la JV, a que se articule un recurso contra el decreto del secretario por el que resuelve en un procedimiento de su competencia, es una buena muestra de la responsabilidad con la que los operadores jurídicos se posicionan ante el texto legal.

En el sentido expresado, y de conformidad con la filosofía de las intervenciones de los comparecientes, que resultaron unánimes en este punto, se ha aprobado la razonable enmienda 109 del Grupo Parlamentario Mixto, que se recoge en el art. 26, conforme al que se reintroduce la previsión de recurso.

8. En materia de asistencia técnica y de representación procesal, han sido asimismo unánimes en su filosofía las intervenciones de los comparecientes ante la Comisión de Justicia, en el sentido de resaltar que la intervención de abogados y procuradores siempre ha servido para reforzar las garantías del procedimiento, la seguridad jurídica y, en consecuencia, la tutela judicial efectiva.

No resulta justificado, a mi juicio, el radical cambio de criterio legislativo en este punto del Proyecto de JV de 2006, respecto del AJV elaborado en la CGC, consistente en suprimir la intervención preceptiva de abogado. La propensión a equiparar o aproximar, también en este aspecto, procedimientos de JV de distinta naturaleza y atribuidos a distintos titulares de competencia, en aras de la simplificación, de la disminución de formalidades y del coste del expediente, puede suponer, sin embargo, en determinados supuestos, una regresión en el reforzamiento de las garantías de los intervinientes.

En el A. de 2005, la representación de los interesados en el procedimiento se había regulado con un criterio análogo a la regulación vigente. El interesado debía ser dirigido por abogado, salvo en casos de conciliación, expedientes de cuantía inferior a dos mil cuatrocientos euros, para presentar la solicitud en expedientes que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en plazo perentorio, expedientes de reconocimiento de filiación extramatrimonial, y para la intervención de los interesados, distintos del solicitante, siempre que no tenga por objeto formular oposición.

Pues bien, el reforzamiento en el PL de los principios de audiencia, dispositivo y aportación de parte, la atenuación del dirigismo judicial, la posibilidad de la práctica de todo tipo de pruebas, lo que redundará en una superación de la verosimilitud a la que se encuentran abocadas, en ocasiones, las tradicionales informaciones, acreditaciones y justificaciones, previstas en la regulación vigente, unido todo ello al reconocimiento expreso de la posibilidad de contradicción y de recursos, en los procedimientos en los que se vean afectados intereses de menores o incapaces, al propio tiempo que supondrá una mejora en las garantías de los intervinientes y en la dialéctica entre los solicitantes, interesados –en especial en aquellos supuestos en que se manifieste un interés contrario o divergente del solicitante– o terceros no interesados, implicará, en determinados procedimientos, una mayor dificultad y complejidad procesal.

Por otra parte, la trascendencia económica, en ocasiones, de los intereses en juego, la necesidad de razonar con criterios de lógica jurídica la utilidad o conveniencia de adoptar una u otra toma de postura, en otras vicisitudes, la proposición o práctica de pruebas, o bien las propias tensiones que generan las controversias en el ejercicio de la patria potestad, las relaciones de menores con el progenitor que no sea titular de la patria potestad o con parientes o allegados, o las divergencias relativas a la administración de los bienes de menores o incapaces o en la administración de bienes gananciales en el seno de la comunidad conyugal, etc., parecen razones suficientes para que se reflexione sobre este punto, al efecto de distinguir entre aquellos supuestos en los que la previsible ausencia de dificultad técnica no hace necesaria o conveniente la preceptiva asistencia letrada, y aquellos otros en los que la posibilidad de contradicción o recursos prevista en los propios procedimientos, como

sucede en los casos de menores o incapacitados o la existencia de una discrepancia o contradicción atenuada a priori, lo que tiene lugar en los procedimientos en materia de familia, hacen aconsejable la obligada intervención de un abogado.

Parece aconsejable, en todo caso, el establecimiento de la preceptiva intervención de abogado y la representación procesal por procurador, con carácter general, en todos aquellos procedimientos cuya titularidad se atribuya a los jueces. En relación con el carácter preceptivo de la intervención de abogado se pronunció la Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en su comparecencia parlamentaria de mayo de 2007, en relación con el Proyecto de JV.

Cabría, asimismo, plantearse en qué medida resultaría apropiado el carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado y de representación por procurador en procedimientos tramitados ante los SJ que pueden revestir una especial complejidad, como los expedientes de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el albaaceazgo o la liquidación de averías.

Parece, asimismo, razonable argumentar que en atención a lo establecido en el art. 22 del Proyecto de JV: "La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades...", resultase preceptiva la intervención de abogado y procurador, conforme al criterio establecido al efecto para el juicio verbal, en los arts. 23 ss. LEC, en materia de primera instancia y apelación.

9. La regulación legal de la cosa juzgada no resulta satisfactoria, dado que la dicción legal puede dar lugar a confusión. En el ámbito de la cosa juzgada formal parece claro que las resoluciones, dictadas en todo tipo de procesos y procedimientos, que devengan firmes, resultan inimpugnables, por lo que producen efectos de cosa juzgada formal, a ello se refiere el art. 207 LEC cuando afirma que "transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada...", lo que no obsta para iniciar un proceso contencioso, con independencia de que hayan variado o no los sujetos, el objeto o las circunstancias o presupuestos propios del procedimiento voluntario precedente y sin que ello deba entenderse, en modo alguno, como una impugnación de la resolución dictada en el marco de la JV.

Sucede, sin embargo, que el art. 25.2 puede generar confusión y cabe interpretar que entra en contradicción con el art. 2.2 al negar efectos de cosa juzgada al auto del juez y al decreto del secretario y no distinguir entre cosa juzgada formal, que sí se produce respecto de las resoluciones firmes en el marco de la JV, y cosa juzgada material, que asimismo se produce, a mi juicio, en su efecto negativo, en el ámbito de la propia JV, cuando se afirma en el propio art. 2.2 que "Resuelto un expediente de JV por cualquier administrador, no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados", y no se produce, por el contrario, en su efecto negativo, fuera del ámbito de la propia JV, lo que se prevé en el art. 2.3, al disponerse que: "La resolución de un expediente de JV no impedirá la incoación de un proceso judicial con el mismo objeto".

En definitiva, las resoluciones de JV no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia JV, pero sí en este ámbito, en sus efectos negativo y positivo. Cabría afirmar, por su parte, en relación con este último, que cualquier órgano jurisdiccional quedará vinculado en cualquier proceso o procedimiento, y ello encajaría en el denominado efecto positivo de la cosa juzgada material, por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de JV, siempre que esta no se cuestione en un proceso ordinario, en cuyo caso el juez no estará vinculado, en medida alguna, por lo decidido en el procedimiento de JV.

Negar efectos de cosa juzgada material a la jurisdicción voluntaria, en su propio marco, introduciría, a mi juicio, una peligrosa variable, que solo generaría inseguridad jurídica a los justiciables y al propio funcionamiento de la Administración de Justicia. Por decirlo con palabras utilizadas por el Fiscal del Tribunal Supremo, PÁZ RUBIO, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia, en trámite de asesoramiento del Proyecto de JV: "Estos expedientes producen efecto de cosa juzgada formal porque no se pueden impugnar en el mismo proceso y producen efecto de cosa juzgada material en otro expediente de jurisdicción voluntaria, no en un proceso contencioso posterior pero sí en otro de jurisdicción voluntaria y si se ha resuelto no lo vamos a resolver otra vez, aunque la materia de familia es susceptible de otra modificación".

Mi propuesta sería que el texto del art. 25.2, referido a la cosa juzgada en la JV, quedase redactado del siguiente tenor: "Cuando el operador jurídico competente sea un Juez resolverá el expedien-

te mediante auto, que no tendrá efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Si el operador jurídico competente es un Secretario Judicial, lo resolverá mediante decreto, que también carecerá de efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria”.

10. En relación con los procedimientos que, a mi juicio, podrían ser objeto de inclusión específica en el texto de la futura Ley de JV, aludiré a: a) Las propuestas del CERMI, b) A la enmienda 64 de Convergencia i Unió, de inclusión de un nuevo capítulo al Título IV, en materia de Personas, bajo la rúbrica “Del procedimiento para la autorización biológica de la filiación, paternidad o maternidad”, y c) A supuestos que, incluidos en la LEC, podrían ser trasladados a la futura Ley de JV, en atención a su naturaleza voluntaria.

Desde el sector de la discapacidad, representado por el CERMI, Comité español de representantes de personas con discapacidad, se ha solicitado que: 1) Se articule el procedimiento de JV previsto en el art. 156 del Código Penal, relativo a la autorización judicial de la persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica; 2) Se regule la autorización judicial para imponer tratamiento médico forzoso a los enfermos psíquicos, y 3) Se valore la conveniencia de que la autorización judicial para el internamiento de personas que padecen trastornos psíquicos se tramite a través de un procedimiento de JV.

La segunda propuesta del CERMI, que había sido ya asumida en una Proposición de Ley presentada por Convergencia y Unió en 2005 y articulada como procedimiento específico en el Proyecto de Ley, quedó sin efecto al aprobarse una enmienda de supresión del capítulo por el que se había procedido a su regulación. Ahora bien, a mi juicio, la intervención de los representantes del CERMI en la Comisión, así como la posición favorable de varios portavoces y comparecientes, con especial referencia por su significación en este Procedimiento, del Fiscal Jefe de la Sala Primera del TS, deberían ser objeto de una nueva valoración.

Las consideraciones, al efecto, atinentes a que se trata de una alternativa, en muchas ocasiones, a una incapacitación, o a un internamiento no voluntario, creo que no han sido suficientemente desvirtuadas por los argumentos en sentido contrario. Se trata de que un acto sanitario como es el tratamiento o el periodo de observación de una persona que no tiene conciencia clara de su enfer-

medad, pero no hasta el punto de requerir una incapacitación o un internamiento, se articule en un procedimiento con todas las garantías. El problema no está resuelto y los afectados están de acuerdo en la conveniencia y urgencia de la medida. Quizás la ausencia de los preceptivos Dictámenes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, sí deba considerarse una objeción relevante a la articulación del procedimiento en el Texto de referencia.

La tercera propuesta es un claro reflejo del carácter variable y fluido entre ambas esferas de la legislación, manifestado en instituciones como los alimentos provisionales, la incapacitación por locura o el internamiento de personas con trastornos psíquicos que se tramitaron por medio de procedimientos de JV antes de pasar a la esfera contenciosa.

En el supuesto del internamiento, el trasvase se materializó con su inclusión en la LEC 2000. Ahora bien, configurado el Procedimiento de JV con todas las garantías propias de la tutela judicial efectiva, establecida su efectiva aplicación a supuestos en que estén en juego intereses de menores e incapaces, hasta el límite incluso de no proceder al trasvase de la esterilización de persona incapacitada al marco de la jurisdicción contenciosa, con mayor razón debería considerarse de naturaleza voluntaria el internamiento, lo que redundaría, por otra parte, en una mayor armonización del sistema.

Parece razonable, asimismo, que si se decide, como así parece, mantener la esterilización prevista en el art. 156.2 del C. Penal en el marco de la JV, sería conveniente proceder a la articulación del procedimiento singularizado, en atención a sus específicas particularidades. Es por todo ello que, a mi juicio, sería un acierto que se valorase en sentido positivo su regulación por el Senado.

La propuesta sobre "Investigación biológica de la filiación, paternidad o maternidad" de Convergencia i Unió está articulada con todas las garantías, pretende llenar un vacío legal sobre una cuestión de creciente trascendencia social, y tiene un entronque claro, entre otros preceptos constitucionales, en el art. 39.2 CE, conforme al cual: "La Ley posibilitará la investigación de la paternidad".

Habría que tener en cuenta, finalmente, a los efectos de su posible trasvase a la Ley de JV, que en la LEC se regulan bajo la denominación de procesos, supuestos sin contradicción de voluntades y de clara naturaleza voluntaria, así sucede por ejemplo: en los denomi-

nados procesos matrimoniales de separación o divorcio por mutuo consenso; en las demandas en solicitud de eficacia civil, de las resoluciones de Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, siempre que no se solicite la adopción o la modificación de las medidas establecidas; o en las demandas en juicio verbal en las que se pretende que el Tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. Se contempla en este último supuesto el tradicional interdicto de adquirir la posesión, expresión que ha sido suprimida por la LEC, no obstante, el mantenimiento, en otras ocasiones, de términos, principios, reglas y criterios de perenne valor, acuñados por la tradición jurídica y acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, conforme se afirma, con acierto, en la precisa y afortunada Exposición de Motivos de la Ley Procesal Civil.

Se incluyen de igual modo en la LEC, en atención a motivaciones diversas, instituciones que tienen una naturaleza básicamente de jurisdicción voluntaria, así sucede en relación con las previsiones legislativas referidas a: diligencias preliminares, o a las medidas provisionales previas a las demandas de nulidad, separación o divorcio. En ambos casos, sin embargo, quizás convenga mantener su regulación en sede de la LEC, por razón de sistemática respecto a la regulación de las actuaciones subsiguientes.

5. EL PROTAGONISMO HISTÓRICO DEL NOTARIADO EN MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

A lo largo de los siglos IX al XII, en todos los países europeos y singularmente en Inglaterra, Francia, Alemania así como en España a partir del siglo XIII, se produce una evolución jurídica consistente en que una parte importante de las actuaciones negociales de JV se realizaban ante los notarios que estaban adscritos a los tribunales tanto laicos como eclesiásticos. De forma especial, a partir del siglo XII, el conocimiento y resolución de una parte importante de supuestos de JV que se sustanciaban ante los jueces se atribuyó a los notarios, que se configuran como el órgano por excelencia de la JV en la Europa del Medioevo.

Como ha sido subrayado por RODRÍGUEZ ADRADOS, con anterioridad a la Ley del Notariado de 1862 estaban unidas la fe pública judicial y extrajudicial, y las funciones de documentación propias de los escribanos de los juzgados estaban consideradas como actos de JV. Con la entrada en vigor de la Ley de 1862 se atribuye la fe pública judicial a los secretarios judiciales y la fe pública extrajudicial a los notarios, y se reconoce a estos últimos la función de dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, pero no se desgajan del ámbito judicial las funciones de documentación, declaración de derechos y mera presencia, que desempeñaban los escribanos con anterioridad a la Ley de 1862.

Por otra parte, en el mismo siglo XIX, la Ley Hipotecaria de 1861 configura el actual Registro de la Propiedad y el Cuerpo de registradores de la propiedad sobre la base de las antiguas contadurías de hipotecas, con la finalidad de proteger a los titulares de derechos inscritos, asentar el sistema hipotecario y agilizar el tráfico jurídico inmobiliario. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 configura con carácter independiente el Cuerpo nacional de secretarios judiciales, y las dos leyes de enjuiciamiento civil promulgadas dedican, la de 1855, el segundo de sus dos libros a la JV, y la de 1881, el primero de sus tres libros a Disposiciones comunes a la JC y a la JV, el segundo a la JC, y el tercero, todavía vigente, a la JV.

Pues bien, la previsible atribución al Notariado de diversas competencias actualmente de titularidad judicial y, en su caso, la posibilidad que se reconocería a los justiciables para acudir de forma opcional a la actuación notarial, entre uno de los varios operadores jurídicos posibles, en determinadas materias, supondría, en definitiva, no solo devolver a estos funcionarios públicos y profesionales del Derecho un protagonismo en esta materia que ya les había sido atribuido por la historia, sino también el reconocimiento de unas competencias cuyo ejercicio les corresponde por su propia naturaleza, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación y garantía de derechos, lo que hace que el notario actual, en palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS, no sea un mero fedatario público, sino que ejerce un oficio público en cuanto a su función certificante y autorizante, al propio tiempo que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene y de asesoramiento de los intervinientes, con sometimiento al control o revisión judicial.

Si se procede a regular la alternatividad, como parece probable, si nos atenemos a las posiciones de los grupos parlamentarios en el debate y aprobación de las enmiendas al respecto en la tramitación del Proyecto de Ley de JV, el justiciable podrá acudir a un secretario judicial, en atención a la gratuidad de la Justicia, a la tradicional seguridad que puede proporcionarle al justiciable la actuación ante la Administración de Justicia, o a otras circunstancias, o podrá optar, en los casos previstos, por requerir la prestación del servicio a una Notaría o a un Registro Público, una vez valorado que la satisfacción del arancel fijado por el Gobierno por la prestación del servicio público solicitado, le compensa, por ejemplo, en términos de proximidad, especialidad o celeridad en la resolución del asunto.

A mi juicio, valores como la confianza, la profesionalidad, la cualificación jurídica y la seguridad jurídica son predicables, en los tiempos actuales, al propio tiempo de los secretarios judiciales, de los notarios y de los registradores.

La seguridad jurídica, proclamada en el art. 9.3 CE, es la suma de legalidad y certeza, según subraya de forma reiterada el Tribunal Constitucional. Por su parte, DELGADO ECHEVARRÍA destaca que el art. 149.1.8 CE, al atribuir la competencia exclusiva al Estado sobre la ordenación de los instrumentos públicos e instrumentos públicos, lleva al plano constitucional la institución del Notariado, a través de su más objetivo producto como es el instrumento público. A su vez, la esencia de la función notarial, y del documento público notarial, por medio del cual el Estado cumple el deber de garantizar la seguridad jurídica, se contiene en los artículos 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado, art. 1 del Reglamento Notarial, art. 1218 del CC y art. 319 LEC (6).

Conviene, asimismo, apuntar que la decisión del justiciable de acudir a un operador jurídico distinto del órgano judicial supone, por otra parte, un ahorro de costes para la Administración de Justicia, y que el modelo de seguridad jurídica preventiva o extrajudicial

(6) *Vid.* al respecto en CAMPO GÜERRI, "La competencia notarial en asuntos no contenciosos". *Revista Jurídica del Notariado*. Núm. X, extraordinario 2010, pp. 517-641.

existente, notarial y registral, es una referencia para países emergentes y desarrollados europeos y de otras latitudes (7).

6. ESPECIAL REFERENCIA A LAS COMPETENCIAS SUSCEPTIBLES DE SER ATRIBUIDAS AL NOTARIADO

En relación con la asignación de competencias específicas relacionadas con el Notariado en el Proyecto de Ley de 2006, aprobado en el Congreso de los Diputados y retirado en el Senado, procederé a reiterar, con alguna mínima adición y revisión, lo que ya he escrito en esta y otras sedes al respecto, que coincide, en la mayor parte de los casos, con lo aprobado en sede parlamentaria.

Las competencias compartidas podrían conformarse:

A) Entre secretarios judiciales y notarios:

1. Deslinde y amojonamiento.
2. Consignación. Sería competencia del notario declarar, en su caso, bien hecha la consignación, es decir, cumplidos los requisitos de identidad e integridad de la prestación, y sería el secretario quien podría declarar cancelada la obligación, conforme a la previsión del Proyecto.

3. Declaración de herederos abintestato, de cualquier grado y condición.

Debe, a mi juicio, subrayarse, no obstante, que la disposición de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de la Reforma Procesal, que modificó el art. 979 de la LEC de 1881, para atribuir a los notarios, en sustitución de los jueces, la mencionada competencia exclusiva, ha resultado un acierto, en atención a la casi nula conflictividad producida al respecto desde su entrada en vigor.

4. Presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados.

5. Presentación, adveración y protocolización de testamentos ológrafos.

(7) Sobre actividad y función notarial, en especial, en relación con las personas con discapacidad, *vid.* en CASTRO-GIRONA, *La convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario "ombudsman" social*, Ediar, Buenos Aires, 2011, pp. 451-476.

6. Presentación, adveración y protocolización de testamentos otorgados en forma oral.

7. Albaceazgo: la no aceptación o renuncia del albacea en el caso de que este acepte perder lo que le hubiese dejado el testador, conforme al artículo 900 CC.

8. Depósitos en materia mercantil y en transporte marítimo.

El Proyecto de JV atribuye asimismo al Notariado, en la Disposición Adicional segunda, ocho procedimientos de Derecho hipotecario y dos de Derecho mercantil, con competencia compartida con los secretarios judiciales, en todos los casos, y con los registradores en determinados supuestos. En relación con estos procedimientos previstos en la DA 2.^a, se ha pronunciado José María DE PRADA, alguna de cuyas reflexiones, que suscribo en todos sus extremos, son las que siguen:

9. Nota marginal de doble inmatriculación. Conforme al artículo 313.2 de la LH, el titular inscrito de cualquier derecho real sobre una finca puede acudir al juez –con la reforma sería al secretario judicial o al notario– a fin de solicitar que se proceda a la realización de una nota marginal advirtiendo de la posible doble inmatriculación.

10. Procedimiento para completar las circunstancias de los títulos para practicar anotaciones preventivas, conforme al artículo 74 LH. Opina DE PRADA que si hay acuerdo entre los interesados el notario podrá ordenar la anotación, pero es dudoso que pueda hacerlo si el otro interesado, como será lo normal, se oponga.

11,12,13. Anotaciones preventivas de legado, de derecho hereditario y de crédito refaccionario: entiende DE PRADA que si las partes están de acuerdo no parece que haya obstáculos para la intervención notarial, pero si hay controversia o se trata de interesados desconocidos repugna un poco a la esencia de la función notarial que pueda el notario por sí, y aunque sea previo un expediente, ordenar la realización de estas actuaciones.

14. Formación de inventario en garantía de bienes reservables. Observa DE PRADA que la intervención del notario consistiría en recoger la constancia del carácter reservable de los bienes.

15, 16. En los procedimientos de reconocimiento y depósito cautelar previstos en el art. 367 CCo y de reconocimiento de efectos mercantiles previstos en los artículos 327, 336 y 366 del CCo, la actuación notarial encajaría en el acta de presencia para constatar las deficiencias en las mercaderías vendidas o transportadas.

B) Entre secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad o mercantiles, en determinados expedientes en los que los ciudadanos podrían optar por solicitar la tramitación del expediente ante cualquiera de los tres operadores jurídicos, como podría acordarse en:

1. El expediente de dominio. En relación con la competencia notarial, debería reconocerse la inmatriculación mediante acta de notoriedad y suprimirse la intervención judicial homologadora de la decisión del notario, en los supuestos de actas notariales de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo o registrar los excesos de cabida, por suponer una desnaturalización de la función notarial y una desconfianza hacia su actuación que no parece tener ningún fundamento ni razón de ser. Al expediente de dominio se dedicó una de las partes de una reciente conferencia pronunciada, en este Ilustre Colegio, por el notario José Antonio GARCÍA VILA.

2. El expediente de liberación de gravámenes.

3. La exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad.

4. La constitución y régimen interno del sindicato de obligacionistas de personas jurídicas que no sean sociedades anónimas.

5. La nota marginal de doble inmatriculación.

6. El procedimiento para completar las circunstancias de los títulos para practicar anotaciones preventivas.

La temática sucesoria en el Anteproyecto de 2005 y en el Proyecto de Ley de 2006 ha sido estudiada con detalle por José María DE PRADA y Juan José MARÍN. Asimismo, se han ocupado, entre otros autores, de estudiar en relación con el Notariado las propuestas de ambos textos legislativos los notarios RODRÍGUEZ ADRADOS, DE PRADA, GÓMEZ-FERRER, GARCÍA VILA y CAMPO GÜERRI.

En relación con la atribución de otras posibles competencias compartidas entre secretarios judiciales y notarios, no previstas en el Proyecto de JV, cabría mencionar, a mi juicio, las siguientes:

1. La presencia y documentación que requiere un matrimonio civil, es una función propia de la labor del notario y del secretario judicial.

2. La separación y divorcio por mutuo consenso podría asimismo formalizarse ante notario o secretario judicial, salvo la aproba-

ción del convenio regulador en los casos de existencia de menores de edad o incapacitados, que deberá ser aprobado por el juez.

3. En las uniones de hecho podría regularse la función acreditadora y documentadora del notario respecto a la existencia real de la convivencia y al tiempo de relación previo a tal acto de constatación.

4. En materia de adopción de mayores de edad y de menores emancipados.

5. La reconciliación que el art. 84 del CC exige que los cónyuges pongan en conocimiento del juez, a fin de poner término al procedimiento de separación y dejar sin efecto ulterior lo en él resuelto, podría acreditarse mediante acta notarial.

6. La formalización de inventarios prevista en diversos textos del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil y atribuida al juez, encaja mejor en la función propia de los notarios y secretarios judiciales. Al efecto, en el Anteproyecto de 2005 se había regulado en el artículo 15, ubicado en sede de procedimiento general, la práctica del inventario de bienes.

7. La posesión judicial de bienes a favor de quienes los hubieren adquirido por herencia, si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario –es decir, el tradicional interdicto de adquirir la posesión, conforme a la denominación clásica, sustituida en el art. 250.3 LEC–, podría atribuirse al Notariado y a los secretarios judiciales, como expediente de JV.

8. La posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir, que, conforme a la previsión del Proyecto pasaría a la competencia de los secretarios judiciales, art. 13.3, es asimismo materia cuyo conocimiento y resolución debería atribuirse, de forma compartida, a notarios y secretarios judiciales.

9. Las subastas judiciales no ejecutivas, atribuidas en el Proyecto de JV en exclusiva a los secretarios judiciales, constituyen asimismo, a mi juicio, actuaciones propias de la función notarial, al igual que ya sucede respecto a la realización extrajudicial ejecutiva de bienes de naturaleza diversa, por lo que convendría establecer su carácter de expediente compartido por ambos operadores jurídicos. Se trataría, con ello, de atenerse a lo previsto en el Anteproyecto de 2005, art. 171.3, que establecía que salvo que la Ley o el tribunal que la hayan ordenado expresamente dispongan lo contrario, los interesados podrán instar la enajenación en subasta notarial.

En relación con este punto, quiero destacar la opinión de SERRANO DE NICOLÁS referente a la dudosa legalidad de la actual regulación del procedimiento de ejecución notarial hipotecaria. Conforme opina este autor, la futura Ley de JV es la sede adecuada para articular la regulación de la realización extrajudicial, como venta o como pacto marciano, al igual que sucede en la legislación francesa, dado que la previsión reglamentaria actual, en puridad, no es una venta, ni judicial ni extrajudicial, y carece de amparo legal (8).

10. La protocolización de memorias testamentarias, en los derechos civiles especiales en los que exista como institución propia.

11. La manifestación del heredero, que se hubiese reservado el derecho de deliberar, relativa a la aceptación o el repudio de la herencia, a la que se refiere el art. 1019 CC, deberá realizarse ante el secretario judicial, y debería preverse asimismo la competencia notarial.

12. Los testamentos militar y marítimo, arts. 716 a 721 y 722 a 731 CC, o determinadas manifestaciones testamentarias de Derecho Civil de Comunidades Autónomas, en los que no ha intervenido el notario, requieren la acreditación de su autenticidad y la comprobación del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales, lo que constituye una función propia de la actuación notarial. Lo mismo cabría afirmar del testamento realizado en peligro de muerte inminente, en tiempo de epidemia, arts. 700 a 704 CC, o en caso de naufragio, art. 731 CC, en los que la actuación consistente en autenticar, calificar y documentar las afirmaciones de los testigos constituye una función propia de la actuación notarial, como sucede, en general, en una materia, como la testamentaria, esencialmente notarial desde el originario Derecho Romano, en el que los tabeliones eran juristas prácticos especializados en testamentos y contratos.

13. El procedimiento de protesta de mar e incidencias de viaje, en cuanto que se trata de un acto de documentación y presencia, propio de la función notarial.

14. La apertura de escotillas, que cabe documentar mediante un acta de presencia notarial.

(8) *Vid.* al respecto en SERRANO DE NICOLÁS, "La ineficient executió hipotecària", n. 2/2011, junio 2011, pp. 3-4, y en "La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial)". *El Notario del siglo XXI*, núm. 21, 2008, pp. 130-135.

A los supuestos mencionados añadiría, después de la lectura del valioso documento de trabajo sobre desjudicialización en el ámbito civil, elaborado, en el año 2010, por una Comisión constituida en el seno del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (9), las propuestas que siguen:

— La división de cosa común, por disolución de matrimonio o por herencia, si no hay conflicto entre los interesados, podría realizarse por vía notarial, buscando la autocomposición. Habitualmente, los condóminos no se oponen a la división, sino que solo quieren asegurar el mejor precio o buscan la adjudicación a uno de los copropietarios. Por otra parte, conforme se subraya en el documento, el Código Civil catalán establece criterios claros para la división y en muchas ocasiones se produce una reducción importante del valor de los bienes por el ejercicio de la *actio communi dividundo* en sede judicial y la vía notarial puede asegurar una mejor realización, en la línea seguida por el Código catalán.

En el caso de división de la herencia, prevista en el artículo 782 LEC, si no hay menores o personas incapacitadas, debería preverse, en consecuencia, como suficiente la vía notarial. En este punto, me parece especialmente oportuno lo escrito por Ángel SERRANO en el sentido de que para solucionar los problemas que en ocasiones se producen en las particiones de herencias, una de las posibles vías de solución consistiría en insertar en los testamentos una cláusula en la que se someta a arbitraje del notario la resolución de las posibles discrepancias entre los herederos (10).

— El requerimiento de pago, por vía notarial, en el juicio monitorio, conforme a la recomendación de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, en su reunión de noviembre de 2009.

— El expediente de pérdida de letra de cambio, como procedimiento de fijación jurídica propio de la función notarial.

— La declaración notarial de herederos abintestato extensible a los colaterales y a la respectiva Comunidad Autónoma, de no existir parientes dentro del cuarto grado, con asistencia letrada, en su caso, de al menos un mismo abogado para todos los interesados.

(9) *Vid.* el documento en Revista *La Notaría*, Col·legi de Notaris de Catalunya, n. 2/2010, pp. 30-52.

(10) SERRANO DE NICOLÁS, Intervención en el Colegio Notarial de Jalisco en 2004. Podium Notarial, pp. 245-251, www.juridicas.unam.mx.

— La conclusión del contrato de arrendamiento con abandono del domicilio por parte del arrendatario no supone ningún conflicto, dado que deriva de la renuncia del arrendatario. Este hecho puede comportar la entrega de llaves, la devolución de la fianza o la devolución de la posesión sin intervención judicial, sino por vía notarial, por la que puede acreditarse mediante el correspondiente acta notarial de entrega, exhibición, presencia, etc., las correspondientes actuaciones, relacionadas con la finca. Se trataría, en definitiva, de acreditar la entrega de posesión de bienes inmuebles o, en su caso, de bienes muebles, sin que exista contradicción, ni haya sido necesario el uso de la fuerza pública para el desahucio.

En relación, con carácter general, con el procedimiento notarial, cabe señalar que el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Girona, Salvador CAPDEVILA Y BAS, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Congreso, en mayo de 2007, manifestó, en relación con los recursos, que existe el riesgo de que el procedimiento judicial que se articule en el futuro –en los casos en los que la competencia se atribuya al secretario judicial, se entiende, dado que la competencia judicial es exclusiva–, sea más riguroso que el procedimiento notarial o registral previsto para el mismo supuesto.

En opinión de CAPDEVILA Y BAS, dado que lo razonable es que en el procedimiento judicial el auto del juez sea recurrible en apelación y el decreto del secretario judicial lo sea mediante recurso de revisión ante el juez y el auto de este lo vuelva a ser en apelación, con lo que la doble instancia, con lo que ello supone de reforzamiento de las garantías procesales y de la tutela judicial efectiva, quedaría asegurada en sede judicial, habría que plantearse la posibilidad de prever el recurso gubernativo ante la DGRN, en los supuestos de JV desjudicializados, o bien ante los problemas de legalidad que ello pudiese plantear, prever el recurso o la revisión de la decisión del notario o registrador, de manera directa ante la autoridad judicial.

En la misma línea de reforzamiento de garantías del futuro procedimiento notarial y registral se ha manifestado RAMOS MÉNDEZ al subrayar que en cualquier hipótesis que se desjudicialice y puedan identificarse intereses contrapuestos, habrá que mantener y respetar los principios de audiencia y contradicción, a fin de facilitar la decisión del operador jurídico competente.

Ante la ausencia de regulación en este punto, opina CAMPO GÜERRI que habrá que decidir si el instrumento público a autorizar es una

escritura o un acta, si bien el cauce formal más habitual será el acta y dentro de estas, la de notoriedad, prevista, entre otros, en el artículo 209 del Reglamento Notarial.

Si la oposición se plantea en el expediente tramitado por el notario, distingue CAMPO GÜERRI, de acuerdo con lo previsto en el artículo 209 RH, entre aquellos supuestos en que la contienda tiene carácter jurídico de aquellos otros en que tiene carácter meramente económico y opina que en estos segundos, en la medida que la cuestión pueda resolverse de acuerdo con criterios de equidad, el notario no ha de suspender su actuación, sin perjuicio de que deba fundamentar su decisión, y pone como ejemplo el acta notarial instada conforme al Derecho catalán, en la que se pretenda la determinación de los parientes más próximos para autorizar la enajenación de un bien perteneciente a un menor, en cuyo caso el notario deberá limitarse a constatar que se dan los presupuestos legales de parentesco y proximidad, así como las correspondientes declaraciones de voluntad de autorización y enajenación, y no estará obligado a suspender la realización del acta por el hecho de que otro pariente del menor se oponga alegando razones económicas, de precio o de oportunidad, con independencia todo ello, añadiría yo, de la posibilidad de instar la revisión judicial de la actuación notarial.

Si se trata de oposición con entidad jurídica distingue el mencionado autor entre que aquella tenga una naturaleza procedimental o sustantiva, en ambos casos el notario habrá de valorar las alegaciones y pruebas solicitadas por las partes o practicadas de oficio, al efecto de decidir si la oposición tiene o no la relevancia suficiente para poner fin a su actuación o continuar con ella, conforme a lo previsto en el art. 209 RH (11).

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es hora ya de que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador. Hay que elaborar una ley lo más completa posible que, escrita con buena técnica jurídica, conforme a las exigencias de la dogmática del Derecho procesal:

(11) *Vid.* al respecto en CAMPO GÜERRI, “La competencia notarial en asuntos no contenciosos”, cit., pp. 599 ss.

a) Articule un procedimiento general con todas las garantías inherentes a cualquier actuación judicial, entre las que cabe destacar, que la oposición no impida la continuación en la tramitación del expediente, salvo que la ley disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir en apelación el auto definitivo del juez o en revisión el decreto del secretario judicial y el mantenimiento, salvo las excepciones previstas en la ley, del carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado y la representación del procurador, junto con la previsión del beneficio de justicia gratuita, frente a la actual identificación de la institución con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, en detrimento de la tutela judicial efectiva.

b) Suprima los procedimientos obsoletos, reforme los todavía útiles, y traslade de otros textos legales los que tienen naturaleza voluntaria y se considere que deban ser incorporados al nuevo texto legislativo.

c) Desjudicialice competencias, en aras de la racionalización del sistema, y las atribuya a otros profesionales del Derecho, notarios y registradores, de forma especial las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza, especialización y posición funcional en el marco del Ordenamiento Jurídico.

d) Redistribuya competencias en el seno del órgano judicial entre jueces y secretarios judiciales, y

e) Reconozca al justiciable la posibilidad de optar, en determinados procedimientos respecto de los que no exista reserva judicial, entre acudir a un secretario judicial o a un operador jurídico extrajudicial, notario o registrador de la propiedad o mercantil, lo que constituye una manifestación de confianza en la madurez de la sociedad civil.

f) Constituya el punto de partida para la elaboración de una dogmática y una teoría general de la jurisdicción voluntaria, con principios informadores y reglas de procedimiento, que la incardine de forma definitiva en el campo de la ciencia procesal y la aleje de la mera técnica procedimental.

Estamos ante la oportunidad de modernizar la Justicia en esta materia y de hacerlo con voluntad de permanencia en el tiempo, desde una posición de progreso y con el mayor consenso político posible, en una esfera del Ordenamiento de marcado carácter técnico-jurídico, caracterizada por la estrecha conexión con la vida

diaria de los ciudadanos y por la relevante trascendencia práctica de muchas de sus manifestaciones, en el que el debate no debe ser ideológico, sino en todo caso de concepción o filosofía de la jurisdicción voluntaria. Se trata, en definitiva, de dar respuesta, también en esta parcela del Ordenamiento Jurídico, al desafío de una Justicia más moderna, racional y eficaz.

LA LITERATURA ACTUAL SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LO ÚLTIMO EN DERECHO DE/DE LA FAMILIA

- I. FAMILIA. DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO. UNIÓN DE HECHO**
 - 1. ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo?
 - 2. ¿Existe un derecho constitucional al divorcio?
 - 3. Influencia del divorcio sobre los efectos del matrimonio
 - 4. Las uniones no matrimoniales
 - 5. ¿Cuál es hoy el sistema matrimonial español?
- II. LOS DERECHOS Y DEBERES MATRIMONIALES. EL DEBER DE ACTUAR EN INTERÉS DE LA FAMILIA**
- III. LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO**
 - 1. El régimen económico matrimonial primario
 - 2. Las capitulaciones matrimoniales
 - 3. Los regímenes matrimoniales en los Derechos civiles especiales y forales
 - 4. La sociedad de gananciales. Planteamiento general
 - 4.1. Su naturaleza jurídica
 - 4.2. Algunos supuestos complejos: ¿gananciales privativos?
 - 4.3. La atribución de ganancialidad. La aportación a la sociedad conyugal
 - 5. La administración de la sociedad de gananciales
 - 6. La disolución y liquidación de la sociedad conyugal
 - 7. La separación de bienes
 - 7.1. Importancia actual en sede capitular
 - 7.2. Titularidad de bienes y derechos. Prueba. Presunciones
 - 7.3. El sostenimiento de las cargas del matrimonio
 - 7.4. El artículo 1442 CC. El artículo 78 Ley Concursal
 - 8. El crédito de participación
 - 9. ¿Y la comunidad universal?

IV. LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO Y DE LAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA

V. FILIACIÓN

EL CIERRE DE LA OBRA

INTRODUCCIÓN. LO ÚLTIMO EN DERECHO DE/DE LA FAMILIA

No dejan de aparecer obras de *Derecho de Familia*.

He leído con reposo las últimas. No solo por curiosidad, por exigencia de enterarme cómo interpretan y consideran aplicación adecuada de la normativa que en estos años está apareciendo sobre el matrimonio, el divorcio, las uniones de hecho... Teniendo a la vista varias de ellas, voy a centrarme en algunos de los aspectos más significativos de la más reciente, del año 2012 (*Derecho de Familia*. Coordinación: Gema Díez-Picazo. Civitas).

I. FAMILIA. DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO. UNIÓN DE HECHO

Ocupa su estudio –de varios autores– más de 500 páginas. Destaco algunos puntos relevantes a efectos de su comentario.

1. ¿MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO?

Se equipara al heterosexual (Ley 13/2005, de 1 de julio). Pero, con todo –citando a MARTÍNEZ DE AGUIRRE–, perdura una diferencia: al matrimonio homosexual no se extiende la presunción de paternidad del marido de la madre, en sede de filiación por naturaleza (naturalmente, dado que se trata de una diferencia fisiológica, no se alude a la próstata).

Para darnos opinión crítica: ¿qué queda del concepto de matrimonio? Por el momento, al menos, dice ARANA DE LA FUENTE, el matrimonio es una institución orientada a la reproducción, lo que implica la heterosexualidad. Por lo tanto, si se considera matrimonio a la unión de dos personas homosexuales, infecunda por hipótesis, el matrimonio resulta sustancialmente desnaturalizado (lo que no su-

pone “estar pasado de moda”, como innecesariamente, a mi juicio, expone la autora citando a ROCA TRÍAS).

En igual sentido, Díez-PICAZO, Luis, en el Prólogo dice que la unión matrimonial (ciertamente la definición que en el libro se plasma quiere ser la de Modestino, pero el latín no ha sido empleado con fortuna: *co-junctio; ovis*) surge con una vocación de ser el momento fundacional de una unidad familiar, por lo que el llamado matrimonio de los homosexuales, que es una simulación de matrimonio, tiene que ir acompañado de otra simulación, la que se produce admitiendo la adopción.

2. ¿EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL AL DIVORCIO?

Se pregunta ARANA DE LA FUENTE, para contestar negativamente, sin perjuicio de que –expone– la Constitución no desconozca esta figura (art. 32.2); para a continuación afirmar –recogiendo palabras de ROCA TRÍAS–: *imposible* un matrimonio sin divorcio, por ser contrario a los derechos fundamentales (arts. 14, 16 y 17 C.) y al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1). A mi entender, la impactante pregunta inicial, contestada con un no rotundo, parece que acaba convirtiéndose en la afirmación de que es imposible un matrimonio sin divorcio (sic).

3. INFLUENCIA DEL DIVORCIO SOBRE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO

La disolución depende exclusivamente de la voluntad de cualquiera de los consortes. Esta precariedad –señala la doctrina más equilibrada y objetiva– se aviene mal con la relación jurídica matrimonial y su carácter de estado civil.

En fin, los deberes y derechos matrimoniales han pasado a ser obligaciones estrictamente morales, no jurídicas, con lo que se desvirtúa la naturaleza jurídica del matrimonio; la virtualidad de éste para crear relaciones jurídicamente vinculantes es hoy por hoy prácticamente nula (con cita de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, VÁZQUEZ DE PRADA...).

Citando a MARTÍNEZ DE AGUIRRE plantea la posibilidad de considerar el daño moral indemnizable en base al incumplimiento de deberes matrimoniales, para –con acierto, a mi entender– alumbrar la problemática “desde la óptica del análisis económico del Derecho”: PARKMAN propugna un sistema que distinga entre matrimonio con o sin hijos; si los hay,

el divorcio debería ser de mutuo acuerdo (se basa en la figura del incumplimiento contractual y la protección contra la expropiación de las inversiones de los cónyuges al impedir deserciones oportunísticas, para forzar al que quiere terminar el matrimonio a compensar por ello –con la excepción de los casos de adulterio o de malos tratos–).

Y, ¿qué decir en cuanto al *divorcio exprés*? Díez-PICAZO en el Prólogo considera que se rompe con él el fundamento del divorcio vincular: la convicción de que el matrimonio puede en un momento dado haber dejado de cumplir sus funciones sociales y ser además incapaz de cumplirlas en el futuro. Idea que –reconoce– fue ya torpedeada cuando el proyecto se presentó ante las Cortes.

El divorcio venía precedido con un tiempo de separación que se consideraba conveniente, pues “no era prudente poner el divorcio demasiado fácil”. Por ello, termina diciendo: instaurar el *divorcio exprés* no deja de ser una veleidad *pequeñoburguesa*.

Frase, la última, que no debe dejar en el olvido, pienso, que un matrimonio-divorcio exprés supone el acuerdo de menor duración de todos los que, con el carácter de contrato, regula la ley. Divorcio exprés, de reciente implantación, para el que urge su derogación en bien del interés de la familia (interés que sigue exigiendo el art. 67 CC; aunque no *siempre*, pues, como luego diré, al implantar el divorcio, el adverbio fue suprimido).

4. LAS UNIONES NO MATRIMONIALES

Los que optan –porque quieren o porque no pueden hacer otra cosa si unidos quieren estar– por este sistema de vida familiar libre de ataduras jurídicas, se encuentran con que –con las Directivas comunitarias delante– las regulaciones autonómicas no olvidan este tipo de uniones. ¿Tienen sentido, se pregunta la autora ya dicha –con cita de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, GARCÍA RUBIO y ASÚA GONZÁLEZ– cuando el CC reconoce el matrimonio homosexual, el divorcio exprés? Por facilitar –pienso– todo aquello que debilite la institución matrimonial que no quede; sí, la debilita, no hay compartimentos estancos en la vida familiar.

5. ¿CUÁL ES HOY EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL?

Aquí las citas de autores, la recopilación de opiniones, posturas, enfoques y tendencias, me sobrepasan al efectuar el comentario crí-

tico. Solo diré que frente a la tesis de corte anglosajón (protestante), de matrimonio civil obligatorio con forma religiosa facultativa (conforme al CC, según ARANA DE LA FUENTE), la mejor doctrina considera que la Ley 30/1981 ha diseñado un sistema de matrimonio civil y matrimonio religioso (el Acuerdo con la Santa Sede de enero de 1979 lleva a la conclusión de que en concreto el matrimonio canónico sigue siendo –en palabras de ALBALADEJO– un verdadero matrimonio canónico, regido por el Derecho de la Iglesia católica, celebrado ante un ministro de ésta, y al que el Estado reconoce efectos civiles si cumple y mientras cumpla los requisitos a que el Derecho del Estado condiciona tal atribución; pág. 243).

II. LOS DERECHOS Y DEBERES MATRIMONIALES. EL DEBER DE ACTUAR EN INTERÉS DE LA FAMILIA

MACÍA MORILLO, Andrea, estudia la problemática con profundidad y visión de alcance. Destaco el deber de actuar los cónyuges en interés de la familia: con cita de GARCÍA CANTERO, señala que el interés de la familia no es la suma aritmética de sus miembros, sino algo que les trasciende, por encima incluso de los intereses individuales (así, citando a GETE ALONSO: poner en peligro la economía del matrimonio aunque sin llegar a la prodigalidad, ausencias del domicilio si el cónyuge tiene salud precaria, descuido de las cosas comunes que obliga a gastos extraordinarios...).

Lo que no señala la autora es la supresión, en el art. 67, del adverbio *siempre*. Diré por qué se suprimió: para que no chirriara al implantarse el divorcio (estoy conforme con DE LOS MOZOS al razonar así tal supresión). En este sentido, GARCÍA CANTERO.

III. LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

En la tercera parte de la obra (págs. 539 a 1270), destaco diversos aspectos significativos.

1. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO

Algunas cuestiones que el autor de esta parte, CLEMENTE MEORO, expone, las trataré en sede de sociedad de gananciales, pero no

paso por alto aquí su criterio acerca de la confesión de privatividad, ex art. 1324, cuando dice que “la confesión, por sí sola, no perjudicará a los herederos forzosos del confesante”. Puede interpretarse en el sentido de que no es absolutamente irrelevante, sino que será eficaz mientras no la impugnen los legitimarios y solo lo pueden hacer si en el caudal relicto no hay bienes suficientes para pagar las legítimas (me parece opinión a considerar, aunque si se da este supuesto de hecho, la impugnación judicial ¿“no perjudica”? y es que genera gastos y dilación, sin duda).

También es para considerar su enfoque respecto a la confesión de privatividad y los acreedores (*vide* pág. 576).

El cierre de cuestiones en esta parte puede hacerse apuntando el criterio del autor acerca de la donación de bienes futuros por los futuros cónyuges: que sea para el caso de muerte (art. 1341.2) supone que se trata de una donación por razón de matrimonio que participa a un tiempo de los caracteres de la donación por razón de matrimonio, de las *mortis causa* y de los pactos sucesorios (el régimen será el de los arts. 1336 y ss.; los arts. 618 a 656 en lo que sean compatibles, así, la capacidad se regirá por el art. 1338 y, por último, se asimilará a los legados –o en su caso a la institución de heredero– exigiéndose por tanto la supervivencia del donatario, y siendo –como pacto sucesorio– irrevocable; pág. 580).

2. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Son estudiadas por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ.

Destaca, ante todo, el tratarse de una de las manifestaciones más claras de la autonomía de la voluntad en esta materia.

Su contenido puede ser típico o atípico; a este último se refiere el último inciso del art. 1325 y lo interpreta en el sentido de posibilitar pactos por razón del matrimonio, y por ello son admisibles –dice en la pág. 593– los acuerdos preventivos de las crisis matrimoniales, los que pueden constar aparte, pues no se rigen por la normativa capitular, pero considera aconsejable su inclusión en las capitulaciones o al menos en escritura pública en razón al asesoramiento notarial y a su mayor eficacia probatoria.

En sede del art. 1328 señala como contrario a las buenas costumbres el pacto de atribución de bienes a cambio de una conducta inmoral o el establecimiento de un régimen económico encubridor

de situaciones contrarias a la moral o ética social (de indudable equivalencia, en su sentir, a la expresión legal).

Destaca otras cuestiones que la doctrina ha tratado con enfoques varios (así, en relación con el art. 1375), pero sí tengo que poner de manifiesto que para nada se alude a las capitulaciones matrimoniales dentro del entorno de una familia empresaria (las capitulaciones del fundador de la empresa, las de los que quieren formar parte –en términos de propiedad– de la misma, y se les impone o se les condiciona en el protocolo familiar en su caso que capitulen en determinado sentido...). En este sentido, mi estudio publicado dentro de las *Instituciones de Derecho Privado* (dir. DELGADO DE MIGUEL).

3. LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES EN LOS DERECHOS CIVILES ESPECIALES Y FORALES

No profundizo más en el capítulo III. En él se estudian “los regímenes patrimoniales en los Derechos civiles especiales y forales” (apunto que el valenciano, estudiado extensamente por BLASCO GASCÓ y CLEMENTE MEORO, ambos catedráticos de Derecho Civil en la capital del Turia, recibe ya de entrada por los autores crítica negativa total: la regulación no tiene encaje alguno en la realidad social y jurídica –y constitucional– actual. Pág. 681).

Los regímenes existentes en Galicia (BRAVO BOSCH, M. J.), Aragón, Baleares, Fuero de Baylío, País Vasco, Navarra y Cataluña (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema), constituyen en su tratamiento por las autoras una sistematización de las diferentes regulaciones legales (alguna profundización existe en el estudio del primero; mas no en el de los demás, salvo alguna alusión problemática respecto al Fuero de Baylío).

Se pierde con este tratamiento una oportunidad de oro para contrastar, en sede familiar-sucesoria, el calado hondo de los Derechos forales. Si, como en el Prólogo señala Luis DÍEZ-PICAZO, estamos ante una obra para estudiar el Derecho de familia, ésta recibe en aquéllos un trato acorde con las instituciones constitutivas de su razón de ser: la casa, el mas, el caserío, la masía... y las figuras jurídicas que a su alrededor giran, con el circundado o resío (expresiones gallegas), que aportan el *seny* (expresión catalana) imprescindible en una obra para el estudio completo del Derecho de familia. No solo de, sino *de la* familia.

Hablo de memoria, pero estudios como el de ROCA SASTRE (“La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio”), el

de Rafael NÚÑEZ LAGOS (acerca de “Los principios configuradores de la sucesión mortis causa en Derecho común y foral”) o el de Gregorio DE ALTUBE acerca de “El paisaje como fuente del Derecho” (al que VALLET ha aludido en ocasiones), son imprescindibles para los civilistas *urbanos*. Si no se ha vivido en pueblos y ciudades de Derecho especial, al menos necesario es estudiar –y plasmar cuando se escribe– lo que les da su razón de ser. Y del Fuero de Baylío parece necesario conocer por lo menos el reciente estudio de RIVAS RECIO, Luis Felipe.

4. LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES

A cargo en su primera parte de una estudiosa de la materia, BENAVENTE MOREDA, Pilar, la autora considera muchos de los problemas que plantea el régimen legal supletorio del Código Civil. Destaco solo cuestiones relevantes.

4.1. ¿Ante qué estamos, a la vista del actual art. 1344, el total régimen legal, y las regulaciones anteriores del sistema económico que han sido sucesivamente derogadas por el actual (de 13 de mayo de 1981)?

Recoge y sistematiza las distintas tesis acerca de su naturaleza jurídica, destacando también cómo para la jurisprudencia lo único claro es que hay que excluir la configuración romana o por cuotas dentro de la sociedad de gananciales (pág. 889).

Aunque pueda parecer extraño, o al menos considerar que trata de eludir lo principal, pienso que aclara la problemática apuntada el estudio de la anotación preventiva de embargo de bienes gananciales (en la recomendable aportación de Carmen DE GRADO SANZ, pág. 2585 y ss.). Aquí y ahora me ciño a resaltar la tesis –que es la que considero acertada– de la titularidad de marido y mujer sobre un patrimonio separado, el conyugal, sin perjuicio de la titularidad registral (la inscripción la trata en las págs. 1027 y ss.).

4.2. En el estudio de: algunos supuestos complejos de bienes y derechos ¿gananciales o privativos cuando son adquiridos por un cónyuge a costa del patrimonio común?, hace referencia (entre otros) a los casos de las sociedades personalistas, a la sociedad de responsabilidad limitada y a la anónima. La condición o cualidad de socio y el carácter ganancial de las cuotas o partes sociales, las

participaciones y las acciones, da lugar a una discusión doctrinal –no nueva, ni mucho menos– que la autora plantea. A su estudio me remito, ciñéndome a poner de manifiesto su importancia. Solo apunto, de un lado, el enfoque sobre lo que llama “ganancialidad debilitada” (pág. 944 y 948), y de otro, la difícil armonización del régimen legal con el societario (es evidente que “aportaciones en cuenta” ha de entenderse “anotaciones...”, en la nota a pie de página 163, pág. 947). Sin ir más lejos, la postura del TS acerca de la no aplicación del régimen estatutario limitativo de las transmisiones de acciones/participaciones sociales, al supuesto de liquidación y adjudicación de unas y otras (con su crítica y la necesaria previsión estatutaria), es omitida tanto en este estudio que ahora ocupa mi atención como en el de disolución y liquidación, que luego consideraré.

4.3. No debo pasar por alto las alusiones que realiza al art. 1355 respecto a la atribución de ganancialidad (y viceversa, a juicio de autorizada doctrina) y del negocio de aportación a la sociedad de gananciales (que la legislación tributaria reconoce). Resulta, a mi juicio, escasamente convincente ceñirse a una relación de resoluciones sin entrar a fondo en la problemática (págs. 1012 y ss.). Quede al menos constancia de mi parecer, ya que en sede notarial-registral los supuestos no se deben confundir y además en más ocasiones de las debidas se ha tratado de frenar la legítima autonomía de la voluntad en este campo (me remito a estudios por mí verificados que ahora no es momento ni lugar para su cita concreta).

5. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La administración de la sociedad de gananciales es estudiada por Teodora F. TORRES GARCÍA.

Destaca, en base a los arts. 1377 y 1378, la problemática referente al pacto *capitular* de atribución a uno de los cónyuges de la gestión y administración de los bienes gananciales. Su enfoque –ya expuesto en 1985– es ahora objeto de nueva profundización (por cierto, no veo citado a ÁLVAREZ-SALA WALTHER, y sí habla la autora, al transcribir el art. 1328, de: corresponde –pág. 1101–, cuando lo que dice el precepto es: corresponda. LACRUZ sacó jugo al *tempo* legal).

6. LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Por último, la disolución y liquidación la estudia PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan (pág. 1165 y ss.).

Destaca cómo en la comunidad posganancial, la complejidad que representa –mayor cuanto más se demora la liquidación– (poniendo el autor un gráfico ejemplo referido a la causa disolutoria de sentencia judicial de separación, no realizándose la liquidación hasta cinco años después; supuesto desgraciadamente frecuente, que tendría que ser evitado judicialmente), “merecería por sí sola un estudio monográfico”, dice textualmente.

Al menos expone las cuestiones de mayor controversia: destaco la cuestión relativa a la posibilidad o no de que el acreedor embargue los bienes *posgananciales* en base al art. 1370 por obligaciones contraídas por un cónyuge una vez disuelta la sociedad de gananciales (con la postura negativa del TS y de la DGRN; pág. 1177 y 78).

Y apunto por último el estudio que realiza de los derechos de atribución preferente ex arts. 1406 y 1407. Su tratamiento monográfico fue realizado en 1985 por mí con otros tres autores (Premio Ilustre Colegio Notarial de Oviedo): MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y VÉLEZ BUENO.

El autor se limita a *citarnos* de una forma peculiar: “AAVV, La disolución...”. Con lo que por de pronto, si alguien está interesado en la obra, ¿?

Por lo demás, critica con razón la regulación del art. 1407 al separar los supuestos de los apartados 1.º y 2.º del art. 1406 de los dos restantes (abono del exceso en metálico). En el estudio antes aludido preconizamos una respuesta que –armonizando el precepto con otros del Código Civil– podría resultar satisfactoria, ante la no reforma del art. 1407 (que el autor considera deseable dada la identidad de *ratio* fundamentadora de todos los supuestos del art. 1406). En espera de esa reforma, que nunca se sabe si tratando de resolver la cuestión, crearía otros problemas, lo apuntado puede servir al menos de cauce orientador de cuestiones que la realidad plantea.

Por último, en el supuesto del núm. 2, ex art. 1406, nada se dice respecto a empresas con forma o tipo societario, ni relaciona el artículo citado con el 1056,2.º –reformado en el año 2003–, ni con el derecho de reversión ex art. 812... Concluyo al menos con este apunte.

7. LA SEPARACIÓN DE BIENES

De este régimen se ocupa CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, que ya en una de las primeras páginas (la 1207) señala cómo se pensó en su momento –ante la reforma de 1981– que constituyera el régimen legal supletorio, pero finalmente se descartó: por no resultar equitativo si uno de los cónyuges, normalmente la mujer, se dedica en exclusiva (dice: exclusivamente, lo que puede ser distinto: existen matrimonios en que la esposa no permite al marido que *ayude* en el hogar, porque cuando lo ha intentado más bien ha estorbado, o ha estropeado en la casa). Si el régimen de participación soluciona este problema, su extraordinaria complejidad ha demostrado que apenas se acoja en la práctica. Además, dice, habría que modificar el sistema sucesorio reforzando los derechos del cónyuge viudo (lo que debería hacerse, apunto, como lo ha hecho nuestro vecino de arriba, acudiendo al usufructo universal legal).

7.1. Con realismo destaca su extraordinario auge dada la incorporación de la mujer al mundo laboral y la frecuencia de las segundas (y más, diría yo) nupcias. También las crisis económicas –como la enorme actual– favorecen su implantación capitular (con los peligros propios del endeudamiento, la protección de los acreedores, situaciones concursales, concurso...).

7.2. Titularidad de bienes y derechos. Prueba. Presunciones

Son estudiadas con visión de alcance. Lo que no obsta a que tenga que decir –como lo apunté con anterioridad– que no se roza siquiera problemas que surgen en las familias empresarias. Tampoco se alude a la efectividad de la cláusula en capitulaciones según la cual: “cualesquiera otros bienes y derechos cuya titularidad no sea común se entenderá que lo es de aquel que use, posea y disfrute del mismo”, lo que profesionalmente ha producido efectos positivos en la *praxis* (aunque doctrinalmente se haya puesto en tela de juicio por REBOLLEDO VARELA y DE LA CÁMARA).

7.3. El sostenimiento de las cargas del matrimonio

El art. 1438 recibe tratamiento con apoyo jurisprudencial, lo que

evidencia la conflictividad que en las crisis matrimoniales origina que el precepto en cuestión no sea precisamente perfecto. Me limito a apuntar aquí el pacto capitular que exonere a un cónyuge totalmente o de manera importante de contribuir a las cargas del matrimonio (aun partiendo de qué se consideran éstas): lo trata, mas no considera el pacto capitular –que la *praxis* sí tiene en cuenta– de que se compute el “trabajo para la casa” a efectos de la contribución a las cargas matrimoniales. Más, no solo lo dicho, también la “*collaboratio*” conyugal a la empresa del consorte (empresa familiar; recuérdese el supuesto de ésta, pero ganancial, a los efectos de los arts. 1406 y 1407).

Por lo demás, no debe confundirse lo que el precepto dispone con la pensión compensatoria (pág. 1229).

7.4. El art. 1442 y el art. 78 de la Ley Concursal

Baste indicar lo que el autor afirma (en la pág. 1218): no puede considerarse vigente aquél por la evidente identidad de supuesto (art. 2.2 CC), aunque incomprensiblemente no ha sido derogado de forma expresa. Cierto, incomprensible, pero cierto (en igual sentido, ASÚA GONZÁLEZ, en su estudio homenaje a M. ALBALADEJO [†], y cuyo título “presunción *murciana*” debería haberse evitado al corregir pruebas).

8. EL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN

Con maestría, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, se centra en aquél, y ello en dos estadios distintos: durante la vigencia del régimen y a su disolución (pág. 1232 y ss.).

Ya he señalado la afirmación de CABANILLAS acerca del escaso éxito que este sistema ha tenido en España (así lo vaticinaba Eladio BALLESTER en 1980, autor al que ÁLVAREZ-SALA cita; pág. 1234).

Importa, con todo, entrar en el estudio del autor, pues aclara las complejidades y tecnicismos de un régimen que en teoría es perfecto, pero... La realidad española, con todo, no es la del siglo XIX, incluso la del XX. Todo se andará, pues igual que ha calado el déficit cero, la prima de riesgo..., ¿por qué no el sistema alemán de la *Zugewinnngemeinschaft*, aunque, como ÁLVAREZ-SALA muestra, la regulación española no parece ser la alemana (así lo anuncia en la pág. 1235)?

En fin, un régimen que trata de armonizar las ventajas del de separación (sin incurrir en sus defectos, que llevaron al rechazo doctrinal por su *brutalité* anticomunitaria, en palabras de un estudioso del mismo) y del de un régimen de comunidad relativa (como por ejemplo el ganancial), no debe aparcarse. Intercomunicación, conexión y sinergias son dignas de tener en cuenta, pero siempre que se cale hondo en todos los sistemas matrimoniales. El autor, experto en la materia, así lo hace.

Con lo que termina, en la obra, la tercera parte. La cuarta se destina al estudio de la extinción del matrimonio y las situaciones de convivencia, como a continuación veré.

9. ¿Y LA COMUNIDAD UNIVERSAL, UNIVERSAL TOTAL?

Nada. Silencio absoluto. Ni siquiera para decir que “el matrimonio supone unión, no fusión” (en frase de SAPENA TOMÁS, por lo demás, certera). La única atención al régimen se la presta la autora que trata –en Cataluña– del régimen de “comunidad de bienes” (pág. 836 y ss.; epígrafe no revelador de que se trata de universal).

Merecería desde luego la pena haberla trabajado en la obra (me permito apuntar que yo lo hice en su día y resultó profesionalmente provechoso): ante la consulta de quien “todo lo que tengo quiero que sea de los dos y todo lo que adquiera también, pues me voy a casar...”, aconsejé el régimen de comunidad universal (en puridad, nunca puede ser absolutamente total. *Vide* en este sentido el art. 232.32 del Código Civil de Cataluña). Regulado en algunos países europeos, es el idóneo; y con pacto de supervivencia incluido, si así se estima en el caso real concreto.

IV. LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO Y DE LAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA

A ella dedica la obra su cuarta parte, tratando la separación personal, la disolución del matrimonio y la nulidad.

1. Algo he dicho ya respecto al divorcio (estudiado específicamente por FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, Isabel, la que aporta un estudio actual acerca de las distintas figuras, así como datos interesantes en aspectos tan reales como el “síndrome de alienación parental” –SAP– pág. 1384 y

85, aunque en sede de separación de hecho no se tiene en cuenta el estudio de CÁMARA ÁLVAREZ ni el de VIVES VILLAMAZARES –éste último acerca de la guarda de los hijos en la situación dicha–). Ahora voy a ceñirme a comentar el tratamiento que da SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, a la Solución extrajudicial de los conflictos familiares: la *Mediación Familiar* (pág. 1443 y ss.).

Conforme a la regulación legal, en Derecho común y legislaciones autonómicas, los elementos que integran la mediación son: que exista un conflicto (no violento, según la mayoría de estas últimas), se trata de un procedimiento extrajudicial; ha de intervenir un tercero profesional especializado, que asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación, el diálogo, la negociación, y, en definitiva, promover la toma de decisiones consensuadas (acuerdos; pág. 1448 y 49).

Estudia el contrato de mediación (no previsto en todas las legislaciones autonómicas), transcribiendo el art. 4 de la Ley de Mediación Familiar de Baleares, así como el procedimiento de mediación: duración y acuerdos (pág. 1474 y ss.).

Como señala en la nota 7 a pie de página, es preciso fomentar la *mediación extrajudicial*, como paso final hacia la desjudicialización de los conflictos de familia (pág. 1446).

2. Las uniones de hecho.

Algo he apuntado ya, pero en el capítulo VI, GARCÍA RUBIO, María Paz, las trata específicamente (pág. 1443 y ss.).

Bastante agua ha pasado por los puentes (no digamos de la que llueve en Santiago de Compostela, donde escribe la autora) desde la sentencia Marvin v. Marvin (Lee Marvin, *el malo* de tantas películas de cine negro, bélicas...) y la autora realiza un profundo estudio de tales uniones, en plural. Solo decir que me ha causado extrañeza la omisión de estudios que creo importantes: los de MARTÍNEZ DE AGUIRRE y VENTOSO ESCRIBANO (conferencias ambas pronunciadas en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid), y el de Federico J. CANTERO NÚÑEZ (en las *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, volumen 1.º, donde preconiza la vuelta a la sensatez) y desde luego hubiera sido de agradecer la cita de ESTRADA ALONSO, Eduardo, quien, en la Introducción de su obra –2.ª edición–, sopesa lo dicho en la 1.ª para reconocer que “hoy con más rotundidad que antes valoro el matrimonio como la única relación posible de superar las dificultades de la convivencia” (año 1986).

V. En la quinta parte de la obra que comento se trata la filiación y guarda de menores (antes se ocupan diversas autoras de la delincuencia en el ámbito familiar; la violencia de género).

1. La filiación (Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ).

He apuntado ya algo acerca de la presunción de paternidad, pero ahora voy a detenerme en concretos aspectos del reconocimiento, medio de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial.

El concepto del reconocimiento lo da la autora al principio de su estudio (el mío –que difiere– lo daba al final; estudio que, como el de CÁMARA, no se contemplan; Ilustre Colegio Notarial de Madrid y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, respectivamente).

Ante el art. 120 del CC, ¿puede reconocerse la filiación en *cualquier clase* de testamento?, ¿y en documentos públicos notariales ante el precepto citado y el art. 186 RRC? Son interrogantes que la autora plantea y fundamenta su respuesta (pág. 1646 y 47).

La capacidad del reconocedor (art. 121 CC), el consentimiento del reconocido, y en su caso si el reconocido ha fallecido, así como el reconocimiento del concebido y no nacido con la problemática que –partiendo de su admisibilidad– plantea el art. 124, así como la determinación de la filiación materna no matrimonial ocupan las siguientes páginas del estudio (1647 y ss.).

¿Qué respecto al reconocimiento “de complacencia”? Silencio total, cuando se trata de algo que produce controversia: si el reconocimiento de la filiación supone –como expuse en conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid en febrero de 1982– que el Derecho se pliega a la verdad biológica, la respuesta es clara (en este sentido el TS; aunque para algún autor, que se tenga que recurrir a la adopción supone un rodeo innecesario; posiblemente cabe considerarlo así, pero la premisa es clara: se reconoce a quien se cree que es hijo del reconocedor). Desde luego, el que previamente ha sido adoptado, puede ser reconocido.

2. Técnicas de reproducción asistida y filiación (DÍAZ ROMERO, María del Rosario, pág. 1665 y ss.).

Fecundación artificial homóloga (con la necesaria masturbación del varón para proporcionar sus gametos), heteróloga (el donante del semen es un tercero); procreación artificial “post mortem”; maternidad de sustitución o subrogada; crioconservación de gametos y *preembriones* (sic)... ocupan su atención.

No la mía. En *El embrión transparente*, de Jacques TESTART, se pregunta el introductor, Óscar CABALLERO: los huevos conservados, ¿durante cuánto tiempo?; y si el matrimonio se divorcia, ¿si mueren?; ¿si uno quiere, y el otro no, más hijos?; ¿quién será el tutor?; ¿por qué no probar el poder fecundante del esperma humano con huevos de hámster?; ¿quién será el padre-madre?, ¿el o la ministra de Sanidad?... Las técnicas de procreación artificial carecen de un auténtico y completo marco legal, concluye.

Y concluye TESTART en el libro citado: “Basta. No sigo. Ya he vivido bastantes horrores posibles, algunos realizables a corto plazo”, decía en 1986 (Edit. Granica, 1988).

Yo voy a describir un supuesto real en el que la sinrazón aflora cuando se pierde el Norte: señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (pág. 852 de su estudio en homenaje a mí. Civitas, 2011) que la resolución de 18 de febrero de 2009 –que no expongo– vulnera el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y da validez a lo que supone un *fraude de ley*. Si se consolida, los varones pueden ser padres con tales técnicas, probablemente con independencia de si están casados, pero siempre que celebren fuera de España el contrato de gestación por sustitución y que la ley nacional del lugar en el que se produce el nacimiento sea similar a la del Estado de California (o sea, cometan el fraude). Por lo demás, los interesados alardean de su *paternidad* en las revistas del corazón.

Como Díez-PICAZO dice en el comienzo de su Prólogo: quienes participamos activamente en la preparación de textos legales de lo que poco después habrían de ser las reformas del Derecho de familia español de 1981 pensábamos que así viviríamos tranquilamente durante al menos medio siglo, pero: el problema de los transexuales, las uniones de hecho, y la filiación surgida por la aplicación de técnicas de reproducción asistida (sobre todo la heteróloga, realizada con semen de un tercero), demostraron evidentemente que no era así (Prólogo a la obra de Encarna ROCA, *Familia y cambio social*, 1999. El prologuista de la obra que estoy comentando así lo dice, apuntando que “en estos momentos no sé con exactitud dónde”).

A mi entender, se van quemando etapas: 1.º divorcio, luego más; 1.º aborto, luego más; uniones de hecho, transexuales, fecundación artificial. Y así...

3. Después del estudio de GAYA SICILIA, Regina, sobre la “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo” y del de la “Adopción

en Derecho civil común”, de ESPADA MALLORQUÍN, Susana, el capítulo VI trata de las “Relaciones paterno-filiales. La Patria Potestad” y las “Relaciones familiares del hijo con padres, abuelos y otros parientes”.

Respecto a la primera, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, estudia con detenimiento este *oficio* de ambos padres, cuyo interés prevalente es el de los hijos bajo patria potestad: ¿cabe formarlos al margen del sistema educativo oficial; pueden oponerse a que curse una asignatura obligatoria?; son cuestiones que trata en profundidad, demostrando que conoce realistamente lo que trata (pág. 1844 a 1850).

Los contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales (art. 182 CC, *in fine*), pienso que tienen un calado en el que no termina de ahondar la autora; el ajedrecista, trapeicista, novillero, cantante o compositor revelación, “niño prodigio”... por poner ejemplos reales que en la mente de todos están, son los que celebran el contrato con la otra parte contratante y con el consentimiento (protector, deber *-officium*) de sus padres. Ello partiendo de la necesidad de cumplir los requisitos legales (y para evitarlos, torear en Francia, por ejemplo, porque la regulación legal era más tolerante respecto a la edad que la española; muchos recuerdan de quién estoy hablando).

La *madurez* legal ha de ser sopesada y en este sentido los profesionales tenemos misión de asesoramiento a fin de equilibrar intereses (al tratar la parte fuerte de imponer excesivo esfuerzo, trabajo... al menor cuyos padres son económicamente débiles, por ejemplo).

En cuanto a los bienes excluidos de la administración (pág. 1870 y ss.), es destacable el supuesto del art. 164.1: “Los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa, cumpliéndose estrictamente su voluntad sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”. Y es que ya la gráfica expresión de “estipulación antiyerno o nuera” es reveladora, y con el divorcio el que uno de los padres o ascendientes así lo disponga para evitar que el otro excónyuge o el otro padre/madre administren... está a la orden del día, incluso ampliando su vigencia más allá de la mayoría de edad (23, 25 años, acorde con la previsible duración de los estudios...).

La disposición ex art. 166 –no precisamente un dechado de perfección– es de necesaria atención: a mi juicio, distinguir la enajenación, el gravamen y la renuncia, considerar la *previa* autorización judicial, así como el supuesto del “menor con dieciséis años o más...”, son aspectos importantes para una recta aplicación de la norma.

¿*Quid iuris* de los negocios jurídicos realizados sin la previa autorización judicial cuando ésta es necesaria?: estamos ante un contrato o negocio jurídico incompleto, de eficacia provisional, pendiente en su eficacia definitiva de que el afectado, al llegar a la mayoría de edad, lo ratifique expresa o tácitamente (TS en sentencia de 22 de abril de 2010). Con todo, los enfoques doctrinales son dispares y la jurisprudencia no ha sido totalmente segura.

¿Cabe celebrar el negocio pendiente de obtener la autorización judicial? Conforme a lo que acabo de exponer, la respuesta ha de ser afirmativa: su obtención retrotrae los efectos de aquél.

Las relaciones familiares con los abuelos u otros parientes son estudiadas en la pág. 1890 y ss.: no podrán impedirse *sin justa causa* las relaciones personales del hijo con los abuelos y otros parientes allegados, dice en su actual redacción el art. 160, 2.º párrafo. Precepto que abarca más supuestos y que el TS ha interpretado en varios casos reales (pueden verse algunos en la obra, págs. citadas).

No debo terminar esta parte del comentario sin constatar lo que dice el prologuista: "... lo que se produce es una completa destrucción de cualquier vestigio de autoridad, de patria potestad o de cosa por el estilo, en favor de un absoluto individualismo con libertad de ataduras, que no produce en ningún caso los mejores resultados posibles".

Gracias a Antonio BARDERAS (Empresa Familiar de Madrid) conocí a Emilio CALATAYUD. De su libro *Reflexiones de un Juez de Menores* extraigo su Decálogo para formar a un delincuente, que resumo así: dele a su hijo todo lo que pida desde niño, despreocúpese de su educación ética o espiritual; ríale sus palabrotas; no le regañe nunca; recoja todo lo que tira; déjele que lea lo que le plazca; riña con su cónyuge (no dice: pareja) en presencia del niño; dele todo el dinero que le pida; satisfaga todos sus deseos, placeres..., no sea que se frustre; y dele la razón en toda controversia con profesores, vecinos...

El capítulo VII: Incapacitación y Discapacidad, tiene por autor a Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, lo que ya de entrada asegura un serio estudio de lo que trata.

Después de precisar los términos: capacidad, incapacidad, discapacidad, estudia la incapacitación (pág. 1918 y ss.): a fin de velar por la persona y el patrimonio de los presuntos incapaces, el proceso de incapacitación es la fórmula legalmente prevista. "La persona

que no puede gobernarse por sí misma” (art. 200) constituye el centro de gravedad del precepto, precisando el autor aspectos reales de la redacción legal en su aplicación práctica (pág. 1921 y 22), para a continuación tratar de la legitimación activa para instar el proceso de incapacitación y la regulación del mismo (arts. 756 a 763 LECiv).

La incapacitación de los menores de edad (art. 201 CC), de modo que su estatuto regulador será entonces más estricto (puesto que el menor en patria potestad tiene capacidad, aunque limitada, para su protección adecuada) la trata el autor; así como la reintegración de la capacidad del judicialmente incapacitado (art. 761 LECiv y 277 CC).

Destaco, por último, el estudio que realiza del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (pág. 1941 y ss.), considerando que si la persona concreta no está en condiciones de oponerse... sería más apropiado un procedimiento específico de jurisdicción voluntaria que la interposición de la demanda en el marco de un juicio verbal, de naturaleza contenciosa (el autor demuestra su magisterio al precisar la conveniencia dicha, aludiendo al supuesto de esterilización del incapaz psíquico y el que ahora se estudia). A la esterilización involuntaria se dedican las páginas 949 y 50 para destacar la reciente solicitud del CERMI, a fin de articular el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 156 del Código Penal, relativo a la autorización judicial de aquélla.

Las Instituciones Tutelares ocupan el capítulo VIII.

1. La tutela de los menores e incapaces la trata María SERRANO FERNÁNDEZ. “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado (la ley prefiere este término al de pupilo), y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”, dice el art. 216 del CC. ¿De la tutela de familia a la de autoridad?, sí, pero los padres pueden en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización..., dice el art. 223, contemplando el art. 227 –*a simile* con la patria potestad– que el disponente de bienes a título gratuito podrá establecer las reglas de administración y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla, en beneficio del menor o incapacitado favorecido. ¿Administración solo; también disposición y sin necesidad de la autorización judicial que –en patria potestad y tutela– exige la ley? Son cuestiones debatidas por la doctrina y que la autora estudia en las págs. 1984 y 85. Por lo demás, como advierte CANO TELLO –no citado por la autora–, el 227 no es tan permisivo como el Derecho anterior.

Trata de la *autotutela*, en previsión de ser incapacitado judicialmente (art. 223, párrafo segundo), figura solo apuntada, sin el aporte problemático que la doctrina ha expuesto (pág. 1966).

¿Cabe admitir otros supuestos de tutela plural además de los que regula el art. 236? En concreto, respecto a la tutela conjunta por los abuelos defiende su posibilidad –sobre la base del beneficio del tutelado y lo beneficioso que puede suponer– ante el caso concreto y si así lo considera la autoridad judicial –la integración del menor en la vida de familia del tutor (art. 234, último párrafo).

Las funciones del tutor –partiendo de la posible premisa de que exista un tutor para la persona y otro para los bienes del tutelado (art. 236, 1.º, que regula uno de los supuestos de tutela plural)– son estudiadas y merecen consideración específica los supuestos en que el tutor necesita o no autorización judicial (art. 271 y 272 especialmente). La premisa de la protección de persona y bienes del tutelado preside toda la interpretación legal en la materia (acorde con el art. 215 y el ya citado 216: en beneficio del tutelado). *A simile* con lo tratado al estudiar el art. 166 en sede de patria potestad, puede responderse al interrogante: ¿qué si no se obtiene la autorización judicial cuando es necesaria?, teniendo además en cuenta que aquí no se exige “*la previa*”, al menos expresamente.

La Curatela es tratada por MONDÉJAR PEÑA, María Isabel. A ella están sujetas las personas que el art. 286 señala, y también “los que judicialmente sean considerados que deben tener un curador en los actos que no puedan realizar por sí solos, lo que así se considera en atención a su grado de discernimiento” (art. 287 y 288). Intervención, asistencia, son expresiones legales y cuando sea preceptiva y los actos jurídicos se hayan realizado sin ella, serán –dice el art. 293– anulables...

La LECiv tiene mucho que decir y así lo hace respecto a la prodigalidad y la curatela del incapacitado. La autora así lo considera en la pág. 2021 y ss.

“Del Defensor Judicial”, epígrafe del régimen legal (art. 299 y 299 bis a 302 inclusive), trata la autora a partir de la página 2037: el conflicto de intereses, ¿cuándo se da?: la autora se decanta realísticamente por exponer supuestos tratados por la DGRN, pero además realiza un examen especial del supuesto del art. 758 LECiv (pág. 2046 y ss.).

“De la Guarda de hecho” (art. 303 y ss.) se ocupa a continuación.

La realidad se impone y el guardador de hecho que sin nombra-

miento judicial, habilitación legal o apoderamiento voluntario, atien- de al menor o al presunto incapaz en su persona y bienes (se dice en la pág. 2056), ha de considerarse una función transitoria y desde luego controlada judicialmente (art. 303). Y es que existen indesea- bles actuaciones, aprovechamiento injusto, engaños y coacciones de imprescindible erradicación (menores, discapaces, tercera edad).

Su régimen jurídico (obligaciones, derechos, retribución y efi- cacia de sus actos –art. 304: no impugnación si redundan en uti- lidad del menor o del presunto incapaz–) lo aborda la autora en la pág. 2057 y ss. Específicamente su responsabilidad hay que desta- carla: los arts. 1902 y 1903 –especialmente es de señalar la contro- versia acerca de la aplicabilidad de este último aquí– son tratados por la autora en las págs. 2075 y 2076 (en ésta cita la responsabi- lidad de aquél, solidaria con el guardado, por los daños provocados por éste, menor de edad, como consecuencia de un delito o falta) (art. 61 Ley Orgánica de 12 de enero de 2000, de responsabilidad penal de los menores; añadiendo la autora la posible obligación del cuidador respondiendo civilmente por los ilícitos penales cometidos por el guardado de acuerdo con el art. 118 CP).

EL CIERRE DE LA OBRA

En casi setecientas páginas se contienen: de un lado, la vida fa- miliar en clave financiera y tributaria (en la que su autora reconoce ya de entrada no abordar la empresa familiar y las operaciones vin- culadas); el Derecho Internacional privado de la familia (pág. 2119 a 2447); los problemas registrales (ya apunté algo respecto al estudio de Carmen DE GRADO); y los procesos de familia.

En alguna parte del comentario que ahora termina he citado al prologuista cuando dice: el Derecho de Familia podrá en lo sucesivo estudiarse en este libro. Es posible, pienso, después del recorrido efectuado, pues el considerable esfuerzo realizado por sus autoras y autores ha ido en esa dirección. ¿Falta unidad de dirección, que se acusa en una sistematización no lograda; hay repeticiones, existen solapamientos...? Algunos aspectos que inciden en estos interro- gantes he tratado de señalar al comentar este volumen (excesiva- mente *voluminoso*; uno más uno igual a dos y ganaría en maneja- bilidad, por de pronto).

Otra obra –en breve lapso de tiempo– ha aparecido sobre las materias constitutivas del Derecho de La Familia (*Tratado*. Coordinación: CUENA CASAS, YZQUIERDO TOLSADA. Civitas). Esta última, no porque se desarrolle en ocho tomos, que también, supone digno esfuerzo por poner al día jurídicamente –desde todos los planos– a LA FAMILIA. El caleidoscopio legislativo es de tal calibre que solo intentar descifrarlo elogio merece. Si además aclara, resuelve y despeja incógnitas, la seguridad jurídica lo agradece y los estudiosos también.

Hay que asentir, en último término, ante el Derecho de La Familia, a que se está cumpliendo –y rápidamente– la predicción de SAVATIER cuando hace algo más de treinta años vaticinaba en la evolución del Derecho de Familia la proyección de tres fuerzas: el asalto del individualismo, la transformación de la economía familiar y los *progresos* de la biología humana. *Magister dixit*.

FUNCIÓN NOTARIAL, CLÁUSULA DE NACIONALIDAD Y LIBRE ESTABLECIMIENTO

(Comentario a las sentencias del TJUE en los Asuntos C-47/08 Comisión/Bélgica, C-50/08 Comisión/Francia, C-51/08 Comisión/Luxemburgo, C-53/08 Comisión/Austria, C-54/08 Comisión/Alemania y C-61/08 Comisión/Grecia) (*) ()**

José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz

Notario

LL. M. Colegio de Europa, Brujas

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha concluido que la actividad documental de redacción, control de legalidad y autenticación que lleva a cabo el notario latino no se considera relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 TCE.

Esta conclusión hace exigible, sin embargo, un análisis detallado y crítico de los argumentos del Tribunal, habida consideración a los importantes efectos jurídicos vinculados al documento notarial en la mayoría de los Estados Miembros, especialmente en los ámbitos probatorio y ejecutivo, entre otros.

Un criterio de proporcionalidad hubiera sido más apropiado y sugestivo para, sin negar un claro vínculo entre la función notarial y el ejercicio del poder público, excluir, en tanto que desproporcionado y excesivo, el discriminatorio requisito de nacionalidad como imprescindible para acceder a la profesión notarial en cada Estado Miembro.

(*) Este trabajo ha sido previamente publicado en la *Revista General de Derecho Europeo*, 2011, núm. 25, disponible en <http://www.iustel.com>. Con posterioridad a su publicación, el 1 de diciembre de 2011, el TJUE dictó sobre la misma cuestión su sentencia *Comisión/Holanda*, Asunto C-157/09, pronunciándose en sentido idéntico al de las sentencias que son objeto del presente estudio. Hago, por tanto, extensivas a tal resolución las reflexiones vertidas en este comentario.

(**) Quiero expresar mi agradecimiento a Belén IRISSARRY ROBINA (Universidad de Sevilla) y a Carla RODRÍGUEZ-SPITERI ENRICH (Consejo General del Notariado), por facilitarme fuentes documentales.

Abstract: According to the ECJ, the function of drafting and authenticating legal documents provided by latin notaries is not an activity to be deemed as related to the exercise of public power in the sense of article 45 TEC.

This conclusion, nonetheless, demands careful and critical analysis in as much as notarial documents deploy major public legal effects in many Member States, concerning privileged proof and execution, inter alia.

The ECJ, following a more progressive rule of reason approach, should have recognised, instead, the link of notarial profession with public authority, which need not ultimately be an obstacle to ban nationality clause, as not proportionate to protect public national interest.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ESTATUTO DEL NOTARIO, RESTRICCIONES AL LIBRE ESTABLECIMIENTO, INTERÉS GENERAL Y VÍNCULO CON EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO (POSICIÓN Y ARGUMENTOS DEL TJUE)
- III. SOBRE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO
- IV. SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, EL ORDEN PÚBLICO Y LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 45 TCE (51 TFUE)
- V. CONCLUSIÓN
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de mayo de 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*TJUE* o *el Tribunal*) resolvió los recursos interpuestos por la Comisión Europea sobre la base del artículo 226 TCE (hoy 258 TFUE) contra el Reino de Bélgica, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Austria, la República Federal de Alemania y la República Helénica, concluyendo que los Estados Miembros de la Unión Europea no pueden imponer a ciudadanos de otros Estados de la Unión el requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario (1). A juicio de este órgano, tal imposición comporta una exigencia limitativa del derecho al libre establecimiento de los nacionales de un Estado Miembro en el territorio de otro, incompatible, por tanto, con el artículo 43 TCE (hoy 49 TFUE) y no susceptible de subsunción bajo la excepción a ese derecho que acoge el párrafo primero del artículo 45 TCE (actual 51 TFUE), por no estimarse relacionadas con el ejercicio del poder público, aunque sólo sea de manera ocasional, las distintas actividades notariales en los respectivos derechos nacionales. Todo ello sin perjuicio de que la función notarial cumpla una misión de interés general en garantía de la legalidad y de la seguridad jurídica de los actos y negocios otorgados por los particulares, apta para legitimar determinadas restricciones a la aplicación del artículo 43 TCE de acuerdo con los criterios y con la normativa propios de cada derecho nacional en lo que atañe al acceso a la profesión notarial, a la organización de la misma y al desempeño de su función en sus vertientes sustantiva, adjetiva *–administrativa–*, deontológica y disciplinaria.

En primer término y desde una perspectiva española, las reflexiones que suscita este pronunciamiento del TJUE no pueden expre-

(1) La STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Portugal*, Asunto C-52/08, queda fuera de este comentario por limitarse a valorar si Portugal ha cumplido o no su obligación de transposición de la Directiva 2005/36, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005 (DO L. 255, de 30 de septiembre de 2005) (*La Directiva 2005/36*), a la profesión de notario y por no analizar si el notario ejerce una función vinculada con el ejercicio del poder público, a los efectos del artículo 45 (1) TCE.

sarse sin recordar la reforma normativa que nuestro legislador llevó a cabo a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (2), que confirió nueva redacción al artículo 10 (3) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en la dirección de: (i) permitir el acceso a las pruebas selectivas para el ingreso en el Notariado no sólo a los nacionales españoles, sino también a los de cualquier país miembro de la Unión Europea; y de (ii) aceptar los grados en Derecho expedidos por las autoridades de tales Estados previa su homologación en los términos prevenidos por la Directiva 89/48, de 21 de diciembre de 1988 (4), y su normativa concordante y de desarrollo.

El legislador español, de este modo, de acuerdo con sus criterios de política legislativa y en ejercicio de su competencia para determinar los requisitos de organización y de acceso a la función notarial, estimó la conveniencia de potenciar la igualdad de oportunidades y de trato a todos los ciudadanos de la Unión Europea mediante la supresión de la cláusula de nacionalidad en esta materia, habida consideración al estatuto *sui generis* del notario, profesional del

(2) BOE número 313, de 31 de diciembre de 2001.

(3) *“Los que aspiren a realizar las pruebas selectivas para el ingreso en el Notariado, deben reunir, en la fecha en que termine el plazo de presentación de las instancias, las condiciones siguientes:*

1. *Ser español u ostentar la nacionalidad de cualquier país miembro de la Unión Europea.*
2. *Ser mayor de edad.*
3. *No encontrarse comprendido en ninguno de los casos que incapacitan o imposibilitan para el ejercicio del cargo de Notario.*
4. *Ser Doctor o Licenciado en Derecho o haber concluido los estudios de esta Licenciatura.*

Si el título procediera de un Estado miembro de la Unión Europea, deberá presentarse el certificado acreditativo del reconocimiento u homologación del título equivalente, conforme a la Directiva 89/48, de 21 de diciembre de 1988, al Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre y demás normas de transposición y desarrollo.”

(4) Directiva 89/48/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988 (DO L. 19, de 24 de enero de 1989) (*La Directiva 89/48*). Hoy derogada y sustituida por la Directiva 2005/36.

derecho y a la vez servidor público, de manera inescindible (5). El mantenimiento del requisito de nacionalidad por los ordenamientos propios de los Estados demandados (6) va a originar la acción de la

(5) Artículo 1.º del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944, a cuyo tenor: *“El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.*

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) *En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.*

b) *Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.*

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio.

En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario.

El ámbito territorial de los Colegios Notariales deberá corresponderse con el de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el anexo V de este Reglamento.

Las provincias integradas en cada Colegio Notarial se dividirán en Distritos, cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial”. (Los subrayados son míos).

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 10 de junio de 2003 declaró, en ese sentido, que *“el notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente [...]. Dos vertientes –privada y pública– que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial colaboración que la hace distinta de la una y la otra”.*

(6) Artículo 35 (3) Ley de 25 de Ventoso del año XI (Bélgica); artículo 3 del Decreto de 5 de julio de 1973 (Francia); artículo 15 de la Ley de 9 de diciembre de 1976 (Luxemburgo); artículo 6 (1) a) del Reglamento Notarial 75/1871 (Austria); artículo 5 del *Bundesnotarordnung*, de 24

Comisión que se resuelve en las sentencias objeto de las presentes reflexiones, que se vierten tomando como punto de referencia el derecho español, sin perjuicio de las indicaciones oportunas al derecho comparado.

El estatuto profesional del notario se caracteriza, por tanto, por su *naturaleza híbrida* de profesional del derecho y de funcionario público (7). Así, las sentencias presentan un incuestionable interés por cuanto su resolución exige una delimitación más precisa de la significación comunitaria de nociones difusas, como la del ejercicio del poder público; y porque el pronunciamiento hace necesario cuestionarse con carácter previo qué se entiende por vinculación o no con tal poder público; o, en su caso, qué medida, grado o intensidad de vínculo de una profesión, en este caso, la notarial, o de actividades inherentes a la misma –v. gr. la tutela de un protocolo de titularidad estatal o las que comportan una actuación de jurisdicción voluntaria o incluso de ejecución extrajudicial (piénsese en la realización de garantías reales o en la venta extrajudicial) (8)– con el ejercicio del poder público puede justificar la introducción de restricciones a la libertad de establecimiento, lo que apuntaría a la consideración del problema desde un criterio de proporcionalidad y a la cuestión, siempre compleja, del orden público.

de febrero de 1961 (Alemania); y artículo 19 (1) de la Ley 2830/2000 (Grecia).

(7) Así, v. gr., en Francia y Bélgica, el artículo 1.º de la Ley de 25 de Ventoso del año XI.

(8) *Vid.* artículos 129 de la Ley Hipotecaria, 1872 del Código Civil, 86 y 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954, o 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio de 1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE 167, de 14 de julio de 1998). *Vid.*, en materia de jurisdicción voluntaria, las alegaciones alemanas en los fundamentos jurídicos 63 a 65 de la STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Alemania*, Asunto C-54/08; y, especialmente, las funciones del notario austríaco como *Gerichtskommissär*, en procedimientos no contenciosos, en los ámbitos de la *Gerichtskommissärsgesetz*, de 11 de noviembre de 1970 (BGBl 343/1970) y de la *Ausserstreitgesetz* (BGBl I,111/2003); y las facultades sobre ejecuciones o formaciones de inventarios del notario belga (artículos 1148 a 1173, 1175 a 1184, 1186 a 1190, 1207 a 1224, o 1560 y siguientes del Código Judicial belga).

II. ESTATUTO DEL NOTARIO, RESTRICCIONES AL LIBRE ESTABLECIMIENTO, INTERÉS GENERAL Y VÍNCULO CON EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO (POSICIÓN Y ARGUMENTOS DEL TJUE)

El Tribunal da comienzo a su *iter* argumentativo y resolutivo sobre la base de que no se cuestionan por la parte demandante –la Comisión Europea– ni el estatuto, ni la organización del Notariado ni las condiciones de acceso a la profesión en los diferentes Estados. Lo que no es obstáculo sino, más bien, motivo o estímulo para que el órgano interpretativo de los Tratados se ocupe especialmente de subrayar que el particular estatuto del notario admite –o puede exigir– *otras restricciones*, distintas del requisito de nacionalidad, al libre establecimiento; y ello, sobre dos argumentos, a estos efectos, recíprocamente condicionados, a saber, que (i) la libertad de establecimiento implica el acceso a las actividades por cuenta propia y el ejercicio de las mismas en las condiciones fijadas por la legislación del Estado Miembro de establecimiento *para sus propios nacionales* (criterio de no discriminación); y que (ii) las actividades notariales persiguen fines de *interés general* conducentes a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica (criterio funcional), si bien esforzándose el TJUE en poner de relieve que el servicio de fines de interés general no necesariamente comporta relación con el ejercicio del poder público, en los términos del artículo 45 TCE:

(i) El primero de los anteriores razonamientos aplicado al Notariado parece feliz y coherente con la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 43 (2) TCE desde **Klopp** (9), **Wolf** (10), **Gullung** (11) o, especialmente, **Vlassopoulou** (12), en cuanto a la compatibilidad con tal precepto de medidas restrictivas nacionales que estén basadas en un *fundamento objetivo* –que, en nuestro caso, se identificaría con la consecución de fines de interés general mediante el control de la legalidad y la garantía de la seguridad jurídica preventiva.

(9) STJUE de 12 de julio de 1984, **Klopp**, Asunto 107/83.

(10) STJUE de 15 de junio de 1988, **Wolf**, Asuntos 154-155/87.

(11) STJUE de 19 de enero de 1988, **Gullung**, Asunto 292/86.

(12) STJUE de 7 de mayo de 1991, **Vlassopoulou**, Asunto C-340/89.

En efecto, la libertad de establecimiento se sustancia esencialmente en la ausencia de discriminación por razón de nacionalidad, esto es, en el derecho a la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de destino. El Estado en cuestión puede, por consiguiente, diseñar un sistema de selección profesional y exigir la acreditación de un grado de cualificación para el ejercicio de una actividad o cualesquiera otras demandas, exclusión hecha de cualquier medida que implique discriminación (13) no objetivamente justificada. Por otra parte, es sabido que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad se encuentra en la entraña misma y en la razón de ser del derecho comunitario y así es reconocido al nivel del *derecho primario* en el artículo 12 TCE (hoy 18 TFUE).

Tampoco parece razonable alegar en este contexto la Directiva 89/48 –al margen el actual considerando 41 de su nueva versión, la Directiva 2005/36 (14)–, pues, como el Tribunal estableció en *Vlassopoulou*, el Estado de destino está legitimado para rechazar la equiparación entre diplomas, certificados u otros documentos acreditativos de una cualificación profesional si, previa comparación objetiva con los *standards* internos relativos a la naturaleza y cantidad de los conocimientos, a la duración de los estudios o a la vertiente práctica de los mismos, el diploma extranjero no acredita los conocimientos o la práctica específicamente necesarios para el adecuado desempeño de una profesión. En relación con la función notarial, y partiendo del caso español, extrapolable al de otros Notariados de matriz latino-germánica, una sólida y profunda formación en los planos teórico y práctico sobre las instituciones del derecho privado nacional se hace imprescindible para

(13) Fundamentos jurídicos 79 y 80 de la STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Bélgica*, Asunto C-47/08.

(14) *Considerando 41 de la Directiva 2005/36*: “La presente Directiva no prejuzga la aplicación del artículo 39, apartado 4, ni del artículo 45 del Tratado relativos en particular a los notarios.”

El Tribunal, en cuanto a las alegaciones de la Comisión sobre el incumplimiento de los Estados demandados de su obligación de transposición de la Directiva a la profesión de notario, responde que no resulta posible declarar que a la fecha correspondiente existiera una obligación suficientemente clara que impusiera a los Estados Miembros la transposición de la Directiva 89/48 en relación con la profesión de notario.

el correcto ejercicio de la función con la debida garantía para el ciudadano que se acoge a este servicio público, sea voluntariamente o por determinación de la ley; y

(ii) El segundo criterio sobre el que el TJUE sustenta su decisión en las sentencias que son objeto de comentario, a saber, que el notario presta una función dirigida a la consecución de fines de interés general, a mi entender merece una valoración desfavorable, en cuanto cierta pero incompleta: el Tribunal opta, efectivamente, por la más rápida y sencilla vía del casuismo, limitándose a concluir que ni la profesión notarial, ni ninguna de las actividades inherentes a la misma están relacionadas, ni siquiera ocasionalmente, con el ejercicio del poder público. El TJUE descarta, así, la dirección propuesta por el abogado general **CRUZ VILLALÓN**, favorable a una jurisprudencia interpretativa más sugestiva y sistemática sobre los artículos 43 y 45 TCE, basada en un juicio de proporcionalidad –o *rule of reason* (15)– del requisito de nacionalidad en cuanto a la consecución de los fines protectores de la noción de orden público a que obedece el artículo 45 (1) TCE –y sin necesidad de negar para ello algo muy razonable, que es la vinculación con el ejercicio del poder público de la función notarial (16)–. El Tribunal es consciente de que afirmar la vinculación con el poder público de la función notarial dirige a la aplicación de la excepción del artículo 45 (1) TCE, lo que, con el texto del Tratado en la mano, justificaría, como excep-

(15) Se trata de dar cabida a un principio equitativo o de sensatez, sobre la base del reconocimiento de que la aplicación estricta de un principio básico del derecho comunitario –como el derecho al libre establecimiento, a la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales o a la libre competencia– puede abocar, en ciertas circunstancias, a un resultado no razonable.

(16) El propio Tribunal parece apuntar en el camino de un juicio de proporcionalidad al señalar en el considerando 95 de la misma STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Bélgica*, Asunto C-47/08, que, si bien el notario cumple una misión de interés general, la persecución de tal objetivo no justifica *por sí sola* que las prerrogativas necesarias al efecto se reserven a los nacionales. Pero, a continuación, ese criterio deviene innecesario y se descarta por el propio Tribunal –es más directo concluir que la función notarial no se relaciona con el ejercicio del poder público.

ción a la regla general de libertad, las *restricciones* (sic) introducidas por los Estados en defensa de su orden público, y entre ellas, en principio, por qué no, el requisito de nacionalidad (17). Admitir que existe contacto, aun ocasional, con el ejercicio del poder público, obliga a hilar mucho más fino para fundar la decisión que el Tribunal *quiere* defender: la incompatibilidad con el derecho comunitario del requisito de nacionalidad para el acceso a la profesión notarial en los diferentes Estados Miembros.

Considero que de lo que queda expuesto se hace patente la incoherencia del Tribunal en su argumentación: de un lado, para no aventurarse a valorar si el requisito o cláusula de nacionalidad es una restricción proporcionada a los fines que persigue la excepción del artículo 45 (1) TCE recurre a la negación de la relación de la función notarial con el ejercicio del poder público (18); y, sin embargo, de otro, descarta la plena libertad de establecimiento considerando objetivamente justificadas las restricciones inherentes al estatus del notario en la medida en que son necesarias para la protección de los valores constitucionales de la seguridad jurídica y del principio

(17) De esta forma y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el Tribunal (*vid.* los considerandos 82 y 97 de la misma STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Bélgica*, Asunto C-47/08, o los considerandos 83 y 98 de la STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Alemania*, Asunto C-54/08) implícitamente y en contra de su jurisprudencia sobre libre circulación de bienes en las conocidas SSTJUE de 11 de julio de 1972, *Dassonville*, Asunto 8/74, y de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, Asunto 120/78, parecería cerrar el paso a la admisibilidad de un juicio de proporcionalidad respecto del ámbito de la norma integrada por los artículos 43 y 45 TCE.

(18) De este modo, en el sentido de las alegaciones de los Estados Miembros demandados, el Tribunal parecería afirmar de modo indirecto que el recurso a la *rule of reason* no cabe respecto de la regla del artículo 45 (1) TCE; regla que, en palabras del abogado general **CRUZ VILLALÓN**, se configuraría como un supuesto *binario* que o se aplica o no se aplica (en otros términos, si una actividad se subsume en su supuesto de hecho estará excluida del libre establecimiento y si no se subsume en el ámbito de aplicación de la norma no cabrán restricciones introducidas por los Estados a tal libertad).

de legalidad (19), lo que equivale, implícitamente, a un verdadero recurso a la *rule of reason*.

Admitido que el estatus del notario justifica restricciones a la libertad de establecimiento necesarias para la consecución de fines de interés general y, a los efectos de negar que sea admisible, no obstante, la cláusula de nacionalidad, el Tribunal pasa a una segunda línea de razonamiento, a saber, la de negar que la función notarial es una función pública en el sentido del artículo 45 (1) TCE. Se desarrolla de este modo el tratamiento de la cuestión sobre la premisa de que para que una restricción introducida por el derecho nacional al libre establecimiento sea admisible, debe serlo respecto de una actividad que, a partir de la jurisprudencia **Reyners** (20) o **Thijssen** (21), *inter alia*, ha de considerarse *directa y específicamente* relacionada con el ejercicio del poder público. Y, para definir qué se entiende por ejercicio de poder público, el TJUE procede (22) desgranando enunciativamente ejemplos negativos de actividades previamente enjuiciadas (23). De lo que se colige que para el Tribunal una actividad se relaciona con el ejercicio

(19) Artículo 9, apartados primero y tercero, de la Constitución Española, comprendido en su Título Preliminar y, por tanto, conforme al artículo 168 de la misma Carta Magna, sometido a un procedimiento reforzado de reforma. Tales valores también han sido reconocidos como principios fundamentales del derecho comunitario por la jurisprudencia del TJUE (*vid.*, en cuanto al principio de legalidad, el fundamento jurídico 23 de la STJUE de 25 de febrero de 1988, *Les Verts*, Asunto 190/84; y por lo que respecta al principio de seguridad jurídica, y como resumen de su jurisprudencia en la materia, el fundamento jurídico 17 de la STJUE de 9 de julio de 1981, *Grondand Frères*, Asunto 169/80).

(20) STJUE de 21 de junio de 1974, *Reyners*, Asunto 2/74.

(21) STJUE de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C-42/92.

(22) Fundamento jurídico 86 de la STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Bélgica*, Asunto C-47/08.

(23) De modo que quedarían fuera del ámbito de aplicación:

— Actividades meramente auxiliares y preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público;

— Actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales, deja intactas las facultades de apreciación y decisión de dichas autoridades; o

— Actividades que no impliquen poderes coercitivos o poderes de compulsión.

del poder público cuando, cumulativamente, (i) en sí misma tiene la consideración de una actividad principal y no accesoria de otra; (ii) comporta facultades de apreciación y decisión; y (iii) se lleva a cabo por personas o entes investidos de poderes de coerción o compulsión, sin que baste para asimilar a funciones de poder público las que se desempeñan en aras a la consecución de fines de interés general –a cuya categoría, de menor rango a efectos de la excepción del artículo 45 (1) TCE, el Tribunal, como vamos a ver, *rebaja* la función notarial (24).

A partir de ahí, con particular énfasis en lo que las sentencias, de modo simplista e impreciso, denominan *autenticación* (25), el Tribunal somete a enjuiciamiento individualizado todas y cada una de las funciones del notario que los Estados demandados defienden como vinculadas al ejercicio del poder público, desmontando uno por uno los argumentos de aquéllos para negar la relación de la función notarial con la soberanía del Estado; y, por tanto, cerrando el paso a la vía, jurisprudencialmente más razonable y constructiva, de más finura e, incluso, audacia, de la *rule of reason* y del juicio de proporcionalidad, una vez reconocido el carácter público de la función, trazada por el abogado general **CRUZ VILLALÓN** en sus conclusiones presentadas el 14 de septiembre de 2010.

III. SOBRE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

Como queda apuntado, el Tribunal no ha acertado negando la vinculación de la función notarial con el ejercicio del poder público,

(24) Se está, en cierto modo, tipificando una triple categoría de actividades, a saber: (i) las vinculadas con el ejercicio del poder público; (ii) las que no lo están pero persiguen fines de interés general que, en ausencia de armonización, justifican un estatuto protegido por restricciones, más o menos intensas, al libre establecimiento, entre las cuales se encuadraría la función notarial; y, finalmente, con carácter residual, (iii) todas las demás, respecto de las cuales no cabe restricción alguna a esa libertad comunitaria.

(25) La *autenticación* no es sino un eslabón –inescindible de otros– de la *autorización* notarial, en virtud de la cual el notario se reconoce autor (se *autorem facere*) del instrumento público, que él redacta y autentica, previo control de su legalidad formal y material, y que los interesados *otorgan* (emitiendo una declaración de voluntad con la prestación de su consentimiento).

incurriendo, además, en incoherencia frente a su propia jurisprudencia sobre el documento público y su origen (26) y frente a disposiciones normativas comunitarias al respecto (27); y como he

(26) De hecho, el Tribunal se contradice con su propia STJUE de 17 de junio de 1999, *Unibank*, Asunto C-260/97, que dio carta de naturaleza al documento público (*acte authentique*) como concepto de derecho comunitario, definiéndolo como *aquel emanado de una autoridad pública competente o de cualquier otra autoridad habilitada a tal fin por el Estado* (sic) *que, siendo ejecutivo por sí mismo en el Estado en que se ha otorgado, extiende su autenticidad no sólo en relación a la firma, sino también a su contenido* –el subrayado es mío– (Por lo que respecta a la habilitación por el Estado como signo de vinculación con el ejercicio del poder público, en sentido favorable, *vid.* los fundamentos jurídicos 19 a 21 de la STJUE de 5 de octubre de 1994, *Van Schaik*, Asunto C-55/93).

Se trataba de una demanda interpuesta por un banco danés con la intención de utilizar con efecto ejecutivo en Alemania, y, en los términos del artículo 50 del Convenio de Bruselas de entonces, ahora Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (DO L. 12, de 16 de enero de 2001) (*el Reglamento 44/2001*), tres títulos de crédito firmados por el deudor en presencia de un empleado del banco y dotados de fuerza ejecutiva según el derecho de Dinamarca. El Tribunal rehusó la posibilidad de aplicar el artículo 50 a esta categoría documental. La lógica del artículo 50 del Convenio de Bruselas, hoy artículo 57 del Reglamento 44/2001, que asimila la ejecución de los documentos públicos a la de las sentencias, es fácilmente comprensible después de la lectura de las conclusiones del abogado general **LA PERGOLA** en el mismo Asunto *Unibank*, que concluye que, por las razones expuestas, la denominación documento público debe estar reservada no a todo acto o documento sino únicamente a aquellos que garantizan procedimientos apropiados de autenticación.

En su sentencia, el Tribunal incide sobre este aspecto e indica que debe procederse a la ejecución de los documentos previstos en el artículo 50 del Convenio en condiciones idénticas a las de decisiones judiciales y que el carácter auténtico de estos actos debe ser establecido de manera incontestable. Los actos y los documentos realizados entre particulares –señala el Tribunal– no poseen por ellos mismos este carácter, por ello la intervención de una autoridad pública o de otra autoridad habilitada por el Estado de origen es necesaria para dotarlos de la cualidad de documento público.

La STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Comisión/Holanda*, Asunto C-157/09, descarta, sin embargo, en su fundamento jurídico 89 la argumentación holandesa basada en *Unibank* alegando superficial y apresuradamente que el litigio que dio lugar a tal jurisprudencia no guardaba relación alguna con la interpretación del artículo 45 (1) TCE.

(27) El Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se dedicó monográficamente a la creación de un espacio de liber-

sugerido, igualmente, tampoco esa negación era necesaria para declarar la cláusula de nacionalidad, en este contexto, como incompatible con el derecho comunitario.

La función notarial por antonomasia es la creación de documentos públicos fehacientes comprensivos de declaraciones de volun-

tad, seguridad y justicia en la Unión Europea. En dicho programa se encuadra la necesidad de regular un *título ejecutivo europeo*. Sobre esta base, el Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril (DO L. 143, de 30 de abril de 2004) (*el Reglamento 805/2004*), sobre el Título Ejecutivo Europeo, en su artículo 5, al suprimir el *exequátur*, lleva a cabo una simplificación especialmente apropiada para los documentos públicos en que se reconoce el importe de la deuda y la obligación de devolución, obteniéndose de una vez, con la intervención notarial, una buena parte de los elementos que el Reglamento considera necesarios para que se tenga total certidumbre sobre la existencia de la obligación.

Ahora bien, ¿de qué habla el Reglamento 805/2004, de 21 de abril, cuando hace referencia al documento público? Con ecos de *Unibank*, en su artículo 4 nos dice que *se trata de un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, cuya autenticidad se refiere a la firma y al contenido del instrumento y que además haya sido establecido por un poder público u otra autoridad con este fin por el Estado miembro de donde provenga* (de nuevo, el subrayado es mío). No hace falta hacer especial hincapié, por lo evidente de la observación, que la definición se corresponde en su esencia con el concepto acuñado en los países que tienen un Notariado latino. Pero es importante la inclusión explícita en el Reglamento de tal definición, porque por primera vez tiene cabida en un texto legislativo supranacional. Hoy, continuando ese camino, otros textos comunitarios contienen la misma asimilación entre decisiones judiciales y documentos públicos, tratando el documento auténtico (*acte authentique*) como concepto incorporado al *acquis communautaire*, debiendo destacarse, significadamente, la resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008 [2008/2124 (INI)], basada en el llamado “Informe Medina”, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el documento público europeo; el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (DO L. 338, de 23 de diciembre de 2003), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; y el Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 (DO L. 7, de 10 de enero de 2009), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

El documento público notarial, adquiere, como puede constatarse, carta de naturaleza como instrumento documental válido y jurídicamente privilegiado para el derecho comunitario en el marco de un espacio de justicia europea, con la especial relevancia que ello tiene para la protección del consumidor.

tad, de negocios jurídicos o de constataciones de hechos (28); el control de la legalidad del contenido de tales documentos por él redactados (29); y, finalmente, la autenticación de los mismos, como tres pasos, condicionados entre sí, de un proceso único que origina un producto jurídico documental, el *instrumento público*, al que el orden jurídico asigna, como a las resoluciones judiciales, a los actos administrativos o a los asientos extendidos en los registros públicos sustantivos, una muy sólida y especial eficacia jurídica (30). El Tribunal dedica el núcleo de sus razonamientos al análisis de esta función y a la negación de su vínculo con el poder público, sobre la base de los efectos probatorios y ejecutivos del documento, del control notarial de su legalidad o de alguno de sus ámbitos sustantivos de existencia, singularmente, el de la constitución de la persona jurídica societaria, asociativa o fundacional. A mayor abundamiento y en la misma dirección, se ocupa de otras funciones accesoriamente notariales que en los Estados Miembros demandados se ejercitan, bien es cierto, bajo supervisión judicial (31).

Sobre la autenticación, vertebradora de la función notarial compartida por los sistemas notariales de todos los Estados demanda-

(28) *Vid.* artículo 19 de la Ley de 25 de Ventoso del año XI (Bélgica); artículo 1319 del *Code Civil* (Francia); artículos 37 y 45 de la Ley de 9 de diciembre de 1976 (Luxemburgo); artículo 292 del *Zivilprozessordnung* de 1 de agosto de 1985 (Austria); artículo 20 (1) del *Bundesnotarordnung* de 24 de febrero de 1961 (Alemania); y artículo 438 del Código de Procedimiento Civil (Grecia).

(29) *Vid.* artículo 9 (1) 3 Ley de 25 de Ventoso del año XI (Bélgica); artículo 14 (2) del *Bundesnotarordnung* de 24 de febrero de 1961 (Alemania).

(30) Entre los efectos privilegiados que al instrumento público notarial reconoce el derecho español se debe hacer mención, principalmente, a sus efectos constitutivos (*v. gr.* artículos 633, 687, 1327, 1628, 1875 del Código Civil), reconocitivos (artículo 1224 del Código Civil), legitimadores (artículo 1218 del Código Civil), probatorios (artículos 1218 del Código Civil y 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), ejecutivos (artículo 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), traslativos [artículos 1462 (2) y 1464 del Código Civil], prelativos (artículo 1924 del Código Civil), o habilitadores de acceso a registros públicos (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 5 del Real Decreto 1764/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil).

(31) Formación de inventarios hereditarios o ejecución de inmuebles, funciones destacadas del *Gerichtskommissär* austriaco. En ese sentido, *vid.* la STJUE *Reyners*, citada, apartado 51.

dos, las sentencias contienen afirmaciones muy discutibles: el Tribunal, concretamente, sostiene que tal actuación notarial presupone un consentimiento o acuerdo de voluntades entre las partes, que presentan un acto o contrato al notario para que éste lo autentique sin capacidad de modificarlo unilateralmente o sin consentimiento de las partes, que deciden por sí mismas, dentro de los límites legales, el contenido de sus derechos y obligaciones. Y ello, además de incorrecto respecto de la autenticación (32), reduce la función notarial a una mera *protocolización* [en la que, previa comprobación de que el contenido de lo acordado no contraviene las leyes, el notario incorpora un documento –privado– a su protocolo, mediante *acta* –no escritura– y, por tanto, como constatación fehaciente de un hecho y no de un acto o negocio que implica declaraciones de

(32) El Tribunal es reduccionista y, por tanto, inexacto al centrar su análisis en la identificación de la actuación notarial con la autenticación de un acto o negocio que las partes presentan al notario para que este autentique, preexistiendo ya un consentimiento ajeno al notario que él no puede modificar sin consentimiento de los interesados.

Es incorrecto, porque la autenticación no existe, como tal, con independencia de la autorización, noción más amplia y compleja de la que la autenticación no es sino un mero eslabón, como ya se indicará; y porque el notario no sólo puede, sino que *debe* redactar, él mismo, el documento que autoriza, con arreglo a las leyes; y, cuando su redacción se apoya en minutas proporcionadas por las partes, tiene obligación de calificar la legalidad de sus cláusulas y de *no autorizar* aquellas que sean ilegales o abusivas. Son especialmente interesantes, en ese sentido, el artículo 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (BOE número 287, de 30 de noviembre de 2007), a cuyo tenor “*los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*”; o el artículo 18 (1) de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE número 79, de 1 de abril de 2009), según el cual “*En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley*”.

voluntad y prestación de consentimientos, todo ello a los solos efectos de evitar el extravío del documento presentado y de conferir fehaciencia a su fecha, sin ninguno de los efectos privilegiados de la escritura pública (33)] o, en el mejor de los casos, a una elevación a escritura pública de un documento privado que puede tener una eficacia *constitutiva* y sustitutiva del negocio primario –lo que se presume– o meramente *recognoscitiva*, en el sentido del artículo 1224 de nuestro Código Civil (34).

En efecto, el notario *no autentica, sino que autoriza*, en la medida en que la autenticación no es sino uno de los elementos imbricados en su verdadera actuación, a saber, la *autorización*: en las conocidas palabras de **LÓPEZ BURNIOL**, el notario redacta el documento, controla su legalidad y lo autentica (35). O en las de **GIMÉNEZ ARNAU**, *da forma, prueba y da eficacia legal* (36). Todo en uno. Y en esa triple actuación, que se funde en una sola, el notario, faltaría más, no sólo puede sino que debe ahormar y acomodar la voluntad de las partes dándole forma legal y eliminando o reconduciendo los pactos o deseos de las partes que no sean conformes a derecho, naciendo el instrumento público con todos sus efectos por la conjunción de la autorización notarial y del otorgamiento de las partes, esto es, la prestación de su consentimiento tras la lectura del documento y el asesoramiento del notario, con las firmas y bajo unidad de acto.

Ahora bien, ni el Tribunal ni las propias partes en el procedimiento se ocupan de las peculiaridades de *otras actuaciones notariales* cuyo aspecto estrictamente *funcionarial* sobresale nítidamente y que, al menos desde la perspectiva del derecho español, son también centrales –inescindibles– a la función del notario, cuales son, sustancialmente, la conservación y custodia del documento matriz en un protocolo secreto de titularidad estatal y el control de la expedición de copias auténticas y simples a partir del mismo (37); o el

(33) Artículo 215 del Reglamento Notarial.

(34) Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1944 y de 3 de noviembre de 1982.

(35) Citado por **CASTAÑO CASANOVA, J.:** “Función notarial y fe pública: perspectiva actual y de futuro”, en AAVV: *La Reforma de la Justicia Preventiva*, p. 564, Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2004.

(36) Citado por **PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.:** *Introducción al Derecho Notarial*, p. 63, Academia Sevillana del Notariado-Comares, Granada, 2006.

(37) En efecto, la conservación del documento matriz está revestida de

desarrollo, bajo competencia territorial y, en muchas zonas, exclusiva, de actuaciones de jurisdicción voluntaria en las que el notario emite un juicio del que se derivan efectos y derechos *ex lege*, tanto *inter partes* como respecto de terceros. Es el caso de las actas de notoriedad y, muy especialmente, de las de declaración de herederos abintestato, reguladas en los artículos 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (38), 209 y 209 bis del Reglamento Notarial, que participan de la naturaleza de los actos de *jurisdicción voluntaria*. También ignoran el Tribunal y los propios Estados parte en el procedimiento las funciones que el notario desempeña como agente público en materia de ordenación del territorio, costas, prevención del blanqueo de capitales y del fraude fiscal (39) o como titular de

especiales formalidades y garantías y constituye uno de los ejes de la eficacia del documento por la vía del cotejo y la exclusión de sus alteraciones en perjuicio de las partes y de los terceros (artículo 1220 del Código Civil).

El protocolo, como colección ordenada y secreta de las matrices autorizadas durante un año (artículos 17 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, y 273 de su Reglamento, de 2 de junio de 1944), es, por otra parte, de titularidad del Estado. Así, el artículo 36 de la Ley del Notariado dispone que “*los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán, con arreglo a las leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad*”. Aclara **DE PRADA** (citado por **PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.**, *op. cit.*, p. 120) que, en realidad, el Estado es dueño del protocolo como cosa corporal, a título de bien de dominio público, si bien su contenido intelectual es de naturaleza privada y que más que un archivo administrativo, se trata de un archivo custodiado por un funcionario público.

Al notario titular de cada protocolo se le encomiendan (artículo 224 del Reglamento Notarial) las misiones –de carácter exclusivo, es decir, *no sujetas a libre competencia*– de velar por la conservación y custodia materiales de la colección de matrices; y de calificar el derecho de los interesados a conocer el contenido secreto del protocolo o a la obtención de copias del mismo, mediante la ponderación de las nociones de *derecho a copia* o –más difícil e imprecisa– de *interés legítimo*, sin más recurso que ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y, a continuación, en su caso, ante los Tribunales.

(38) En su redacción declarada vigente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril (BOE número 108, de 5 de mayo de 1992).

(39) *Vid.* Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE número 286, de 30 de noviembre de 2006).

obligaciones cualificadas de remisión de información relevante a autoridades tributarias y de interior (40).

El Tribunal, en fin, aporta como elemento definitivo para descartar la relación de la función notarial con el ejercicio del poder público el que, dentro de los límites de sus competencias territoriales, el notario ejerce su profesión en condiciones de competencia (41), lo cual *no es propio del poder público* (42), de donde parece deducirse que para calificar la naturaleza de la función es más relevante la forma de retribución o la organización material del modo de prestación de la función que la función en sí misma (43). El notario, en efecto,

(40) Los índices informatizados notariales surgen en España a partir del artículo 7 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de diciembre (BOE número 229, de 23 de septiembre de 2000); y el Índice Único Informatizado, regulado por los artículos 17 de la Ley del Notariado y 284 a 288 del Reglamento Notarial, se crea posteriormente, *"a los efectos de la remisión de la información de que se trate a las autoridades judiciales y Administraciones Públicas que conforme a la Ley tengan derecho a ello, como consecuencia del deber de colaboración del notario en su condición de funcionario"* (artículo 286 del Reglamento Notarial).

(41) El Tribunal de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de Competencia, en resoluciones confirmadas por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (v. gr. SSTs de 2 de junio de 2009 y 26 de abril de 2010), han establecido que, sin cuestionar el carácter público del servicio que prestan los notarios cuando actúan como fedatarios públicos en el ejercicio de sus competencias, los notarios son operadores económicos en tanto que desarrollan de forma autónoma y habitual una actividad económica, entendida ésta como cualquiera de producción o intercambio no gratuito de bienes y servicios.

(42) Fundamento jurídico 117 de la STJUE de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Bélgica*, Asunto C-47/08.

(43) Lo cual pone de manifiesto otra de las incoherencias del propio Tribunal, que afirma que *la apreciación sobre si a las actividades notariales les resulta de aplicación la excepción contemplada en el artículo 45 (1) TCE debe tenerse en cuenta a partir de la naturaleza de las actividades en cuestión, consideradas en sí mismas y no a la luz de aquel estatuto como tal*. (Vid., en ese sentido, el fundamento jurídico 84 de la STJUE *Comisión/Holanda*, Asunto C-157/09).

Incoherencia por cuanto, en efecto, la naturaleza de la función notarial es *pública* en la medida en que su fundamento estriba en la fe *pública* con la que se inviste *públicamente* al notario por delegación de la soberanía del Estado. Otra cosa es que esa función se preste con medios privados, como profesional del derecho, sujeto a la libre elección del ciudadano, faceta a la que las normas del derecho de la competencia sí serían susceptibles de

desempeña su función en un régimen de libre elección (44), inherente y esencial a la función, si bien, con importantes limitaciones de carácter territorial como la extensión y autorización de actas o las relativas a la custodia del protocolo a su cargo y de la expedición de copias a partir de las matrices incorporadas al mismo. Sin soslayar que el notario carece de fe pública fuera de su distrito, salvo en casos de habilitación especial (45).

No obstante, la aplicación de las normas sobre libre competencia está restringida por las características técnico-jurídicas y de organización que caracterizan el Notariado y que impiden una aplicación plena al mismo de tales normas, lo que es compatible con el derecho comunitario, de conformidad con la doctrina **Wouters** (46). Recuérdese, en ese sentido, que, con una finalidad social y de servicio público, su competencia es territorial, demarcándose sus plazas bajo el criterio de *numerus clausus*; que se exige autorización o licencia para ausentarse del despacho y que su jubilación es obligatoria, en España, a los setenta años. No debe olvidarse, asimismo, que el notario no puede traspasar su despacho ni transmitirlo por herencia, que es remunerado por arancel aprobado por Real Decreto, a propuesta de los Ministerios de Economía y Justicia, y que, por

aplicación. En cuanto a la libre elección de notario, *vid.*, *v. gr.*, en derecho español, el artículo 142 del Reglamento Notarial; y en derecho alemán, los artículos 10 (a) y 11 del *Bundesnotarordnung*.

(44) Artículo 142 del Reglamento Notarial, ya citado.

(45) Artículos 116 y siguientes del Reglamento Notarial.

(46) STJUE de 9 de febrero de 2002, *Wouters*, Asunto C-309/99. En esta sentencia, el TJUE concluyó que una ordenanza interna del Colegio de Abogados de Holanda (la *Samenwerkingsverordening*), de 1993, prohibitiva del ejercicio de la abogacía en colaboración integrada con auditores, aunque, considerada en sí misma, sea restrictiva de la competencia, debía reputarse necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado Miembro en cuestión. El Tribunal afirma así que no todo acuerdo entre empresas que restrinja la libertad de acción de las partes o de una de ellas está comprendido necesariamente en la prohibición del artículo 81 TCE, pues deben tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión y, fundamentalmente, sus objetivos, como, en el caso, la necesidad de establecer normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia (*vid.* fundamento jurídico 97).

virtud del principio de *rogación*, su actuación no es discrecional, sino obligatoria, pudiendo el ciudadano interponer un recurso de queja ante una eventual denegación de la función notarial. Sin perjuicio de que tal principio fundamental del derecho a la libre elección de notario permita entre estos profesionales y funcionarios públicos una competencia *on the merits* y de que deba ser tenido en cuenta a efectos de valorar si el mantenimiento de una cláusula de nacionalidad en cuanto al acceso a la función es *necesario* para asegurar la adecuada prestación del servicio público y la garantía de la legalidad y la seguridad jurídica, ese principio fundamental de libre elección no parece suficiente para negar a la función notarial la vinculación que le es propia con el ejercicio del poder público.

El Tribunal, finalmente, desestima las alegaciones de los Estados demandados sobre el carácter público de la función notarial basadas en la sentencia **Colegio de Oficiales de la Marina Mercante** (47). Efectivamente, el fundamento jurídico 42 de tal pronunciamiento reconoció que las prerrogativas que el derecho español otorga a capitanes y a primeros oficiales de buques mercantes que enarbolan el pabellón nacional, entre ellas, atribuciones *en materia de fe pública y de estado civil*, constituyen una participación en prerrogativas del poder público en aras de la protección de intereses generales del Estado del pabellón (48). No obstante –se aduce– en tal Asunto el Tribunal se había pronunciado sobre varias funciones, entre las que se encontraba la fe pública notarial (v. *gr.* testamentos), consideradas desde una perspectiva conjunta y no *uti singuli*, lo que no permite al TJUE extrapolar sus propias afirmaciones al contencioso sobre Notariado y cláusula de nacionalidad en el marco del artícu-

(47) STJUE de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante*, Asunto C-405/01.

(48) El Tribunal, en este caso, siguiendo la opinión de la abogada general **STIX-HACKL** (quien consideró tales actividades –incluida la *fe pública de notaría*– como poderes y competencias soberanas de protección de los intereses generales del Estado), estimó que tales empleos no pueden ser reservados a nacionales del país del pabellón, por lo cuantitativamente poco relevante de tales funciones de carácter público en su actividad ordinaria y sobre la base de una interpretación restrictiva de las limitaciones admisibles en el contexto del artículo 39 (4) TCE. Se siguió, pues, por el Tribunal, en este caso, un criterio cuantitativo y no cualitativo (o que atendiera específicamente a la naturaleza de tales funciones).

lo 45 (1) TCE que nos ocupa, por no ejercer el notario facultades coercitivas o sancionadoras de las que, en cambio, sí están investidos los capitanes y primeros oficiales de buques (49).

Es pertinente, sin embargo, conforme a lo anteriormente argumentado frente a las declaraciones del Tribunal, sostener que la función notarial sí se relaciona directa y específicamente con el ejercicio del poder público. El propio abogado general **CRUZ VILLALÓN** mantiene esta caracterización pública de la función notarial en sus conclusiones, aunque después justifique su no inclusión en el ámbito de la excepción del artículo 45 (1) TCE por criterios de proporcionalidad vinculados, quizá muy audazmente, a la noción de ciudadanía de la Unión y a sus inherentes *deberes de lealtad*, sobre lo que volveré más tarde.

CRUZ VILLALÓN, en cualquier caso, parte de lo *inevitable de operar con un concepto de poder público construido a partir de la lógica del orden jurídico en que dicho poder actúa*, de modo que, afirma, la cualidad de una actividad habría de verse como expresiva de una participación en el ejercicio el poder público *a partir del criterio de su inserción (su grado de pertenencia) en dicho orden jurídico, no siendo el criterio, por tanto, el de su mera conformidad con dicho orden, sino el de su incorporación como acto del ordenamiento* (50), lo que no exige, propiamente, una adscripción a uno de los

(49) Así argumenta el Tribunal, *v. gr.*, en los fundamentos jurídicos 108 de la sentencia de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Grecia*, Asunto C-61/08; 122 de la sentencia de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Bélgica*, Asunto C-47/08; o 117 de la sentencia de 24 de mayo de 2011, *Comisión/Austria*, Asunto C-53/08.

(50) Este planteamiento del abogado general **CRUZ VILLALÓN** apunta hacia la consideración, en este contexto normativo, de la función notarial dentro de la *Verwaltung des Privatrecht*, o *administración pública del Derecho Privado*, formulada por **HAENEL**, divulgada por **ZANOBINI** y recibida en España por **GARRIDO FALLA**. **GARCÍA DE ENTERRÍA** ha hablado, por su parte, de una *actividad técnica de la Administración* (citado por **SAGARDÍA NAVARRO, M.**: “El documento notarial al servicio de la seguridad de las inversiones. En particular, su fiabilidad para la publicidad registral y su fuerza ejecutiva”, *Revista Jurídica del Notariado*, extraordinario 2010, p. 100, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010). En ese sentido, el epígrafe del Capítulo XI de la

tres poderes del Estado (51). Hoy, siguiendo al abogado general, es menester recordar que el Estado moderno constituye una forma de ordenación del poder mucho más sofisticada que las previamente conocidas, pudiendo trazarse la línea divisoria entre los ámbitos privado y público e identificarse el sustrato de aquellas actividades que tienen una relación directa y específica con el poder público con la *imputabilidad concreta de tal actividad a la voluntad general del Estado* (52). La autenticación, concluye, confiere carácter público a actos de particulares, en el sentido de que les otorga anticipadamente *un valor jurídico que, de no mediar la intervención notarial, habría de solicitarse de (otro) poder público* para hacerlos efectivos con arreglo a Derecho. Su dimensión pública es, por tanto, incontestable, si se atiende a su capacidad para convertir en público lo meramente privado y dotarlo, así, de la fuerza inherente al poder público (53). La autorización notarial crea, así, un título jurídico que legitima para ejercer los derechos de él derivados y a prevalecerse de los cualificados efectos que el orden jurídico reserva a tal documentación, investida de las presunciones de veracidad, legalidad e integridad que la ley le reconoce. Se estructura de este modo un sistema de justicia preventiva o cautelar cuya eliminación vendría a suponer la nula relevancia frente a terceros y frente a la Administración y a los Tribunales de aquellos hechos, actos o negocios documentados privadamente que no fueran sancionados por la au-

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, reza *acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva*. El notario, en efecto, mediante la autorización, introduce el acto del particular en la esfera más amplia de lo público, en un sistema público de seguridad, garantías y especial eficacia jurídica. Se ha sostenido, incluso, que existen muchos aspectos del acto administrativo que, si bien no aplicables, sí serían trasladables a la actuación notarial, considerándose al notario no como un funcionario de la Administración Civil del Estado pero sí como un funcionario *al servicio del Estado*, en el sentido del artículo 1 (5) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (BOE, número 185, de 3 de agosto de 1984) (**BLANCO-MORALES LIMONES, P.**: "Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica", en **AAVV**: *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, pp. 24 y 25, Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2006).

(51) Apartados 100 y 102 de sus conclusiones, de 14 de septiembre de 2010.

(52) Apartados 100 y 105 de sus conclusiones, de 14 de septiembre de 2010.

(53) Apartados 115 a 119 de sus conclusiones, de 14 de septiembre de 2010.

toridad judicial. Sin perjuicio de un ulterior control jurisdiccional del instrumento público, siempre susceptible de impugnación a través de los cauces estrictos determinados por las leyes, como, por otra parte, cualquier otro acto de la Administración e incluso de los propios jueces y Tribunales de Justicia.

IV. SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, EL ORDEN PÚBLICO Y LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 45 (1) TCE [51 (1) TFUE]

Como se ha apuntado con anterioridad, si se defiende que el Tribunal yerra en su negación a la función notarial de un vínculo o relación con el ejercicio del poder público, la conclusión lógica que de ello habría de derivarse sería la justificación de la cláusula de nacionalidad en el contexto del artículo 45 (1) TCE. En ese sentido argumentaron los Estados Miembros demandados, bajo una consideración *binaria* del precepto, el cual se aplica o no se aplica, sin margen de ponderación para el intérprete (54), razonamiento que hasta ahora había constituido, por otra parte, la técnica argumentativa seguida por el TJUE en todos los anteriores conflictos planteados sobre interpretación del artículo 45 (1) TCE. El Tribunal mismo, al eludir deliberadamente entrar en el terreno de esa ponderación, rechazando de ese modo la propuesta formulada en tal dirección por el abogado general **CRUZ VILLALÓN**, estaría acogiendo esa consideración binaria del precepto, lo que le obliga a negar el carácter público de la función notarial para proscribir la cláusula de nacionalidad. Como fácilmente se constata, se trataría de la solución más inmediata para el TJUE pero no la más fundada en derecho (55); ni la más favorable para el derecho de la Unión (56); ni la más adecuada para la protección y potenciación del Notario Europeo, elemento

(54) Apartado 83 de las conclusiones del abogado general **CRUZ VILLALÓN**.

(55) Los argumentos del Tribunal son muy epidérmicos y deliberadamente ignorantes del significado jurídico de la función notarial y del instrumento público. Están asentados, además, en una *degradación* de la autorización notarial a una mera actividad de protocolización o testimonio cualificado, sujeta a una libre competencia que *no es predicable del sector público* (sic).

(56) Apartado 5 de las conclusiones del abogado general **CRUZ VILLALÓN**.

llamado a ser clave en la creación de un Espacio Europeo de Justicia, en el sentido del Consejo Europeo de Tampere de 1999. No es, pues, necesario –de hecho, es *desproporcionado*– este recurso para proscribir la cláusula de nacionalidad.

Sin embargo, el Tribunal, en otro sentido y contradictoriamente respecto de lo anterior, hace uso de un criterio de proporcionalidad al reconocer que las características propias del estatuto del notario en cada Estado justifican restricciones al derecho al libre establecimiento en cuanto son necesarias para la consecución de fines de interés general, como son el control de la legalidad y la seguridad jurídica (57). Recordemos al respecto la línea jurisprudencial, llamada *rule of reason*, mantenida, entre otros casos, en **Dassonville** (58) y **Cassis de Dijon** (59), en el ámbito de la libre circulación de bienes, o en **Pronuptia** (60) –en el marco del derecho *antitrust* (61)– que, aplicable por analogía al esquema de los artículos 43 y

(57) “[] la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inmovilidad, siempre que estas restricciones sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello” (apartado 96 del Asunto C-47/08; el subrayado es mío).

(58) STJUE de 11 de julio de 1972, *Dassonville*, Asunto 8/74.

(59) STJUE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, Asunto 120/78.

(60) STJUE de 28 de enero de 1986, *Pronuptia*, Asunto 161/84.

(61) Si bien en el derecho de la competencia la lógica de la *rule of reason* tiene matices diferentes, se orienta, del mismo modo, en el sentido de la admisión de restricciones, que, valoradas *ex ante* y en el correspondiente contexto económico y de mercado, se estiman imprescindibles o necesarias para poner en marcha una iniciativa económica positiva que, sin tales restricciones, favorables al empresario, éste no se hubiera aventurado a abordar por lo desproporcionadamente difícil de su éxito (*vid.*, en esa orientación, *inter alia*, además del caso *Pronuptia*, ya referido, otros

45 (1) TCE [49 y 51 (1) TFUE] (62), conduciría, en un contexto de ausencia de armonización, a la admisión de restricciones a la libertad de establecimiento subordinadas, cumulativamente, a que (i) no sean discriminatorias –lo que sí es la cláusula de nacionalidad–; a que (ii) se encuentren fundamentadas en motivos de interés general –*mandatory requirements*–; y a que (iii) no vayan más allá de lo *necesario* para la consecución de los objetivos fijados (63).

Se podría argumentar, y parecería razonable, que el Estado tiene un interés superior, que se estimaría de *orden público*, en que oficiales públicos nacionales desempeñen la función notarial que, (i) a través de la autorización, consolida, con carácter preventivo, derechos privados entre partes y frente a terceros en una forma documental que se presume lícita, veraz e íntegra, ya se observe desde la óptica de la fe pública delegada por el Estado, o desde las perspectivas que asimilarían aspectos del instrumento público a los del acto administrativo o de jurisdicción voluntaria; y que (ii) mediante la conservación y control de acceso al protocolo, de titularidad estatal, que es bien de dominio público, protege el patrimonio público y garantiza el derecho fundamental a la intimidad de los particulares en cuanto a los datos, circunstancias y motivos que refleja la documentación pública de sus relaciones. Todo sin perjuicio del desempeño de otras múltiples funciones

pronunciamientos del Tribunal sobre las llamadas *ancillary restraints*, como los contenidos en las SSTJUE de 30 de junio de 1966, *La Technique Minière*, Asunto 56/65, de 8 de junio de 1982, *Nungesser*, Asunto 258/78; o, asimismo, la opinión del abogado general **ROEMER** en la STJUE de 13 de julio de 1966, *Consten & Grundig*, Asuntos 56 y 58/64).

(62) Analogía que se ha defendido, entre otros, por **KAPTEYN, P. G. J. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.** (*Introduction to the Law of the European Communities*, pp. 434 y 441, Deventer, 1990) o **MARTÍNEZ LAGE, S.** (“Las sentencias *Bosman*, *Cassis de Dijon* y *Keck y Mithouard*”, *Gaceta Jurídica de la CE* (109), enero 1996, pp. 1-4) y que se ha seguido por el propio Tribunal en sentencias como la de 28 de enero de 1992, *Bachmann*, Asunto C-204/90 o la de 31 de marzo de 1993, *Dieter Kraus*, Asunto C-19/92, en materia de libre establecimiento, o en las sentencias de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, Asunto 36/75, o de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, Asunto C-415-93, sobre libre circulación de trabajadores.

(63) *Test* de proporcionalidad que encontramos, por ejemplo, en el fundamento jurídico 15 de la STJUE de 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, Asunto C-145-88.

encomendadas al notario, como son las que le corresponden, con un acusado matiz funcional y con carácter gratuito, en materia electoral (64).

El abogado general **CRUZ VILLALÓN**, sin embargo, se apoya en sentido contrario en el estatuto de la Ciudadanía de la Unión (65); y en la posibilidad de graduar la intensidad del vínculo –reconocido– de la función notarial y el ejercicio del poder público. En este último aspecto, sostiene, con una lógica razonable (66), que, como resulta ya de su propia configuración como actividad económica, el notario participa en el ejercicio del poder público en un grado de intensidad menor al de otras actividades, como puedan ser las que supongan el ejercicio directo de las potestades públicas y que, si bien es cierto que la profesión notarial está rodeada de garantías y especificidades que visualizan la relevancia de la misma para el tráfico jurídico privado, ninguna de dichas peculiaridades justifican el que el estatuto de sus miembros integre una medida tan severa y drástica como la discriminación directa por razón de nacionalidad. Recuérdesse, en ese sentido y en relación con lo indicado respecto del orden público, la posibilidad de que ciudadanos comunitarios puedan desempeñar responsabilidades políticas en entidades locales, según se reconoce en los artículos 13 (2) de la Constitución Española y 20 (2) b) TFUE.

Debe tenerse presente que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad es central y vertebrador de los derechos primario y derivado (67); que, asimismo, lo son las cuatro libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales creadas por los tratados (68); y que, por tanto, las excepciones

(64) Anexo IV del Reglamento Notarial.

(65) Lo que, a mi parecer, sin perjuicio de su brillantez y de su sistemática con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (hoy, bajo el mismo epígrafe, en la segunda parte del TFUE–artículos 18 y siguientes), más que un argumento de base, se trataría de un argumento *a fortiori* o *a mayor abundamiento* respecto del principal juicio de proporcionalidad.

(66) Como, por otra parte, se corresponde con la propia visión de la cuestión adoptada por el legislador español a partir de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en los términos ya referidos.

(67) Artículo 18 TFUE.

(68) Artículo 26 (2) TFUE.

a tales principios fundamentales y, por ende, las nociones de administración pública y de ejercicio de poder público (69) han de interpretarse restrictivamente, sin que sea admisible que los Estados, unilateralmente, puedan determinar el alcance de su aplicación (70). Es cierto, igualmente, que el de proporcionalidad es uno de los principios generales del derecho comunitario y así se establece en el artículo 5 TUE y en el Protocolo número Dos añadido, en cuanto al contenido y acción de la Unión. Lo cual no obsta para entenderlo aplicable respecto a la acción de los Estados en sus respectivas competencias, en la medida en que ello es, adicionalmente, una exigencia del principio de *cooperación leal* entre la Unión y los Estados, con los deberes que de ello se derivan para los mismos sobre la base del artículo 4 (3) TUE (71).

V. CONCLUSIÓN

¿Es necesario, para la tutela del orden público interno, que la profesión de notario sea ejercida exclusivamente por personas que ostentan la nacionalidad del Estado Miembro correspondiente? ¿O basta para la consecución de los fines que persigue la función notarial (a saber, el acceso a un servicio público que confiere seguridad jurídica documental a las relaciones personales, familiares y patrimoniales jurídico privadas bajo el imperio de la ley) que cualquier persona, nacional o ciudadano comunitario, se someta a ciertos requisitos de selección y formación y a un particular estatuto jurídico profesional vinculado a la Administración, si bien ejercido en cuanto profesional? ¿Es necesario negar el vínculo de la función notarial con el ejercicio del poder público para concluir que la cláusula de nacionalidad para acceder al Notariado es incompatible con el derecho comunitario?

Parece más razonable valorar la proporcionalidad de tal cláusula y de otras restricciones inherentes a la función introducidas por los

(69) STJUE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, Asunto 152/73.

(70) STJUE *Reyners*, ya citada, o STJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, Asunto 41/74.

(71) *Vid.*, asimismo, las SSTJUE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, Asunto 215/82, y de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon*, Asunto 78/70.

derechos nacionales en relación con la consecución de fines de interés general sin necesidad de acudir a negar la relación del notario con el ejercicio del poder público, que se pone de manifiesto tanto en la autorización del instrumento público, como en otros de los deberes inescindibles del estatuto notarial, como, en particular, la custodia del protocolo.

Por todo ello, considero oportuno concluir, de acuerdo con todo lo argumentado y expuesto a lo largo de este comentario:

(i) Que debe entenderse que la función notarial está vinculada, directa y específicamente, con el ejercicio del poder público (72); en consecuencia,

(ii) Que debe estimarse proporcionada, sobre la base del interés público y general que fundamenta y a que sirve la función notarial, la determinación por los Estados Miembros de restricciones al libre establecimiento, en cuanto a la organización del Notariado a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, de la limitación de su número o de sus competencias territoriales y de su régimen, *inter alia*, de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad; y, no obstante,

(iii) Que la cláusula de nacionalidad puede considerarse desproporcionada para la protección del orden público y del interés general, en el sentido del artículo 10 de la Ley del Notariado en su redacción vigente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: "Función notarial y estructuración jurídica de la vida económica", en AAVV: *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*. Consejo General del Notariado-Civitas. Madrid, 2006.

(72) [...] *les activités liées à la qualité d'officier public des notaires doivent être regardées comme participant à l'exercice de l'autorité publique et entrent, de ce fait, dans le champ d'application des dérogations relatives à la liberté d'établissement et de prestations de services prévues par le traité instituant la Communauté européenne [...]*. [Sentencia de 9 de junio de 2006 del Conseil d'État francés (núm. 280911)].

- BOLÁS ALFONSO, J.:** "Economía, Competencia y Función Notarial", en AAVV: *La Reforma de la Justicia Preventiva*. Consejo General del Notariado-Civitas. Madrid, 2004.
- KAPTEYN, P. G. J. y VERLOREN VAN THEMAAT, P.:** *Introduction to the Law of the European Communities*. Kluwer. Deventer, 1990.
- KORAH, V.:** *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*. Sweet & Maxwell. Londres, 1994.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.:** *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ LAGE, S.:** "Las sentencias Bosman, Cassis de Dijon y Keck y Mithouard", *Gaceta Jurídica de la CE* (109), enero 1996.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.:** *Introducción al Derecho Notarial*. Academia Sevillana del Notariado-Comares. Granada, 2006.
- SAGARDÍA NAVARRO, M.:** "El documento notarial al servicio de la seguridad de las inversiones. En particular, su fiabilidad para la publicidad registral y su fuerza ejecutiva". *Revista Jurídica del Notariado*, extraordinario 2010. Consejo General del Notariado. Madrid, 2010.
- SANTOS VARA, J.:** "Las restricciones nacionales en materia de publicidad y la libre circulación de mercancías (comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de marzo de 2001, Gourmet International Products)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 11, año 6, enero-abril 2002. CEPC, Madrid, 2002.
- SIGNES DE MESA, J. I.:** "Profesión Notarial y Mercado Interior"; <http://hayderecho.com/2011/07/06/profesion-notarial-y-mercado-interior/>; y "¿Es necesario tener la nacionalidad de un país para ejercer como notario?". *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre, 2011. Colegio Notarial de Madrid, 2011.
- STUYCK, J.:** *European Economic Law*. Acco. Leuven, 1993.

LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN VULGAR Y EL NOTARIO

*Como particular homenaje al inolvidable
Juan Vallet, maestro en Derecho
y ejemplo de bondad para con todos.*

Domingo Irurzun Goicoa
Notario

SUMARIO

1. LA SUSTITUCIÓN VULGAR EN LA TÉCNICA JURÍDICA
 - 1.1. Concepto y función de la sustitución vulgar
 - 1.2. Su naturaleza jurídica
 - 1.3. Breve referencia al ámbito de su aplicación
 - 1.4. Supuesto genérico doctrinal y supuestos legales
 - 1.5. Problemas que plantea el artículo 774 del Código
2. LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA
 - 2.1. El testador y su voluntad en el testamento
 - 2.2. El testador, la voluntad de testar y el notario
 - 2.3. El testador y la voluntad de sustituir
3. LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN VULGAR Y EL NOTARIO
 - 3.1. Generalidades
 - 3.2. La sustitución simple, o en todo supuesto
 - 3.3. La sustitución en supuestos concretos
 - 3.3.1. Caso de renuncia
 - a) La renuncia y su eficacia
 - b) La sustitución por renuncia
 - 3.3.2. Caso de inidoneidad (no de incapacidad)
 - a) Capacidad e incapacidad
 - b) El mal uso de la voz "incapacidad"
 - c) Concepto de inidoneidad. Sus clases
 - d) La sustitución por inidoneidad
 - 3.3.3. Caso de premoriencia
 - 3.3.4. Caso de muerte sin haber optado

1. LA SUSTITUCIÓN VULGAR EN LA TÉCNICA JURÍDICA

1.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR

En el Código Civil, la sustitución vulgar es el nombramiento testamentario de un nuevo sucesor eventual en previsión de que fracase otro, ya formulado, porque el instituido no llegue a conseguir la sucesión efectiva del causante.

Dicho en términos más convencionales, es la figura jurídica con la que el testador ordena una nueva institución de heredero para suplir o reemplazar a otra anterior, previendo que no tenga efectividad y que el instituido no llegue a suceder (1).

Conviene tener siempre presente que la tradicional “institución de heredero” que ordena el testador no es sino la solemne expresión de su voluntad de que, a su muerte, le suceda la persona que a tal efecto nombra. Pero, a la vez, que ello no significa que el nombramiento, por sí solo, le haga suceder, aunque sí que tan solo él va a “poder convertirse en sucesor” si, en su momento, una vez haya fallecido el testador, acepta su herencia.

Al nombrar sucesor, el testador solemniza ante el mundo su voluntad de designar a quien desea que sea su sucesor cuando fallezca.

Pero tal voluntad no se le impone en modo alguno al que se nombró, ni le obliga. Ante el nombrado para que le suceda, esa voluntad no es más que la expresión de un deseo, no pasa de ser una mera propuesta de sucesión, que exigirá, en su día, congrua respuesta por parte del propio nombrado.

La institución de heredero no es, por consiguiente, más que el *nombramiento de un sucesor potencial*. A esta voluntad del testador se habrá de añadir la del nombrado, que, en definitiva, decidirá si va a ser sucesor o no.

La voluntad propia del nombrado sucesor potencial es la que, al ser conforme con la del testador cuando acepta su herencia, le convierte en sucesor actual y efectivo.

(1) La Partida Sexta iniciaba su título V con el siguiente resumen de su contenido: “Como pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos *en lugar de los que y fueron puestos primeramente* a que dizen en latin sustitutos”.

En el momento en que el testador llega a tener conciencia de que es preciso admitir el hecho, inevitable, de que el instituido *pueda no llegar a heredarle*, es natural y está plenamente justificada la previsión que le lleva a remediar la situación. El remedio es el nombramiento de un suplente para colocarlo "*en lugar de*" aquel que no heredó.

La función de la sustitución vulgar es subsidiaria, supletoria o defectiva, ya que trata de remediar una posible falta de sucesión por parte del que ha sido inicialmente instituido. El testador la crea por si se frustra el primer nombramiento, y para suplirlo, evitando así que su sucesión tome rumbos no deseados por él.

Así como se nombra al instituido porque se le prefiere frente a cualquier otro, tal preferencia pasa al sustituto cuando fracasa el nombramiento del primero. Porque toda institución, sea principal o supletoria, responde a una idea general, la de *preferencia*.

En consecuencia, la sustitución vulgar es auténtica institución de heredero aunque se haga para reemplazar a otra anterior, y se ha de regir, siempre y exactamente, por las reglas de todo nombramiento de eventual sucesor.

Igual que el instituido heredero, el sustituto se designará con arreglo a las normas del artículo 772 ("de modo que no pueda dudarse de quién sea") y siguientes.

Si el nombramiento de los sustitutos es genérico, como en el caso de la habitual cláusula en que se prevé la premoriencia de los hijos del testador reemplazándolos por "sus respectivos hijos o descendientes", deberá ser completado en su momento con la individualización de tales sustitutos; esta individualización será imprescindible, por ejemplo, en la escritura particional. Y se ha planteado el problema de cuál sea el procedimiento adecuado para acreditar quiénes son las personas concretas a las que el testador se refería. Hoy parece claro, tras alguna vacilación de la Dirección General, que el notario puede utilizar para ello cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho (2).

(2) Es interesante el breve y atinado estudio de Luis QUIROGA que, bajo el título "No es imprescindible el acta de notoriedad", publicó la Revista *El Notario del siglo XXI*, núm. 1, Madrid, mayo-junio 2005, p. 90.

Es muy frecuente la designación por circunstancia ("los hijos que tenga su sobrino don... en la fecha del óbito del testador") y es, por supuesto, admisible, la designación *per relationem* (3), de la que sería un ejemplo "los hijos que consten en mi Libro de Familia el día de mi muerte". Del mismo modo puede el testador nombrar sustitutos del instituido "a los sobrinos de mi mujer a los que ella ha instituido en su testamento de esta misma fecha", o "a los que sean nombrados herederos abintestato de mi fallecido sobrino Antonio, hijo de mi hermano Manuel".

Hay en este tema una cuestión elemental, pero significativa por su importancia, que es preciso recordar porque hay muchos autores que ni siquiera la mencionan: es la necesidad de que los sustitutos, al igual que el instituido, existan (concebidos, al menos) en la fecha del óbito del testador.

La sustitución coloca al sustituto "en el lugar" del instituido, lo "reemplaza". Si hereda el instituido, decae la sustitución, queda sin efecto, "desfallece", como decían las Partidas en la Ley III del mismo título y Partida ya citados. El sustituto solo podrá heredar si el instituido no lo ha hecho y "porque no lo ha hecho". La doctrina suele decir en forma gráfica: Nunca podrán ambos heredar juntos (4). (Y bien puede ocurrir que no hereden ni uno ni otro).

Y el testador tiene plena libertad para elegir el sustituto o sustitutos que quiera nombrar y para fijar, como veremos, el caso o casos en que nazca tal sustitución.

1.2. SU NATURALEZA JURÍDICA

La determinación de su naturaleza jurídica supone, de hecho, dar solución al problema de la relación en que se encuentra la sustitución.

(3) Sobre los negocios jurídicos *per relationem* es de sumo interés la excelente obra de DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: *El negocio jurídico "per relationem" en el Código Civil*, 2.^a edición, publicada por Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1994, 220 pp.

(4) Ni tampoco sucesivamente. Por supuesto, prescindiendo de examinar sus diferencias con otras sustituciones, pupilar, ejemplar y fideicomisaria, aunque a esta última se hará, al final, una breve referencia.

ción con la existencia del fracaso del nombramiento principal al que suplirá.

Es un tema de gran interés en el que no es posible profundizar aquí, pero que exige una toma de postura sobre él. Por mi parte, no la voy a escatimar.

Una fuerte corriente doctrinal que en España está encabezada por ALBALADEJO (5), entiende que su naturaleza jurídica es condicional. Tiene el aval de su lógica formulación en el habla habitual, latente en lo que se ha dicho, que el sustituto solo podrá heredar "si se frustra el nombramiento previo".

LACRUZ (6) se hace eco de esta "doctrina actual" que acepta de modo tácito, pero se muestra disconforme con lo que es su consecuencia natural, de estar sujeta a la limitación del artículo 759, argumentando que "en todo caso, si no se quiere dar a la desaparición del primer llamado el carácter de un evento típico, de una verdadera *conditio iuris*, la comparación con la sucesión intestada, con el derecho de acrecer –de base fundamentalmente voluntaria– y con la propia sustitución fideicomisaria, convence de la inaplicabilidad del artículo 759".

Su postura, en todo caso, no es clara, porque muy pocas páginas después afirma que "el que ha sido nombrado sustituto para el evento de repudiar la herencia el primer llamado, puede hacer uso de la facultad concedida por el artículo 1005, a fin de que diga si acepta o no la herencia". Así, agrega a continuación, "demuestra esta facultad que el evento de la repudiación no es una condición en sentido propio, puesto que el heredero condicional no podría hacer uso de tal facultad".

Aunque no sea muy nítida su postura, LASARTE (7) duda ante la idea de condicionalidad y cree "preferible referirse al sustituto calificándolo, en vez de heredero condicional, como heredero eventual".

Pero, en todo caso, el hecho de que sea condicional en pura lógica no significa que también haya de serlo jurídicamente.

Al menos no lo es para quienes creemos, con FALZEA, que la condición es una *concausa de eficacia* creada de modo expreso para

(5) ALBALADEJO, Manuel: "La sustitución vulgar". *Revista de Derecho Notarial*, núm. 7, 1955, p. 134.

(6) LACRUZ BERDEJO, José Luis, en LACRUZ y SANCHO: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*. Librería Bosch. Barcelona, 1981, p. 323.

(7) LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil*. Tomo séptimo. 5.ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2008, p. 105.

modificar los efectos normales que la ley atribuye a un negocio, y que nace, *ad hoc*, por la libre voluntad de quienes lo crean.

Y la eficacia normal de la sustitución es, por obra de la ley, que se realice "si ha fracasado el anterior nombramiento" y "a causa de que ha fracasado". Es el momento, la ocasión de que sea eficaz. Y la única razón, su **causa**, la ineficacia de la institución de heredero al que se quiere suplir es que la ley ha imaginado y construido toda su eficacia y función sobre ese presupuesto esencial.

Junto a esta causa el testador, al darle vida, no agrega ninguna otra causa (**concausa**) de eficacia que se añada a la de la ley para modificarla. Acepta el presupuesto legal sin la menor alteración y se limita a nombrar la persona en que su efecto se ha de operar y a elegir entre los supuestos en que aquel se desarrolla, los precisos para que se produzca su entrada en vigor. No hay creación de concausa alguna. Y por ello tampoco existe la pretendida condición.

Naturalmente, el testador puede nombrar un sustituto y someterlo a una verdadera condición, si el evento es ajeno a la "causa legal" de la sustitución. Por ejemplo: "Esta sustitución queda supeditada al evento de que su titular haya acabado la carrera de Medicina". Pero es evidente que ya se trata de otra cosa. (O, por decir mejor, de una "concausa").

Reconoce el propio ALBALADEJO (8): "El mayor obstáculo con el que se piensa que choca la teoría tradicional, es el del que el evento –*si heres non erit*– es una exigencia procedente del Derecho objetivo. Por lo cual no se podría hablar de condición, elemento accidental, procedente de la voluntad del sujeto."

Y parece creer que la objeción se rebate con la simple afirmación que añade pocas líneas más abajo: "Pero tal necesidad, tal carácter de esencial se impone por la naturaleza de las cosas, independientemente de la Ley".

(8) ALBALADEJO (*loc. cit.*, p. 137).

1.3. BREVE REFERENCIA AL ÁMBITO DE SU APLICACIÓN

La *sedes materiae* de la sustitución vulgar es, sin la menor duda, el testamento y la institución de heredero que en él se haya establecido, según revela su propia denominación *subinstitutio*.

Toda institución de heredero puede ir acompañada de la correlativa sustitución vulgar si tal fuere la voluntad del testador, con independencia del carácter o naturaleza con que aquella se haya creado, por ejemplo, pura, condicional, a término, como fiduciario o como fideicomisario.

Y aunque sea este su ámbito natural, el testador que nombre uno o más legatarios puede aplicar a tales nombramientos la sustitución vulgar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 789.

La diferencia en el régimen de la adquisición de la herencia y el del legado es irrelevante a efectos de la sustitución vulgar, donde lo que importa es la renuncia del nombrado, y nada su aceptación.

En especial, esa renuncia cuyo particular interés se pone de relieve si el nombrado ostenta un doble título sucesorio, caso que luego se analizará con algún detenimiento.

La premoriencia del legatario, su inidoneidad para suceder al causante o, conforme se acaba de indicar, su renuncia al legado, son supuestos cuya previsión por el testador puede inducirle a nombrar un legatario sustituto, con los mismos efectos a que daría lugar si se tratase de la institución de heredero.

En orden a la aplicación de la sustitución vulgar en el sistema legitimario, siempre se entendió que el artículo 813.2 la impedía, ante su taxativa prohibición de imponer sobre la legítima "sustitución de ninguna especie", vulgar incluida, desde luego.

Baste por ahora esta idea general, sobre la que después se habrá de volver, aunque no sin advertir que la mencionada regla no debe entenderse en sentido absoluto.

1.4. SUPUESTO GENÉRICO DOCTRINAL Y SUPUESTOS LEGALES

Si la libre y soberana voluntad del nombrado es la que le hace suceder cuando acepta por estar conforme con la proposición que le ha hecho el testador, es obvio que no hereda si esa voluntad no se

llega a manifestar. Si no hay aceptación, si se rehúsa o se rechaza la herencia, el nombramiento se frustra, ha fracasado.

De ordinario, al definir la sustitución vulgar la mayoría de los autores indican el que es su presupuesto inexcusable con una fórmula abstracta y general.

Con ello están en concordancia con el sistema adoptado por las Partidas (9); y, aunque, como es natural, no sea coincidente la terminología, tampoco son excesivas las diferencias.

Lo habitual es supeditar la sustitución vulgar a la circunstancia de que el llamado como primer o principal heredero "no llegue a serlo", así CASTÁN (10), PUIG BRUTAU (11) y RIVAS MARTÍNEZ (12).

LASARTE (13), después de referirse a que no es preciso el empleo de la palabra sustituir, pone el ejemplo de una cláusula que dijera: "Nombro heredero a Juan y, en su defecto, a Ana". Las palabras "en su defecto" centran la esencia y el supuesto genérico de la sustitución vulgar.

ALBALADEJO (14) se expresa en el sentido de que "puede el causante llamar a otro a la herencia para el caso de que el instituido principalmente por él no llegue a ser heredero". Y agrega que "en eso consiste la vocación subsidiaria o sustitución vulgar".

Para LACRUZ (15) "consiste en el nombramiento de una persona que sustituirá al heredero si éste no ingresa en la herencia". Aclara la causa de este nombramiento de un nuevo sujeto, de un "viceheredero testamentario" –es su expresión–, porque "le resulta preferible al que habría de suceder según la ley".

(9) En efecto, respecto a la sustitución vulgar "por palabras negativas" ya decía la Ley 2 del Título V en la *Sesta Partida*: "Como si dixesse el testador establezco a fulano por mio heredero e si él non lo fuere fago mio heredero a fulano".

(10) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*. Séptima edición, Reus, Madrid, 1973. Tomo V, volumen II, p. 220.

(11) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona, 1963, tomo V, II, p. 419.

(12) RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de Sucesiones*. Dykinson, Madrid, 2004, tomo II, vol. 1.º, p. 74.

(13) LASARTE, Carlos (*loc. cit.*, p. 105).

(14) ALBALADEJO, Manuel: "La sustitución vulgar". *Revista de Derecho Notarial*, núm. 7, 1955, p. 123.

(15) LACRUZ BERDEJO, José Luis, en LACRUZ y SANCHO: *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*. Librería Bosch. Barcelona, 1981, p. 323.

Llama la atención que use un término que no le es habitual, el de "nombramiento" (designación de alguien con su nombre y apellidos para identificarlo a ciertos fines), que es, a mi juicio, el preciso y adecuado para referirse a un llamamiento nominativo que, en su día y con ciertos requisitos, le va a dar la titularidad de una opción, uno de cuyos términos le permite convertirse en heredero.

El mismo LACRUZ (16) dice con acierto: "El ofrecimiento de la herencia es la delación. *Delata hereditas intelligitur quando quis possit adeundi consequi*". No obstante, incurre en contradicción al añadir: "La delación no es sino poner la herencia a disposición del llamado, y depende de la ley."

Es, sin duda, una puesta a disposición de la herencia y depende de la ley: pero esa puesta a disposición, ¿se hace, en verdad, en favor del "llamado"? ¿Es el llamado el que, según exige el brocardo romano que se cita, "puede conseguir la herencia aceptándola"?

En la página anterior ha "definido" la vocación: "Vocación es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del *de cuius*, por voluntad de éste o, en todo caso, por la ley".

Y agrega: "Todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos, testamentarios o abintestato, son llamados en el momento mismo de la muerte."

Su contradicción se hace patente al reconocer que el llamamiento es insuficiente para heredar, y queda expresa al afirmar a continuación "pero para que una persona sea heredero no le basta ser llamado, ha de ofrecérsele la herencia". Por lo tanto, el llamado, *además*, habrá de tener una cualificación determinada que le haga merecer tal ofrecimiento.

Y es que ese añadido, ese "además", es esencial. Porque el llamado titular de esa expectativa ha de estar cualificado por un *nombramiento de eventual o potencial sucesor* (17), un documento en el que se le designa nominativamente como persona que puede llegar a ser heredero de ese causante.

Ese nombramiento se plasma en la institución de heredero contenida en la que haya resultado ser la última voluntad del causante, o cuando no hay testamento, en la decisión del juez o del notario que

(16) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *loc. cit.*, p. 43.

(17) Véanse mis *Rudimentos de la sucesión y el tránsito sucesorio. Introducción al Derecho de Sucesiones en el Código civil*. Editorial Hélice. Madrid, 2010, p. 86. "El nombramiento es el acto solemne en el que se individualizan las personas que pueden suceder al causante y, en ocasiones, el tipo o clase de sucesión a que se les llama".

ponen fin al proceso judicial o al acta de notoriedad abiertos para resolver su abintestato (18).

Por tal nombramiento aquel llamado genérico, apenas titular de una expectativa, se convierte en titular de una verdadera **vocación**, que, unida a ciertos requisitos (la idoneidad para suceder al causante y la apertura de la sucesión), será adornado por la ley con el *ius vocacionis vel delationis* que le permite optar entre ser o no sucesor, entre ser heredero o apartarse de la sucesión.

FUENTES MARTÍNEZ (19), después de transcribir el concepto que da PUIG BRUTAU, simplifica con precisión cuál es el contenido de la cláusula testamentaria, al calificarla de: "disposición por la que alguien es llamado a heredar en defecto de una primera persona".

No hace falta decir que tal causa general, llámese como se quiera, "no llegar a heredar, que se frustre un primer nombramiento o que sólo juegue en defecto y por la falta de eficacia de otro anterior", puede originarse por una pluralidad de hechos concretos en los que se diversifica, que actúan a modo de caminos por los que se transita hacia la falta de sucesión por el instituido.

A estos hechos concretos es a los que se refiere de modo directo el Código Civil que, por supuesto, no entra a formular una definición de la sustitución vulgar, sino que se abstiene incluso de toda indicación relativa a lo que es su cometido o la función general que desempeña respecto a la institución de heredero.

Y su artículo 774 se expresa de este modo:

"Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia (20).

(18) Aunque creo que, en rigor, es el término *nombramiento* el que se debería emplear siempre, no obstante y a título personal, me inclino por reservar la voz "nombramiento" para el que realizan en la sucesión intestada el juez o el notario, y conservar para la sucesión testamentaria la tradicional expresión "institución de heredero" formulada por el testador.

(19) FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: *Instituciones de Derecho Privado*, VVAA, bajo la coordinación general de Juan Francisco Delgado de Miguel. Thomson-Civitas. Consejo General del Notariado. Madrid, 2004, tomo V, Sucesiones, p. 283.

(20) Es llamativa la "relación de parentesco" que revela con la Ley 1 del mismo título V en la Partida Sexta, aunque su texto no esté a la altura

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario”.

Esta técnica ha podido motivar que algunos autores estimen conveniente definir la sustitución sin alejarse del texto legal o en busca de una armonización entre el concepto y los supuestos señalados en la ley.

Así, CÁMARA (21), por ejemplo, dice que la sustitución vulgar es [aquella disposición que contiene] el “llamamiento hecho a favor de una o varias personas para el caso de que el instituido en primer término no llegue a heredar porque premuera al testador, sea incapaz de sucederle o repudie su herencia” (art. 774).

Silencia el autor la posible existencia de otras causas que originen el fracaso del primer llamamiento, pero el empleo de ese “porque” enlazando el efecto con las causas que indica, parece dar a entender que, conforme al precepto citado, no hay otras que las enunciadas.

Y esta es la cuestión que ha motivado el presente trabajo.

Ahora hemos de ver las causas concretas que pueden dar origen a la sustitución y en cuya virtud el nombrado sustituto pasa a ocupar el lugar para el que otra persona estuvo designada antes con preferencia.

Sobre esta base, dada la existencia legal de unas determinadas causas de sustitución vulgar, hay que plantearse la duda de si son o no las únicas que la ley reconoce entre las que quepa imaginar. Hay que preguntarse: las causas de sustitución, ¿están tasadas en el Código? ¿Ha dado un *numerus clausus*?

1.5. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 774 CC

La cuestión ha de plantearse con un breve análisis del texto de la norma legal y de los supuestos que menciona.

Y tras un pequeño repaso a las opiniones doctrinales debemos enfrentarnos con la cuestión de si el Código ha querido tasar o limitar las

de su modelo, más preciso, porque dice así: *E ello seria como si dicesse establezco a fulano por mio heredero e si el non quisiere, o non lo pudiere ser, sea lo fulano en lugar del.*

(21) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *Compendio de Derecho Sucesorio*. La Ley. Tercera edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, 2011, p. 145.

causas que originan la sustitución, creando un *numerus clausus* para ellas, o permite al testador elegir entre cuantas sean posibles.

Empecemos examinando la norma, el artículo 774 dice:

1.^a Que la sustitución nace en varios casos concretos que cita.

ALBALADEJO (22) juzga con notable aspereza el texto de su primer párrafo al decir que la especificación que en él se hace “es imperfecta –aparte de que sea inútil– puesto que, en todo caso, hubiera bastado con decir que el sustituto es llamado para cuando el primer instituido no quiera (*casus voluntatis*) o no pueda (*casus impotentiae*, que comprende el de premoriencia) aceptar la herencia...”.

Por su parte, y desde otro punto de vista, también GARCÍA GARCÍA (23) critica el mismo párrafo 1, puntualizando que, a su juicio, las palabras “no puedan” [aceptar la herencia] de dicho precepto se refieren tan solo a una imposibilidad de tipo jurídico, a las llamadas incapacidades relativas o prohibiciones para suceder al causante, pero no a las que califica de imposibilidades “materiales” o de hecho, que se deban a razones de otro tipo, puramente fáctico, del que pueden ser ejemplo la ignorancia, la desidia o pasividad, o la simple indecisión. Es una opinión seria y con apariencias importantes pero de muy escasa trascendencia práctica ante una técnica notarial depurada, como habrá ocasión de explicar.

2.^a Que hay una clase de sustitución a la que llama “simple, y sin expresión de casos”, que “comprende los tres expresados en el párrafo anterior...”.

Pero lo que la norma **no dice, en absoluto, es que** los casos citados en el primer párrafo **sean los únicos** en los que sea posible la sustitución, haciéndole creador de un *numerus clausus* en la materia.

Es posible que ni siquiera se esté insinuando tal cosa, pero el texto tampoco permite excluir que no fuera esa la intención del legislador. En cualquier caso, ¿qué valor tiene la frase final “... a menos que el testador haya dispuesto lo contrario”? ¿Qué sentido cabe

(22) ALBALADEJO, Manuel, *loc. cit.*, p. 126.

(23) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *La sucesión por derecho de transmisión*. Editorial Civitas. Madrid, 1996, p. 308.

encontrar en ella? ¿Equivale a otra que el propio Código emplea con frecuencia, la de "... salvo que el testador dispusiere otra cosa"?

El artículo 774 no resuelve la cuestión primordial: ¿No hay más casos posibles de sustitución vulgar que los citados en la llamada simple? O, por el contrario, **¿tiene libertad el testador para nombrar sustitutos vulgares para cualquier caso en que ello sea posible?**

LACRUZ (24) afirma que "la expresión de casos puede ser *ad exemplum*, pero no habla de la contenida en el artículo 774, sino de la que se puede hacer en el testamento, porque añade "y no importa (*¿no comporta?*) siempre la exclusión de los casos no expresados, pese a que del art. 774-2.º interpretado *a contrario sensu* pretenden algunos autores y cierta jurisprudencia (R. 2 enero 1918; S. 28 septiembre 1936) deducir que, expresado un caso, no cabe ampliar interpretativamente el llamamiento a los otros".

Se ha citado antes a ALBALADEJO con relación al texto del artículo 774,¹ y su frase "el sustituto es llamado para cuando el primer instituido no quiera [...] o no pueda aceptar la herencia".

Pues bien, *la cita era literal* y se adecuaba al texto referido. *Pero no era completa* (terminaba con unos puntos suspensivos), pues omitía algo –porque le era ajeno en tal momento–, el párrafo final, en el que el autor opinaba sobre **los dos citados supuestos** afirmando que **"se resumen en el de que no llegue a ser heredero"**.

Ello significa afirmar, de modo taxativo e inequívoco, que *casus noluntatis* y *casus impotentiae* (*el non quisiere, o non lo pudiere ser*) son los únicos supuestos en los que quien ha sido nombrado para que suceda no llega a heredar y, en consecuencia, los únicos también en que se puede nombrar sustituto vulgar.

Tal tesis es inaceptable por la evidencia del error en que incurre.

La realidad es que, aparte de que los instituidos que sobrevivan al testador no quieran o no puedan aceptar la herencia, la posibilidad de sustitución cabe también por otras causas de las que resulte la falta de aceptación o repudiación.

(24) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *loc. cit.*, p. 324.

Debe tenerse en cuenta que el propio Código dispone en su artículo 991 que nadie puede aceptar o repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.

Pero quien tenga conciencia de ambos hechos puede demorar, por muy diversas circunstancias, una decisión grave y de importancia como es la de si se quiere o no ser heredero (25). Circunstancias que pueden ir retrasando el ejercicio de su derecho de decidir y en las que le puede sobrevenir la muerte.

Y es el mismo Código el que –en el artículo 1006– plantea el supuesto específico de la muerte sin haber aceptado o repudiado la herencia (26).

Si esto ocurre, ¿cómo se puede negar, o dudar siquiera, de que el interesado, nombrado para heredar, no ha heredado?

No puede caber duda de que **no ha llegado a suceder el que falleció sin aceptar ni repudiar la herencia**. A pesar de que no se hayan producido ni el *casus noluntatis* ni tampoco el *casus impotentiae*.

Es claro que **existen supuestos concretos en que se da la sustitución vulgar que son distintos de los que menciona el artículo 774**.

Lo exige el respeto a la voluntad del testador. Y lo proclama el vulgar sentido común.

Otro de los problemas que plantea el artículo 774 fuera del supuesto de la sustitución simple, es el valor que tiene la elección de uno de los tres casos que menciona, respecto a los omitidos. Pero, si

(25) Mil causas pueden motivar esa demora, unas con culpa, otras sin ella. Por apatía o desidia, por ignorar las verdaderas consecuencias del acto, sea afirmativo o negativo, de decidir, por temor a que la herencia pueda ser *damnosa*; porque le abruma la idea de carecer de aptitudes para administrar y regir con dignidad la herencia con cuya adquisición le quiso honrar el testador. Y teme no estar capacitado para asumir las responsabilidades que implica el adquirir y administrar una fortuna cuantiosa o una importante empresa mercantil o industrial que exija a su dueño unas especiales dotes de dedicación, esfuerzo, organizativas, de capacidad de decisión, etc.

(26) Y quizá esté creando para tal caso una sustitución vulgar de origen legal para el mismo supuesto de que el *nombrado* (nunca el que ya ha llegado a ser heredero) fallezca sin aceptar ni repudiar. Me remito a mi boceto polémico "El artículo 1006 y el llamado derecho de transmisión", en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 72 (octubre-diciembre 2009), pp. 199-252.

se acepta que, como he defendido, caben otros supuestos distintos de aquellos tres, la cuestión pasa a tener un carácter general, al que se aludirá más adelante (3. Los supuestos de sustitución vulgar y el notario. 3.1. Generalidades).

Hay que terminar ya aquí esta primera parte, dedicada a recordar lo que podría llamarse la presentación jurídico-técnica de la figura de la sustitución vulgar, necesaria para entrar en el aspecto práctico de su formulación en el quehacer notarial. Pero se ha estimado que puede ser conveniente una preparación de tipo amplio referente a una cuestión intermedia, general y poco estudiada, que es la de la formación de la voluntad testamentaria.

2. LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

2.1. EL TESTADOR Y SU VOLUNTAD EN EL TESTAMENTO

Es triste comprobar un día y otro la enorme estrechez del conocimiento jurídico en la sociedad española, incluso entre personas a las que se considera “de amplia cultura”.

En general, por conversaciones con personas que ya lo han hecho, el que piensa en testar tiene ya una vaga idea de lo que es un testamento y sabe, poco más o menos, que por medio de él puede dejar sus bienes a las personas que elija. Y muy poquito más.

Por ejemplo, personas con formación universitaria quedan muy sorprendidas cuando se les hace ver que muy pocas veces resulta conveniente relacionar bienes concretos en el testamento, a causa de que el que otorgue hoy afectará a los bienes que tenga el día de su muerte y que lo normal es que sean muy distintos de los que tenga al testar.

Y es que testar no es fácil. El testador y el testamento, se puede decir que, en todo caso, inexcusablemente, necesitan una preparación y por eso es deseable su formalización pública, porque uno de los cometidos de la función notarial es el de proporcionar el asesoramiento y la información necesarias al que va a ser otorgante.

La inicial idea de testar, que es nebulosa, poco a poco se ha de ir formando, hasta completarse y adquirir sus definitivos perfiles cuando llegue a otorgarse el testamento.

El Código no contiene una mínima referencia a una fase en la que se prepare el testamento, y la doctrina, por lo común, le suele acompañar en su silencio, como si ambos creyeran que la voluntad testamentaria surge de modo súbito y espontáneo.

Y como no es así, cuando el artículo 695 del Código habla de que “el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario”, solo puede entenderse referida a la expresión de la voluntad nacida tras un primer contacto inicial con el notario, y después de que se desarrolle el periodo en que se prepara el testamento.

El notario, una vez le es conocida la situación familiar del testador, “prepara el testamento” al ir extrayéndolo de su mente, con paciente calma y de este modo, la idea inicial de aquel se va nutriendo con todas las alteraciones, modificaciones y precisiones que exige, o aconseja, su adecuación a la ley aplicable en sus circunstancias.

La preparación concluye cuando el testador aprueba la nueva configuración de su primitivo proyecto, y encomienda al notario, en firme, tal como queda acordado, la redacción del testamento que desea formalizar.

Tras la reforma del Código Civil por la Ley 30/1991, se puede hallar un vago indicio en el propio artículo 695. Leámoslo con un cierto detenimiento.

A continuación de la frase citada del artículo 695, la oración que sigue: “*Redactado por éste el testamento con arreglo a ella...*”, está poniendo de relieve que entre una u otra ha transcurrido un espacio de tiempo, mayor o menor, que es, al menos, el necesario para que el notario lleve a cabo la redacción del testamento, en la que recoja lo que expresó el testador.

Una y otra frase nos revelan que el testamento está *in fieri*, y que aún no ha llegado a ser un verdadero “acto testamentario”.

Y el mismo precepto, entrando ya en la formalización del testamento, del “documento testamentario” en sentido propio, añade que “*lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad*”.

Es decir: el notario lee el testamento que redactó por encargo del testador. Pero, nótese que la frase que el precepto emplea no está pidiendo al testador una declaración de voluntad de que él está conforme. Lo único que le pide es una declaración de verdad, la de que es cierto el hecho de que *lo leído por el notario está conforme con*

aquella su voluntad, la que se le expresó al notario encargándole que le diera **ya** la redacción adecuada conforme a la ley.

De este modo, se está reconociendo que hubo una voluntad anterior que quedó configurada al concluir el periodo dedicado a la preparación del testamento y se quiere que se pronuncie el testador respecto al hecho de "si esa voluntad está conforme", es decir, si se halla bien reflejada en lo que el notario ha leído (27).

Porque, a la vez, en el mismo momento, en *unidad de acto* tal declaración se convierte en propia voluntad actual, esencia del otorgamiento que se está formalizando y que se solemniza con la autorización.

2.2. EL TESTADOR, LA VOLUNTAD DE TESTAR Y EL NOTARIO

Conviene hacer una mención de la circunstancia, presente siempre en el ánimo del notario en cuanto redactor del instrumento público, que su misión consiste en un conjunto de acciones referentes a la voluntad del otorgante (en nuestro caso, testador), la que el artículo 147 de su propio Reglamento enuncia con tres infinitivos: "indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico" tal voluntad.

La primera es la primordial y también la más laboriosa y difícil, donde se pone a prueba el arte y la habilidad del notario, y no se trata solo de que tal indagación exteriorice, extrayéndola de la mente del testador la que es su voluntad. Es que, en rigor, como creo recordar

(27) Al menos así lo entendí y quise exponer en mi pequeño estudio "Testamentos y pretestamentos", *Revista Jurídica del Notariado* núm. 69 (enero-marzo 2009), pp. 69-145. Al examinar en el testamento abierto ante notario "los requisitos del acto y su expresión documental", se trataba la unidad de acto destacando que había suscitado graves dudas sobre su momento inicial. Para concluir que el nuevo texto resolvía tal problema al disponer que "todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto *que comenzará con la lectura del testamento...*". Puesta esta idea en relación con lo expresado por el artículo 695, tal como se dice en el texto, su "conformidad" con la voluntad del testador solo cabe respecto de una voluntad expresada antes del otorgamiento y que en este se ratifica, solemnizándola.

(En términos generales, puede decirse que tal trabajo nació de la distinción entre "testamentos públicos" y los que no lo son, los privados -los "pretestamentos"-, que no se otorgan ante notario. Y del texto del **artículo 704**, expresivo de que estos últimos **serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan**).

que dijo Salvatore SATTÀ, la cuestión radica en que, con ella, el notario “ha de conocer el querer que aquel mismo que quiere no conoce”.

En esa indagación se va nutriendo y desarrollando aquel embrión que en sus inicios era la idea más bien vaga e imprecisa que expuso el testador, con los detalles y matices que aparecen conforme la simultánea labor de información y asesoramiento que hace el notario van modelando la auténtica voluntad que se está haciendo nacer. En esta labor de ayuda, el notario nunca olvida que su misión es contribuir a formar una voluntad, pero que esta es la voluntad del testador y únicamente de él.

Como resultado de esa indagación el notario queda enterado de lo que ha dicho el testador sobre su nascente voluntad testamentaria. El notario le da la forma jurídica que necesita para lograr que se haga clara, expresiva e inequívoca, como conviene para que produzca los efectos que busca. Esta es la segunda acción citada por el artículo 147, que llama interpretación, creo que con acierto para calificar lo que es la formulación técnica de lo que era simple voluntad empírica.

La tercera acción, una simple rutina de la técnica profesional, pero de gran importancia y mayor responsabilidad, es adaptar esa voluntad a las exigencias de todo tipo, materiales y formales, que las leyes impongan.

2.3. EL TESTADOR Y LA VOLUNTAD DE SUSTITUIR

La voluntad testamentaria también necesita formarse para recaer sobre la sustitución vulgar.

Cualquier testador intuye –cuando no lo sabe– la importancia que puede tener en su testamento el hecho de que fallezca antes que él la persona a la que quiere nombrar para que le suceda.

Al testador, que suele centrar la idea de su testamento en la designación de la persona que quiere que le suceda, le preocupa con mucha frecuencia qué es lo que ocurre con su herencia si, una vez haya firmado el testamento, aquella persona que nombró fallece antes que él.

Y ve el cielo abierto cuando se le explica la idea de la sustitución vulgar con el símil deportivo del jugador suplente, que está “en el banquillo” pero que entra en juego en lugar del titular cuando es necesario. Y que en el mismo testamento, “para el caso de que sea necesario”, puede nombrar quien le reemplace y sustituya.

La premoriencia del instituido es, de ordinario, el único “caso en que el testador cree necesario nombrar sustituto”.

La idea de “la capacidad del sucesor”, *recte* de que el heredero que instituya tenga idoneidad para sucederle, pensado como supuesto de sustitución es un tema que la experiencia advierte que, por lo común, no conviene abordar. Cuando se llega a plantear es siempre al hilo de otras consideraciones como las de que hayan surgido ciertos actos o conductas que pueden ser causa de la privación de la legítima y de la eventual herencia del legitimario.

En cuanto a la posibilidad de que la persona a la que ha instituido para que sea su heredero, pueda no querer heredarle, es una cuestión que, en ocasiones, a veces cuesta hacer comprender a un testador. No es tan extraño el caso de quien cree que el instituido no tiene más remedio que acatar su voluntad de que le suceda.

Sin necesidad de entrar en detalles anecdóticos vividos en el decurso del ejercicio de la función notarial y a los que tampoco se les pueda considerar significativos en sentido general, no creo exagerado afirmar que esta materia requiere un particular cuidado, dentro del delicadísimo papel que el notario desempeña en el asesoramiento a los testadores.

3. LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN VULGAR Y EL NOTARIO

3.1. GENERALIDADES

A la vez que el problema de qué se entiende por sustitución simple, la doctrina suele plantearse el de qué efectos produce el nombramiento de sustituto para alguno o algunos de los supuestos posibles, respecto de los omitidos.

En el régimen del Código, cree CASTÁN (28) que “si el testador establece la sustitución para solo uno o dos de los tres supuestos indicados, es claro que no deben entenderse comprendidos el caso o casos restantes”.

Sobre la base de que con los tres casos que cita, el precepto “pretende abarcar todos los supuestos posibles de que no llegue a ser

(28) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*. Séptima edición, Reus, Madrid, 1973. Tomo V, volumen II, p. 224.

heredero el instituido”, ALBALADEJO (29) afirma también que “la sustitución sin expresión de casos alcanza a todos” y que *contrario sensu* la que se haga con la mención de supuestos concretos, “alcanza sólo al caso expresado o a los que lo hayan sido, si fueren varios”.

Por la aplicación del viejo proverbio “*Incluso unius, exclusio alterius*”, lo mismo ha de decirse si se estima que el número de supuestos pueda ser en número superior o incluso indeterminado; todo supuesto no elegido por el testador debe quedar excluido, sin que pueda ocasionar la entrada del sustituto.

Es preciso por tanto estudiar la sustitución según cuáles sean los supuestos en que se funda.

3.2. LA SUSTITUCIÓN SIMPLE, O EN TODO SUPUESTO

Si damos sentido amplio a la idea que de la sustitución simple contiene el artículo 774, se convierte en el tipo de sustitución que abarca todos los tipos en que pueda llegar a ser posible.

No parece erróneo entender que a ella se refiere la frase de ALBALADEJO (30): “Cuando se establezca la sustitución para el caso de que el instituido no sea heredero o no llegue a heredar o cualquier otra expresión semejante”.

En rigor la sustitución simple no es otra cosa que la definida en la primera página de este estudio. Es simple porque concreta lo que es su función y cometido específicos. De este modo se evita toda referencia a los supuestos concretos que en ella puedan darse para que los efectos de la sustitución surjan para todos y cada uno de ellos.

Pero, para evitar las connotaciones limitativas que pueden resultar de la interpretación del artículo 774, lo prudente es huir del uso del término “simple”.

Y si el que va a otorgar testamento notarial quiere de verdad que el sustituto o sustitutos que nombre hereden **siempre y en todo caso** en que quede frustrada la institución de heredero formulada,

(29) ALBALADEJO, Manuel: *Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991, p. 1897.

(30) ALBALADEJO, Manuel: *Comentario...*, en la misma p. 1897.

es aconsejable que el notario redacte la cláusula con sencillez, de forma explícita e inequívoca.

Por ejemplo: "Siempre y en todo caso en que el instituido heredero no llegue a heredar al testador, será sustituido vulgarmente por..." O: "Si el instituido no sucede al testador, cualquiera que sea la causa por la que no lo haga, le sustituirá vulgarmente don...".

3.3. LA SUSTITUCIÓN EN CASOS CONCRETOS

Es claro que la existencia de una pluralidad de supuestos que permiten sustituir y que el Código menciona, concede al testador la libertad de elegirlos todos, ninguno o alguno o algunos de ellos.

Según se anticipó al tratar de las generalidades de la sustitución, hemos de tener siempre en cuenta que en una sucesión pueden estar interesadas personas cuyos derechos en ella deban su origen a diversos títulos.

Bajo esta idea, el examen de los supuestos concretos que pueden originar sustitución vulgar se va a iniciar con el que tal vez sea el más complejo, el de la renuncia.

3.3.1. Caso de renuncia

La adecuada exposición de esta materia aconseja abrir un paréntesis para dejar constancia de la necesidad de que se haya producido un hecho imprescindible para que pueda existir la renuncia y la de alguna circunstancia que puede privarle de toda eficacia si ha llegado a ser formalizada.

a) La renuncia y su eficacia

La renuncia, acto formal por el que se expresa la voluntad de rehusar ciertos derechos sucesorios que se podrían adquirir, ya sean de naturaleza universal o singular, exige tener en cuenta:

1.º Que el renunciante necesita un presupuesto esencial que consiste en haber recibido un nombramiento de carácter personalísimo que le habilite para suceder al causante, es decir, que le otorgue el título de heredero potencial con el *ius vocationis vel delationis*, en cuya virtud podrá optar entre suceder o rehusar la sucesión.

Y que, por voluntad del testador o por obra de la ley, ha podido corresponderle otro título que le otorgue un derecho sucesorio de carácter singular, junto a aquel o en su lugar.

2.º Si el renunciante recibe ambos nombramientos a la vez y es titular simultáneo del derecho a ser sucesor universal y de uno o varios derechos sucesorios singulares, se dice que goza de un doble título sucesorio.

3.º En tal circunstancia y ya abierta la sucesión, puede ese sujeto pretender el ejercicio aislado o separado de uno cualquiera de tales derechos, el universal o el singular, lo cual plantea el problema de la eficacia de tal renuncia. Y, consiguientemente, el de que la sustitución prevista valga cuando sea eficaz la renuncia, o que no se pueda realizar si la renuncia es ineficaz.

La causa de la dificultad se encuentra en el artículo 990 del Código, según el cual la repudiación (al igual que la aceptación) no puedan hacerse “en parte”.

Tratando la cuestión en la sucesión testamentaria, cuando el testador tiene legitimarios, VALLET (31) sostiene que la repudiación de la herencia que formalice el legitimario instituido heredero por el testador, implica y significa también renuncia a la legítima, porque entiende que de no admitirse así, se iría en contra del citado artículo 990.

No obstante, en la página siguiente, no tiene inconveniente en admitir, sin ningún reparo, que si la legítima se le ha atribuido en virtud de legado [prelegado], pueda el legitimario renunciar por separado la herencia o la legítima. Y lo admite porque así lo ha establecido el artículo 890.2.º: “El heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla”. Caso de doble título sucesorio en el que está claramente permitida una repudiación parcial.

Es curioso que en ningún momento se diga en el Código –ni ha sido entendido por los autores– que el 890.2.º constituya una excepción a la norma del artículo 990.

(31) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Las legítimas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1974. Tomo II, p. 798.

De esta discrepancia, aparente al menos, arranca la idea de que se debe profundizar en la búsqueda de la raíz del problema, es decir, cuál es la razón justificativa, la causa de la prohibición de que aceptación y repudiación no puedan ser parciales.

Creo evidente que la clave para entender y resolver el problema se halla en el texto del 890.1.º:

"El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso y el otro gratuito, no podrá aceptar éste y renunciar el otro. Si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera".

Esta norma proporciona, a mi juicio, una clara explicación o justificación de que el 990 prohíba la aceptación o prohibición parciales. Lo que en realidad se busca y quiere con la prohibición es impedir una práctica por la que se puedan contravenir o subvertir los fines institucionales de la sucesión o contrariar la voluntad del testador, deformándola para satisfacer los intereses personales del renunciante.

Como ejemplo del primer caso (no sin reconocer que se ha elegido por lo que tiene de grotesco), queda prohibido que se acepte la herencia solo en cuanto al activo o que se repudien solo las deudas.

O, ya en tono más natural, que se acepte una parte de los bienes relictos que el aceptante señale a su capricho porque le parece apetitosa y repudie alguna otra que le resulte gravosa o perjudicial. Y, ya en lo que se refiere a lo querido por el testador, el objetivo de la norma salta a la vista del conjunto de los dos párrafos del artículo 890 o de la comparación entre ellos.

La **conclusión** que creo debe sacarse de este largo examen preliminar de la renuncia, es que si una persona tiene a su favor dos títulos distintos que le habilitan para suceder a un mismo causante, puede renunciar uno y aceptar otro, a pesar de lo preceptuado en el artículo 990, *siempre que sean independientes entre sí y carezcan de cualquier clase de conexión*.

Cuanto se acaba de decir sobre la *renuncia* no debe distraer nuestra atención ni hacernos olvidar que lo que aquí se trata es la sustitución vulgar.

Y que si convenía hablar de un doble título sucesorio era porque la eficacia de la sustitución dispuesta por el testador solo cabe en tanto en cuanto sea válida la renuncia en que se apoya.

Y la causa de que la renuncia acarree problemas de una cierta entidad es únicamente la de que el que la haga tenga un doble título sucesorio.

b) La sustitución por renuncia

Pensemos en un legitimario al que por testamento se le ha instituido heredero. ¿Cuántas personas, en su situación, saben que no basta decir que quieren renunciar a la herencia, si el notario no les advierte que en la herencia pueden tener un doble título sucesorio, de un lado, la posibilidad de ser heredero y de otro, la realidad de unos derechos legitimarios que son efectivos y, además, independientes de aquella posibilidad? (32).

Es una cuestión en la que la información y el asesoramiento notariales adquieren un valor decisivo.

Estamos ante el caso conflictivo citado, el de la sustitución vulgar en el supuesto de renuncia del instituido que tiene en la herencia un doble título sucesorio, ya porque lo haya dispuesto así el testador, bien porque uno de tales títulos haya sido impuesto por la ley. Puede uno de ellos recaer en la sucesión universal y otro, u otros, en la sucesión singular o particular.

El legitimario puede ser sucesor universal en virtud de la institución del testador y, también, por nombramiento en la sucesión intestada.

Pero además, y en todo caso, ha de recibir su legítima, unos derechos sucesorios de naturaleza singular y de origen legal que los herederos del causante le han de abonar, y a los que el testador puede dar el tratamiento de prelegado o de legado. Y que, con independencia, también pueda el testador hacerle otras mandas ajenas a su calidad de titular de la legítima.

(32) A nadie debería extrañar este hecho, cuando es el Código el primero que no distingue entre lo que es el derecho a la legítima y la posibilidad que tiene ese legitimario de llegar a ser sucesor universal del testador. Para el Código ambas situaciones jurídicas se refunden y engloban en un vago término: "heredar".

De este modo puede tener un título sucesorio doble o plural.

Si el *doble título es de derechos sucesorios singulares* se resuelve, conforme lo hace el Código respecto a los legados, atendiendo a la conexión o desconexión que entre ellos exista y según se haya expresado la voluntad del testador.

La sustitución establecida entrará en vigor si la renuncia del legado es válida y decaerá en caso contrario, conforme antes quedó explicado.

La situación más compleja es la nacida del *doble título, uno universal y otro singular, en favor del legitimario*.

a) Legitimario instituido heredero por el testador

Se va a tratar a continuación de dos posibles renunciaciones del legitimario: la que versa sobre la institución de heredero con la que el testador haya querido voluntariamente distinguirlo, y la que atañe a los derechos legitimarios que el Código le tiene atribuidos (33).

Debe observarse que pueden ser compatibles la renuncia a la herencia con la voluntad de conservación y de exigencia de la legítima. Pero que es preciso que tal voluntad se haya puesto de manifiesto expresamente.

De no haberse hecho constar así, la simple renuncia a la herencia implica también la renuncia a la legítima, que no es, al fin y al cabo, sino una parte alícuota de aquella atribuida por la ley como un derecho sucesorio de carácter singular y, por supuesto, renunciable.

Si la renuncia recae en el título de heredero, el testador le puede nombrar un sustituto para este supuesto (junto o no con otros supuestos), con plena libertad, igual que con cualquier otro heredero. No presenta especialidad alguna.

La legítima en sí es también renunciable, haya sido o no atribuida a través de un legado o un prelegado, simplemente reconocida en

(33) Si la doble vertiente de los derechos del legitimario (actual en la legítima, expectante en cuanto a la cualidad de heredero) se tuviera presente en la redacción de los testamentos y en el otorgamiento de escrituras de renuncia, se evitarían conflictos como los contemplados por la resolución de la Dirección General de 11 de octubre del 2002 o la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio del 2003, ampliamente comentadas por prestigiosos notarios.

el testamento, o incluso silenciada en él, porque existe en todo caso por disposición legal.

Pero cuando la renuncia formalizada recae sobre la porción legitimaria surge el problema de la validez de la sustitución que el testador haya podido establecer para tal supuesto.

Y tal sustitución no parece posible, porque la legítima que se ha renunciado tiene ya, prefijado por la ley, un destino: en el artículo 985.2.º, tratando del que el Código denomina derecho de acrecer, se ordena que la parte repudiada (de la legítima) acrezca a los colegitimarios (34). Y, por otro lado, el artículo 813.2.º dispone que sobre la legítima no se puede imponer "sustitución de ninguna clase".

Todo hace creer que la renuncia a la legítima nunca puede permitir el nombramiento eficaz de un sustituto vulgar. Y, sin embargo, no siempre es así, y debe hacerse una salvedad.

En el régimen del Código, de las dos terceras partes de la herencia que, por disposición del artículo 808, constituyen la legítima de hijos y descendientes, hay una respecto de la cual el testador carece de facultades dispositivas –la llamada de legítima estricta–, y otra –la de legítima larga o "de mejora"–, en la que el testador tiene posibilidades de disposición, aunque esta se halle limitada o restringida.

Si el legitimario renuncia a su cuota legitimaria en la parte indisponible (es decir, en el que se llamaba tercio de legítima estricta y en la parte del de legítima larga al que no alcanzare la mejora que se hubiere practicado), la sustitución establecida no podrá ser eficaz por los citados artículos 813 y 985.2.º, pese a que, indiscutiblemente, la renuncia haya sido válida.

(34) Esa es la "traducción" que me permito hacer al deplorable texto del 985.2.º, que dice: "Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos –[*sus colegitimarios*]– por su derecho propio –[o sea, por *acrecimiento*]– y no por derecho de acrecer [recte, y no por derecho de representación]".

Lo que el Código quiere decir es acertado, pero yerra –y hace difícil entender su texto– al contraponer las ideas de suceder "en nombre propio" y la de hacerlo por "derecho de acrecer", que son correlativas, cuando la verdadera contraposición existe, en verdad, entre suceder "en nombre propio" y suceder por estirpes o "por derecho de representación", como pone de manifiesto, en materia de división de herencia, el artículo 927.

En puridad, es factible la sustitución vulgar en dicho tercio en una hipótesis de laboratorio y además perfectamente inútil (porque equivale al efecto legal), que es prever la sustitución vulgar en la legítima estricta del renunciante designando sustitutos, por partes iguales a los restantes legitimarios.

Pero, en cambio, respecto a la cuota legitimaria “susceptible de disposición restringida” por el testador, la que se suele denominar legítima larga objeto de una mejora, es preciso reconocer que el artículo 823 da pie para admitir que le aplique la sustitución vulgar.

En efecto, si el testador ha dispuesto una mejora y nombra sustituto en caso de renuncia, tal sustituto podrá heredar una vez sea la misma formalizada, siempre que sea alguno de los “hijos o descendientes del testador”, como establece el citado artículo 823.

Y la doctrina es unánime en admitir que la frase que se ha entremillado equivale a la de “en favor de legitimarios o de sus descendientes”, aun cuando estos descendientes no sean verdaderamente “legitimarios”, porque esta cualidad continúa estando en cabeza de sus progenitores, que viven. Cabe, incluso, que la mejora sea atribuida en calidad de sustituto a un solo descendiente de cualquier legitimario que sobreviva.

b) Legitimario nombrado heredero abintestato

A falta de herederos voluntarios instituidos por el testador, llama la ley a ser sucesores universales a los parientes en línea recta –es decir, *a sus legitimarios*– y al cónyuge viudo no separado, en defecto de aquellos (35).

Al aceptar la herencia a que la ley le llama, el legitimario adquiere por sucesión universal el patrimonio relicto. Se suele decir que con la herencia quedan refundidos sus derechos legitimarios (CÁMARA dice “embebidos”). A mi entender, sus propios derechos legitimarios se extinguen por confusión.

(35) Esta diferencia con los herederos surgidos de la voluntad del testador ha podido ser la causa “explicativa” de que el Código llame a los legitimarios herederos forzosos –es decir, *no voluntarios*–, porque podrán heredar sin la voluntad del testador.

(Ello, por supuesto, es independiente de la calidad del derecho sucesorio que tienen en cuanto legitimarios, cualquiera que haya sido el cauce para la determinación del sucesor universal).

Como es natural, la legítima del viudo subsiste si el heredero ha sido un descendiente o ascendiente, que habrá de respetarla y darle cumplimiento.

Y, por tanto, en este cauce intestado la sustitución vulgar, de origen estrictamente testamentario, no tiene cabida posible. Y, sin embargo...

c) Legitimario heredero abintestato, en un caso especial

El nombramiento de eventual sucesor en el cauce intestado se hace necesario, aunque haya testamento eficaz, si en él no existe institución de heredero (o hubiere sido declarada nula), pues dicho testamento puede contener otras disposiciones que se habrán de ejecutar por el heredero o herederos abintestato.

Pues bien, en una de estas cláusulas se pudo disponer una mejora a favor de persona hábil conforme al artículo 808.3.º, y será eficaz, y el interesado podrá exigir su cumplimiento. Y en caso de que el mejorado renunciare a ella, también será eficaz el nombramiento de un sustituto vulgar del mejorado que tal cláusula contuviere, si dicho sustituto goza de la misma aptitud para ser mejorado. Es decir, tal y como se vio en el caso a), del heredero instituido por el testador.

3.3.2. Caso de inidoneidad (no de incapacidad)

a) *Capacidad e incapacidad*

La primera y primordial cuestión a dilucidar aquí es la terminológica. Hay que desechar la idea de que sea una cuestión bizantina, privada de importancia, de que se trate de pura logomaquia. No, es problema de ideas y de conceptos.

Hay que adquirir la convicción –y no olvidarla nunca– de que las palabras han de ser expresión de ideas y conceptos. Y que, si no se quiere caer en el caos, cuando una materia se ha de exponer técnicamente, la técnica impone la necesidad de que las palabras se empleen de modo unívoco y constante a una sola idea, a un solo concepto y siempre al mismo. Han de ser unívocas.

En materia sucesoria debería estar proscrito el empleo de la voz “incapacidad”, porque, a pesar de que el Código la use con frecuen-

cia, se ha de tener presente lo que enseña el maestro LACRUZ, de que toda persona es capaz de suceder por causa de muerte.

Si se piensa en la *capacidad jurídica*, porque se halla siempre ínsita en toda persona por el hecho de serlo, ya que es emanación de la personalidad misma.

Si de *capacidad de obrar* se trata, porque esta se refiere a circunstancias en que la persona padece importantes limitaciones de la conciencia o de la libertad, dos cualidades intrínsecas de la personalidad, imprescindibles para que se la pueda poner en ejercicio.

Y cuando los Tribunales declaran una incapacidad, lo que están diciendo es que el sujeto al que afecta carece de aquellas cualidades en la medida necesaria para actuar. Y por ello, *porque no puede gobernar por sí mismo su persona y bienes*, le nombran un tutor o curador, un representante al que corresponde tal ejercicio de cuanto sea necesario.

Y de este modo, el incapaz (incapaz solo a los efectos de ejercer por sí una capacidad jurídica que permanece intacta) adquiere derechos y obligaciones, adquiere, por ejemplo, la cualidad de sucesor universal por causa de muerte, aunque lo haga, aunque tenga que hacerlo por medio de un representante que la ley le proporciona.

Por excepción, a causa de que toda persona tiene un periodo de su vida en que, por naturaleza, aún no ha desarrollado su conciencia ni su libertad en la medida necesaria para gobernarse, la ley atribuye a sus padres, a título temporal, la función de representantes natos, sin necesidad de declaración judicial alguna.

b) El mal uso de la voz "incapacidad"

Cuanto se acaba de decir resultará más claro con un ejemplo de lo que es, y de las consecuencias que puede acarrear, el mal uso de la voz incapacidad en un testamento notarial.

Se toma de un testamento de la vida real, en los términos en que lo recoge el texto de la resolución de 27 de mayo de 2009.

En una instancia que suscribe la tutora de la instituida heredera doña Julia, se inventaría y acepta la herencia de su esposo y causante don Eugenio con base en un testamento notarial que, en lo que aquí interesa, decía así:

"Primera.- Instituye y nombra por su única y universal herede-

ra a su citada esposa doña Julia..., siendo sustituida para el caso de premoriencia e incapacidad por don Jesús...

Segunda.- Manifiesta su deseo de que todos los bienes que pudiese heredar su esposa de él y para el caso de que no pudiese administrarlos por carecer de las facultades físicas o intelectuales precisas, sean administrados por dicho señor don Jesús...

Para el caso de que en un futuro su citada esposa pudiese o tuviese que ser incapacitada, manifiesta su deseo de que sea dicho señor don Jesús... quien administre sus bienes”.

El registrador denegó la inscripción solicitada por no haberse tenido en cuenta la sustitución prevista y que, por ella, el heredero instituido es el sustituto (don Jesús...).

Una lectura detenida y reflexiva del testamento revela con claridad meridiana:

1.º Que en la fecha en que se otorga el testamento la instituida era capaz, puesto que en él se prevé una eventual declaración de incapacidad.

- *El testamento es de fecha 30 de enero del 2006;*
- *el testador fallece el 23 de septiembre siguiente;*
- *y la sentencia de incapacitación se dicta el 17 de mayo del 2007.*

2.º Que el nombrado sustituto se convierte en administrador de los bienes de la instituida si ella carece de las facultades físicas o intelectuales precisas. Y

3.º Que esta carencia de facultades y la declaración de incapacidad, aunque se mencionan de modo separado y como si fueran cosas distintas, están referidas tanto al caso de que sobrevengan antes de que la esposa herede, como después de haber heredado. (Y, por supuesto, a don Eugenio nunca se le ocurrió pensar siquiera en la indignidad de su esposa).

EN SUMA: que el testamento solo prevé la sustitución a favor de don J. M. para caso de premoriencia de la instituida. Y que no se produce –ni se puede producir, como ya se dijo– la sustitución por incapacidad porque la sentencia que declara constitutivamente

la incapacidad se refiere a la capacidad de obrar, al ejercicio de las facultades para regir por sí su persona y bienes.

Es decir, para algo que es ajeno por entero a su capacidad jurídica para adquirir por sucesión mortis causa.

La omisión de la palabra "incapacidad" no solo habría simplificado la redacción del testamento, sino que no hubiera creado la confusión que dio ocasión para que surgieran dos calificaciones registrales equivocadas. Y hubiera ahorrado a la Dirección General el trabajo de redactar la resolución que, digámoslo, sentó la buena doctrina y revocó la calificación del registrador declarando que heredaba la instituida, aunque la argumentación para ello pudo haber sido mucho más contundente.

El notario de Madrid PÉREZ HEREZA (36) aludió a esta resolución en un admirable artículo del que me permito discrepar en un solo punto, aquel en que quiere justificar el testamento controvertido con la alegación de que "al estar redactado por un perito en la materia, el Notario", "permite atribuir al término incapacidad el sentido técnico propio del Derecho sucesorio".

Con el máximo respeto, tanto para el autor como para el compañero autorizante del testamento, pienso exactamente lo contrario.

Que donde la pericia del notario debe manifestarse es, precisamente, en la redacción técnica del testamento. Y le obliga a abstenerse de usar términos equívocos, y sobre todo, a evitar el uso de los que sean inadecuados o improcedentes, como es el de "incapacidad", que no tiene cabida ni aplicación en nuestro Derecho sucesorio en el sentido de privación de la capacidad de suceder.

En tal sentido, la palabra "incapacidad" nunca debería emplearse en un testamento notarial. La idea a la que quiere responder, la idea de que alguien no pueda heredar (a un determinado causante) se expresa, como vamos a ver, con la voz "inidoneidad".

c) Concepto de inidoneidad. Sus clases

En Derecho hay innumerables ejemplos de personas capaces a las que, en algunos casos, no se les permite ciertos actos o negocios jurídicos cuando en ellos están interesadas algunas personas

(36) PÉREZ HEREZA, Juan: *El Notario del siglo XXI*. Núm. 27, septiembre-octubre 2009, pp. 204-209.

que se determinan. Basta leer el artículo 1459 para comprobar que hay compraventas prohibidas a ciertas personas diciendo de ellas que “no podrán adquirir por compraventa...”. Y, por supuesto, nadie piensa que por ello se les deba calificar de incapaces.

Pues bien, del mismo modo, hay en el Derecho sucesorio personas a las que se les impide suceder a un determinado causante. El obstáculo nace por causa de ciertos hechos que han afectado a la relación entre causante y posible sucesor y que la ley valora negativamente.

Unas veces porque constituyen una conducta antijurídica del eventual sucesor, que merece ser sancionada civilmente impidiendo que le suceda; otras porque ciertos hechos hacen dudar acerca de que el causante hubiera actuado con libertad absoluta al testar y prefiere excluir de la sucesión a quien resulta señalado por tales hechos.

Y denomino **inidoneidad** a la situación jurídica en que se halla la persona a la que la ley excluye de la sucesión de un determinado causante por las causas que ha prefijado taxativamente, aunque puedan ser de varia naturaleza, lo que repercutirá en sus efectos.

Nacen así dos clases de idoneidad, acogidas y reguladas en el Código aunque con otros nombres.

La primera de ellas, “*inidoneidad por comisión de actos antijurídicos*”, englobaría dos modalidades que existen en el Código, la que recibe el nombre de “incapacidades para suceder por causa de indignidad”, en el artículo 756 (37), y las que se enumeran en los artículos 852 al 855 (38), relativas a las “justas causas de desheredación”, respecto de los diversos legitimarios.

DÍAZ ALABART (39) destaca que la causa de indignidad, que debe ser alegada y probada, revela una conducta que el Código, por ser antijurídica, declara sancionable con la pérdida del derecho a suceder a un causante determinado, el que había sido objeto de dicha conducta. Y que se trata de una causa excluyente y no de incapacidad, aunque así lo diga el artículo 756.

(37) Su texto actual es el que recibió al ser reformado por la Ley 22/1978, de 26 de mayo.

(38) También han sido objeto de diversas reformas.

(39) DÍAZ ALABART, Silvia: *Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991. Tomo I, p. 1863.

Por añadidura, las dos se aplican a ambos cauces sucesorios y tienen la nota común de que las causas que les son de aplicación pueden ser remitidas o perdonadas por el causante ofendido, ya en testamento, ya en otro documento público, o ser objeto de reconciliación, tras de lo cual "dejan de surtir efecto" (artículos 757 y 856).

El sistema parece implicar una inútil redundancia, pero sin embargo, hay entre las causas de una y otra subclase ciertas diferencias –alguna de ellas de verdadera importancia–, de las que luego se hará mención.

La segunda clase, que la doctrina califica de "prohibiciones de suceder", es la *"inidoneidad en aras de la pureza testamentaria"*, por lo que no se da sino en el cauce testado, y no tiene otra razón de ser que la de impedir que sucedan al testador personas que tuvieran oportunidad de influir en la última voluntad del testador para procurarse un beneficio personal o de sus allegados.

El Código la establece a lo largo de varios artículos, 752 al 754 en especial, en los que se impide la sucesión de un testador concreto, al notario autorizante del testamento, a los testigos del mismo si era abierto, a quien le confesó en su última enfermedad y a tutores y curadores del testador, en ciertos casos. Y, desde luego, en modo alguno cabe pensar en el perdón o remisión por parte del testador (artículo 754).

Es la propia ley, sin embargo, la que evita caer en la exageración, y exceptúa en algunos casos a tutor o curador parientes del testador (753) o a los testigos del testamento abierto en los casos de legados de muebles o de escasa cuantía (682).

d) La sustitución por inidoneidad

Es evidente que en esta última clase de inidoneidad recién mencionada, la conocida como *"prohibiciones de suceder"*, no se puede hablar de sustitución vulgar.

Veamos las otras dos, las de indignidad y desheredación.

Conviene indicar, en cuanto a ellas, que el asesoramiento notarial debe incidir en la doble y típica situación de todo legitimario, la que cabe denominar "doble título sucesorio": la actual y efectiva de

quien tiene derecho a la legítima, establecido por la ley, y la futura y eventual, pero muy probable por razones familiares, de ser instituido heredero voluntario por el testador.

El testador quedará informado de que sus legitimarios, como cualquier otra persona, no tienen el menor derecho a ser sus herederos; aunque puedan llegar a serlo si los instituye, o cuando, aunque no los haya querido instituir en su testamento, sea este declarado ineficaz o cuando, por cualquier otra causa haya de ser abierta la sucesión intestada. Y que en el abintestato consiguiente podrían ser nombrados herederos, según su orden y grado.

da) Inidoneidad por indignidad

La originan las causas de indignidad, que se enumeran en el artículo 756, y se refieren tanto a la sucesión universal como a la singular o particular.

Basta solo una rápida lectura de tales causas para comprender que no hay testador capaz de imaginar que pueda incurrir en ellas la persona que ha elegido para que sea su heredero, por lo que la designación de sustituto se hace impensable. De hecho, nunca se da.

Únicamente cuando ya los hechos se han producido en la realidad y el autor de una de esas conductas antijurídicas está en una relación tan íntima con el testador como la de un legitimario, puede aquel plantear la cuestión al notario al que consulta.

En estos casos es cuando son de aplicación las causas de inidoneidad del artículo 756.

En cuanto a la *cualidad de heredero*, si existe alguna de tales causas en el momento de testar y el testador la conoce, puede remitirla e instituir heredero al legitimario.

Pero si no la remite, y ya que la misma le impide llegar a heredar, puede nombrarle un sustituto que lo haga en su lugar, en una sustitución normal, como las nacidas de los demás supuestos posibles.

Si no ha testado, el causante puede remitir las causas específicas de indignidad del artículo 756, pero habrá de hacerlo en documento público, conforme al 757. A falta de remisión, en la sucesión intestada su puesto corresponderá a sus hijos y descendientes por aplicación del artículo 929, y será su estirpe la que recibirá el oportuno nombramiento para heredar, aunque con los efectos del 926 en orden a la división de la herencia.

Si quien ha incurrido en la causa es un legitimario, pierde su idoneidad para heredar, pero también está en manos del testador la facultad de remitirla, con lo que el legitimario conservará su legítima. No cabe, pues, nombramiento de sustituto.

En la legítima del indigno no cabe la sustitución vulgar. Si la causa ha sido remitida, porque el legitimario continúa con su derecho a recibirla. Pero tampoco se le puede nombrar sustituto si la causa no se le remite, porque esa legítima que no puede heredar, pasa a sus hijos o descendientes por el mismo juego del artículo 929 que se dio en la herencia.

En realidad hay una atribución directa por la ley de la legítima del indigno a su estirpe, a los hijos o descendientes del indigno, cuya legítima se les atribuye directamente por la ley (artículo 929) a sus hijos y descendientes que, en su conjunto, como estirpe de aquel, se convierten en "legitimarios mediatos" (40), con los efectos que, en orden a la división de la herencia, señala el artículo 926.

En efecto, otra cosa será el contenido de esa legítima, porque en este caso, como en todos aquellos en que el Código entiende aplicable el que llama derecho de representación, es de rigor lo dispuesto en el artículo 926. Es decir, la estirpe, como tal, en su conjunto, no recibirá en la división de la herencia más de lo que su progenitor hubiera recibido por su legítima estricta, de haber podido heredar.

No obstante, en lo que atañe a la parte de legítima que es susceptible de disposición restringida, ha de entenderse que, por supuesto, como ya se dijo en el caso de la renuncia del mejorado, si este es indigno puede el testador nombrarle un sustituto hábil para recibir la mejora conforme al artículo 823.

db) Inidoneidad por desheredación

Las causas de desheredación se diferencian de las de indignidad:

- porque solo son aplicables en sede testamentaria,
- porque se han de hacer en testamento, con mención ex-

(40) Véase la nota 27.

presa de la “justa causa”, entre las correspondientes al tipo de legitimario de que se trata, sin que el testador deba probar su certeza, que solo con posterioridad será necesaria si no es consentida;

— y, sobre todo, porque *sus efectos se limitan a producir la privación de la legítima*, a la sucesión singular que supone, pero permitiendo al inculpado la sucesión universal en el abintestato que se abrirá si se frustra la institución de heredero contenida en el testamento o este hubiere carecido de ella.

Por supuesto, la sustitución vulgar que establezca será válida. Pero si un notario autoriza tal testamento, es prudente que el testador quede informado de que en el legitimario concurre un doble título sucesorio y de los efectos de dicha sustitución en caso de que el beneficiado renuncie a alguno de ellos.

Hemos de ver ahora la situación del instituido o nombrado que resulta inidóneo para suceder al causante porque concurre en él una causa de indignidad o porque ha sido justamente desheredado y los efectos de la sustitución que se hubiere previsto para tal caso.

Si el testador conoce la existencia de la *causa de indignidad* que afecta a su legitimario y no desea remitirla, la alegará en el testamento en todo caso, mencionando el número que le corresponda en el artículo 756. Y, si tal fuere su voluntad, podrá nombrarle un sustituto vulgar que, en consecuencia, estará en condiciones de adquirir la cualidad de heredero.

Si el testador aplica alguna de las justas *causas de desheredación* que están recogidas en los artículos 852 y siguientes para las distintas clases de legitimarios, lo que hace al alegarlas en su testamento es privar de su legítima a quien hubiere incurrido en ella, una vez sea probada o consentida. Y como se vio al tratar de la indignidad del legitimario, y por aplicación del mismo artículo 929, no puede caber la sustitución por la aparición de los legitimarios mediatos, los hijos o descendientes del desheredado.

Y, en mi opinión, en el caso de que conste que el legitimario incurrió en alguna de las causas del 756, que le vedan la cualidad de sucesor (universal o singular), debe ser válido el perdón que el testador otorgue en cuanto a la legítima, por su equivalencia con las causas de desheredación y que por ello, como en estas, el perdón habrá de concederse en testamento.

3.3.3. Premoriencia

Se van a distinguir aquí tres problemas: la premoriencia del instituido heredero, la del legitimario y la del instituido heredero fiduciario sin tener designado sustituto vulgar.

a) Del instituido heredero

En la práctica notarial es muy raro el testamento en el que no se prevea la sustitución en caso de premoriencia del instituido heredero, pues por lo común es el que preocupa siempre al testador. De no ser así, el notario se lo recordará. Y, por lo común, no suele presentar más problemas que el de la elección del sustituto o sustitutos.

Le es aplicable lo que en términos generales ha quedado expuesto.

El testador suele designar como sustitutos a los hijos o descendientes del instituido en previsión de su premoriencia. Y si careciere de ellos, es aconsejable que la sustitución se ordene a favor de los que el mismo haya nombrado herederos en su testamento o, en su caso, de los que se le nombraren en el procedimiento correspondiente de su abintestato.

b) Del legitimario

En la legítima del premuerto no cabe la sustitución vulgar ni aun en la forma limitada que se vio en los supuestos de renuncia y de inidoneidad.

La razón se halla en que la sustitución vulgar prevista para el caso de que el premuerto legitimario hubiese sido mejorado en el testamento, no procede aquí a consecuencia de que la estirpe del mejorado adquiere para cada uno de sus miembros la cualidad de legitimario y para todos el contenido económico de la legítima de su progenitor, incluida la mejora dispuesta a su favor.

c) Del instituido heredero fiduciario sin sustituto vulgar

Si el testador ha establecido una sustitución fideicomisaria y ha previsto una sustitución vulgar para el supuesto de la premoriencia del fiduciario, estamos en el supuesto normal, al que se aplicarán las reglas generales.

El problema surge cuando no se previó tal sustitución vulgar y el fiduciario premuere al causante.

Es una cuestión que se ha presentado con una relativa frecuencia práctica, que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia, y que se suele enfocar, con un cierto sentido gráfico, mediante la frase –que acaso presuponga una petición de principio– de “si la sustitución fideicomisaria implica o no la vulgar”.

Y puede ser el momento en que, en términos más amplios, convenga estudiar cualquier supuesto en el que el instituido heredero fiduciario, sobreviva o no al testador, fallezca sin llegar a adquirir la herencia fideicomitida, cualquiera que sea la causa a que se debiere.

Y, acaso, la ocasión de buscar un nuevo enfoque, un planteamiento diferente cuyo punto de partida puede consistir en una comparación entre ambas clases de sustitución, apoyada en la búsqueda de la voluntad del testador cuando las crea.

Esta diferencia se suele presentar en el sentido de que en la vulgar el sustituto solo sucederá si el instituido no sucede. Y en la fideicomisaria el sustituto (fideicomisario) sucederá después de que haya sucedido el instituido (fiduciario).

Creo que en términos generales y con intención descriptiva y pedagógica, es acertada esta distinción entre lo que es *alternativo* (en la vulgar, un heredero u otro) y lo que es *sucesivo* (en la fideicomisaria, un heredero después de otro).

Pero siempre que no se entienda en sentido absoluto ni se le dé valor esencial.

Porque la normalidad de lo alternativo se rompe en la vulgar cuando ni el instituido ni el sustituto llegan a suceder al causante. Y de igual modo quiebra la normalidad de la sucesión consecutiva en la fideicomisaria en el caso de que el instituido (fiduciario) no llegue a heredar.

Y en una sustitución vulgar, la circunstancia de que no lleguen a heredar ni el instituido ni el sustituto, no reviste la menor trascendencia en cuanto a la figura jurídica empleada. Sencillamente, no ha podido surtir sus naturales efectos. Y estos mismos se hubieran podido producir con normalidad por la simple previsión de nombrar más sustitutos.

En el caso de que se haya nombrado un sucesor que sea consecutivo (fideicomisario), ¿dejará el mismo de poder heredar por el solo hecho de que el instituido (fiduciario) no haya sucedido al causante?

Dicho de otro modo: la sucesión fideicomisaria, ¿está configurada como condicional en el sentido de que *el fideicomisario solo pueda heredar bajo la condición de que lo haya hecho antes el fiduciario?*

La respuesta ha de abrirse en una doble dirección, según se trate de la configuración legal de la figura o de la que le quiera dar la voluntad del testador.

a) La sustitución fideicomisaria en el Código

El texto literal del Código pudo apoyar la idea –y de hecho lo hizo durante generaciones– de que la sucesión del fideicomisario nacía de la propia entraña de la figura, pues su adquisición de la herencia era pura consecuencia de la obligación que se le imponía al fiduciario de transmitirle la herencia.

No hay inconveniente en reconocer que la frase del artículo 781 parecía centrar la idea de la sustitución fideicomisaria en que “se encarga al heredero [fiduciario] que conserve y transmita a un tercero [fideicomisario] el todo o parte de la herencia.

Y que la consecuencia natural era deducir que para que el fiduciario pudiera transmitir lo fideicomitido (“el todo o parte de la herencia”), tenía que haberlo heredado primero.

Hoy esta idea –periclitada– ha desaparecido de la doctrina y de la jurisprudencia, ante la realidad de que la sustitución fideicomisaria es, en el Código Civil también, una sucesión presidida por la idea de un orden sucesorio que fija el testador, de que unos herederos siguen a otro u otros, y de que todos heredan al testador y de él adquieren los bienes hereditarios, nunca de un heredero anterior que haya tenido que heredar para poder transmitírselos y que deba entregarlos. Ya no hay ni sombra de aquella pretendida obligación de transmitir.

Y así, LACRUZ (41) considera esencial en las sustituciones fideicomisarias la presencia del orden sucesivo, el doble o múltiple llamamiento, siendo fiduciario y fideicomisario sucesores directos del propio testador, de quien reciben los bienes a título universal, con lo cual asume la opinión que defendió OSSORIO y que puede considerarse ya generalizada.

Y cita la jurisprudencia (STS 3 marzo 1954) explicativa de que hay un único causante y que el fideicomisario le sucede aunque su

(41) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *loc. cit.*, p. 328.

derecho no se perfecciona sino cuando se extinga la vida del primer llamado, el fiduciario.

Desaparecida la obligación de transmitir, no hay exigencia legal alguna de que el fiduciario tenga que haber heredado para que pueda hacerlo después el fideicomisario (42).

Debe entenderse, por tanto, que en el régimen legal de la sustitución fideicomisaria la adquisición de la herencia en el momento en que le sea ofrecida al fideicomisario no está supeditada ni depende del hecho de que haya efectivamente heredado el fiduciario.

b) La sustitución fideicomisaria en la voluntad del testador

Puede asegurarse sin ninguna duda que el testador podría someter la sucesión del fideicomisario a la condición suspensiva de que haya heredado primero el fiduciario. Y, como toda condición, *sine qua non*.

Sería una sustitución fideicomisaria que nunca vi, de la que nunca tuve noticia y cuya motivación me resulta difícil imaginar.

Habría creado una sustitución fideicomisaria condicional, con la condición *si heres erit* (43), solo, exclusivamente para el supuesto de que el fiduciario haya heredado antes. Será una sustitución excepcional; posible pero anormal por completo, y de la que se puede afirmar, sin temer error, que es una idea que no responde a la previsible voluntad del testador.

Es razonable, sin embargo, que el testador nombre uno o más sustitutos para el fiduciario y que señale con toda normalidad el

(42) LASARTE, Carlos (*loc. cit.*, p. 123), aunque mantiene la terminología del Código y parece defenderla al seguir hablando de "obligación de entrega", no puede dejar de reconocer que el fideicomisario no es sucesor en sentido técnico del fiduciario, que la entrega de la herencia "ha de traducirse a términos puramente posesorios y, de añadidura, referidos a la posesión como hecho, pues la titularidad dominical y la posesión como derecho (es decir, la *posesión civilísima*) las habrá recibido el fideicomisario desde la desaparición del fiduciario, consecuencia de la delación de la herencia fideicomitada, que trae causa directa de la institución del fideicomisario."

(43) De este modo lo entiende también ALBALADEJO ("La sustitución vulgar". *Revista de Derecho Notarial*, núm. 7, 1955, p. 178, nota 112), para quien es indudable que el testador puede limitar la sustitución fideicomisaria al supuesto de que el fiduciario herede, condición *si heres erit*.

supuesto o supuestos en que operará la sustitución. Responde a la idea a que al principio se aludió, la idea de preferencia.

Pues bien, si el testador no la ha creado condicional *si heres erit*, ni tampoco –como podría– le ha nombrado un sustituto vulgar al fiduciario para alguno de los posibles supuestos en que no llegue a heredarle, negar la sucesión al fideicomisario es ir contra la voluntad del testador que, si bien lo pospuso respecto al fiduciario, le designó para que le sucediera, con preferencia frente a cualquier otra persona.

En el texto de la obra a que se refiere la anterior nota 36, y en la misma página, ALBALADEJO llega a la misma conclusión cuando dice que “evidentemente se puede afirmar no que la sustitución fideicomisaria encierra a la vulgar, sino que, siendo más amplia, comprende, como una parte de su propia estructura, el contenido de ésta”.

Y es que la referida *estructura* no es sino el juego de las preferencias latente en la naturaleza de las sustituciones, la misma que explica por qué se instituye heredero a una persona y no a otra. Sencillamente, porque el testador lo ha preferido así.

Y lo que no admite discusión es que el fideicomisario es un sustituto del fiduciario y en este sentido, creo que se impone ahora analizar cuál es el momento en que se le exige al fideicomisario la idoneidad para suceder.

Todo instituido o nombrado heredero ha de existir y ser idóneo para suceder al causante en el momento de la muerte de este, en que se abre para él la sucesión. El sustituto vulgar habrá de existir y ser idóneo en igual fecha si el supuesto ha sido la premoriencia o la indignidad. Y en los demás casos cuando se haya producido el hecho determinante de la sustitución, por ejemplo, la muerte del instituido sin haber aceptado ni repudiado.

En el caso de la sustitución fideicomisaria, es preciso recordar la importante discusión suscitada entre los autores del Código acerca de la admisibilidad de este tipo de sustitución.

Y que la valiente opinión afirmativa –contrariando la hostilidad demostrada en toda Europa– solo pudo triunfar cuando se logró el acuerdo imponiendo una drástica limitación de su eficacia en el tiempo. La temporalidad de las sustituciones fideicomisarias, su duración en el tiempo, se hace presente en el artículo 781 con la exigencia de que “no pasen del segundo grado o se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

Las discusiones surgidas en la interpretación de la frase relativa al segundo grado se zanjaron con la que hoy es opinión unánime: que puede haber un número ilimitado de sustitutos que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, pero que solo son posibles dos sustitutos que no vivan en tal momento.

La consecuencia es que varía de unos casos a otros la fecha en que el sustituto ha de existir y ser idóneo para suceder al causante.

Si el fiduciario ha premuerto al testador sin sustituto vulgar, el fideicomisario ha de existir y ser idóneo al tiempo de la muerte del causante. Pero si el fiduciario hubiere llegado a heredar, el fideicomisario deberá tener ambas cualidades cuando se extinga el derecho del fiduciario por la llegada del término final, por lo común a su muerte, que es cuando se abre para el fideicomisario la sucesión.

Lo que antecede se puede resumir con la opinión de LACRUZ (44) cuando concluye: "Por consiguiente, pueden ser llamados como sustitutos fideicomisarios no solo tantas personas vivientes a la apertura de la presucesión como se desee, sino, además, hasta dos, todavía no vivientes entonces, si bien es claro que cada una debe vivir ya al abrirse la postsucesión para ella".

Debe entenderse que cuando habla de "presucesión" se refiere a la apertura de la sucesión del causante, y cuando menciona la "postsucesión" habla de la apertura de la sucesión fideicomisaria al fallecimiento del fiduciario, que es el momento en que la sucesión del causante se abre para el fideicomisario –o, en general, para un ulterior fiduciario–, y también el momento en el que ha de gozar de idoneidad para sucederle.

3.3.4. Muerte sin haber optado

Atendida la idea del Código que parece vincular la sustitución con el hecho de que el instituido no pueda o no quiera aceptar, ningún testamento notarial debería omitir el añadido dedicado a concretar que se quiere la sustitución "incluso cuando fallezca el instituido sin haber aceptado ni repudiado".

(44) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *loc. cit.*, p. 380.

Es en realidad muy digno de ser señalado que la frase que se acaba de entrecomillar figura *literalmente* en el texto de un artículo, el 1006, del Código Civil, utilizado por la doctrina para cimentar el gigantesco edificio de la llamada sucesión por derecho de transmisión y que nunca ha merecido estudio ni referencia alguna al problema que estudiamos (45).

Creo muy recomendable que el notario advierta al testador la conveniencia de prever el nombramiento de un sustituto para aquel preciso supuesto. Y evitará los problemas que pueden surgir, según acabamos de ver, si la previsión fuera formulada en términos más vagos o con mayor similitud con la dicción del Código, como si hubiera dicho: "Y para el supuesto de que no me pueda heredar, será sustituido por...".

La fórmula, diferenciada y especial, debería adoptar unos términos. Por ejemplo:

"Caso de que el instituido falleciere después de la muerte del testador sin haber aceptado ni repudiado su herencia, será sustituido vulgarmente por..." (46).

El propio ALBALADEJO, en flagrante contradicción con su anterior tesis, lo admite lisa y llanamente, como lo más natural, al reconocer en su antes citada obra (página 165) que el testador puede disponer sustituto para el caso de que el instituido muera sin aceptar ni repudiar la herencia.

(45) Acometí la comprobación de si tal precepto era en verdad el fundamento del derecho de transmisión en un pequeño estudio que califiqué de "boceto polémico", y que bajo el título "El artículo 1006 y el llamado derecho de transmisión", se publicó en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 72 (octubre-diciembre 2009), pp. 199-252.

Y allí, de un modo indirecto y tratando de hallar qué fue lo que pudo motivar al legislador para incluirlo en el Código, llegué a la conclusión de que el artículo 1006 erigía una especie de sustitución vulgar de origen legal para el caso de que el *nombrado para ser heredero* (nunca el que ya ha llegado a serlo) hubiera fallecido en aquella citada situación, sin aceptar ni repudiar la herencia.

(46) Se evitaría de este modo la interpretación defendida por GARCÍA Y GARCÍA que se contiene en el texto *ut supra* en 1.5. Problemas que plantea el artículo 774 del CC, que motiva la nota 17.

Como ya se ha dicho, las personas que se designen como sustitutos del instituido, es decir, las que, en su defecto, se nombran eventuales herederos del causante, deberán ser designados con los mismos requisitos de todo instituido y, en su momento, habrán de reunir los que sean precisos para aceptar o repudiar.

Lo normal, en consecuencia, es que el testador designe sustitutos que prefiera, ya sea "a los hijos o descendientes del instituido", o "a su sobrina, doña... hija de su hermano don...", etc.

Pero también es posible la designación de los sustitutos en una cláusula del siguiente tenor:

"... será sustituido vulgarmente por las personas a quienes correspondería heredar al que aquí comparece si este testamento quedase parcialmente sin efecto conforme al artículo 912 del Código, es decir, por aquellos a los que correspondiese heredarle conforme a las normas que rigen la sucesión intestada, determinados y nombrados en el Auto judicial o en el acta de notoriedad que autorice el Notario requerido al efecto".

En este caso, los sustitutos son individualizados *per relationem* a través de lo que resulte del nombramiento en el auto del juez o en el acta de notoriedad.

En definitiva, no es otro que el sistema resultante del artículo 1006 en esa supuesta creación de una sustitución vulgar legal.

Sobre esta misma hipotética base, la colocación sistemática de la norma dentro del capítulo relativo a las disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, podría plantear el problema de la colisión entre tal norma y las previsiones testamentarias.

Si la cláusula no contempla el caso concreto o no está concebida con la necesaria amplitud, parece claro que debe imponerse y será de aplicación el artículo 1006 por el carácter imperativo que, indudablemente, revela su texto.

Pero la preferencia que el Código reconoce al testamento y el hecho de que la imperatividad del precepto no le eleva a la categoría de *ius cogens*, hace pensar que el conflicto no se puede dar y que ha de predominar la voluntad del testador y que serán sustitutos los que este haya nombrado.

TIPOS SOCIETARIOS ESPECÍFICAMENTE EUROPEOS

Ubaldo Nieto Carol

Notario

Resumen: A pesar de la importante actividad internacional de las sociedades, no existe un estatuto internacional al que estas puedan acogerse, de forma que, en cada caso, la sociedad, aunque su actividad trascienda las fronteras nacionales, debe ajustarse en su constitución a un concreto ordenamiento jurídico estatal.

Esta disociación entre el ámbito de actividad de las sociedades y su necesario encuadre jurídico en el ordenamiento de un Estado determinado, resulta especialmente inadecuada en el ámbito de la Unión Europea. La construcción de un espacio económico europeo se enfrenta con la dificultad de que las sociedades que operan en dicho mercado están conectadas con alguno de los Estados que forman la Comunidad Europea, pero no son, estrictamente, "sociedades europeas". Por ello, se han buscado tipos societarios específicamente europeos. Actualmente se encuentran reguladas en el Derecho Comunitario la Agrupación Europea de Interés Económico, la Sociedad Anónima Europea (*societas europaeae*) y la Sociedad Cooperativa Europea, y existen proyectos para regular la Sociedad Privada Europea.

El presente estudio analiza la regulación de estos tipos societarios recogida en diversos Reglamentos y Directivas Comunitarias y su normativa de desarrollo en nuestro Derecho interno, en unos casos, y su trasposición al mismo, en otros, haciendo una referencia previa al reconocimiento por un Estado de la personalidad jurídica de las sociedades constituidas con arreglo a otro Derecho.

TYPES OF COMPANIES SPECIFICALLY EUROPEAN

Abstract: Despite the high level of international corporate activity, there is no international statute to which companies can turn and, although their activities may go beyond national borders, each company has to adapt its incorporation to specific domestic laws.

This lack of connection between the area in which a company trades and its necessary adaptation to the laws of one specific State is particularly inappropriate in the European Union. The construction of a European economic area faces

the difficulty whereby companies operating on said market are connected to one of the States that make up the European Community, but they are not strictly "European trading companies". Consequently, efforts have been made to find types of companies that are specifically European. Community Law currently provides for the European Economic Interest Grouping, the European Public Limited Company (*societas europeae*) and the European Cooperative Society, and there are projects in progress for regulating the European Private Limited Company.

This study analyses how these types of companies are regulated in various Community Directives and Regulations, together with the corresponding consolidating legislation in our domestic law, in some cases, and their implementation in said law, in others. It also first of all examines how a State recognises the legal personality of a trading company incorporated under other laws.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
 - 1. La personalidad jurídica de las sociedades extranjeras
- II. AGRUPACIÓN EUROPEA DE INTERÉS ECONÓMICO
 - 1. Régimen jurídico
 - 2. Constitución y registro
 - 3. Capital y régimen de las participaciones
 - 4. Órganos sociales
 - 5. Disolución y liquidación
- III. SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA
 - 1. Régimen jurídico aplicable
 - 2. Forma de la SE
 - 3. Formas de constitución de la SE
 - 3.1. Constitución de una SE mediante fusión
 - 3.2. Creación de una SE *holding*
 - 3.3. Constitución de una SE filial
 - 3.4. Transformación de una sociedad anónima existente en SE
 - 4. Estructura de la SE
 - 4.1. Sistemas de administración
 - 4.1.1. Sistema dual
 - 4.1.2. Sistema monista
 - 4.1.3. Normas comunes a los sistemas monista y dual
 - 4.2. Junta general
 - 5. Cuentas anuales y cuentas consolidadas
 - 6. Disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos
 - 7. Implicación de los trabajadores en la SE
 - 7.1. Procedimiento de negociación
 - 7.2. Contenido del acuerdo

- 7.3. Disposiciones “de referencia”
- 7.4. Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas

IV. SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA (SCE)

- 1. Concepto y naturaleza
- 2. Régimen jurídico aplicable
- 3. Constitución
- 4. Capital de la SCE
- 5. Adquisición de la condición de socio
- 6. Órganos sociales
- 7. Emisión de títulos con privilegios especiales
- 8. Aplicación de los resultados
- 9. Cuentas anuales, cuentas consolidadas y auditoría de cuentas
- 10. Disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos
- 11. Implicación de los trabajadores en la SCE

V. SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA

- 1. Características y régimen jurídico de la SPE
- 2. Constitución de la SPE
- 3. Capital social y aportaciones sociales
- 4. Participaciones sociales
- 5. Organización de la SPE
- 6. Traslado del domicilio social de la SPE
- 7. Reestructuración, disolución y nulidad
- 8. Participación de los trabajadores

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

A pesar de la importante actividad internacional de las sociedades, no existe un estatuto internacional al que puedan acogerse, de forma que, en cada caso, la sociedad, aunque su actividad trascienda las fronteras nacionales, debe ajustarse en su constitución a un concreto ordenamiento jurídico estatal. Por ello, es considerada como una sociedad del Estado cuyo Derecho ha sido utilizado para su constitución.

Esta disociación entre el ámbito de actividad de las sociedades y su necesario encuadre jurídico en el ordenamiento de un Estado determinado, resulta especialmente inadecuada en el ámbito de la Unión Europea. La construcción de un espacio económico europeo se enfrenta con la dificultad de que las sociedades que operan en

dicho mercado están conectadas con alguno de los Estados que forman la Comunidad Europea, pero no son, estrictamente, "sociedades europeas". Por ello, se han buscado tipos societarios específicamente europeos. En esta línea encontramos la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), la Sociedad Anónima Europea (*societas europaeae* –SE–), la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) y, en el futuro, la Sociedad Privada Europea (SPE).

Antes de entrar en su estudio se hace necesario hacer una referencia al reconocimiento por un Estado de la personalidad jurídica de las sociedades constituidas con arreglo a otro Derecho, lo que nos conduce a la determinación de la *lex societatis*.

1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

En el Derecho comparado (1) hay dos grandes modelos básicos de determinación del Derecho que rige la sociedad o *lex societatis*. Los sistemas en los que tal Derecho es el del Estado en que se ha constituido la sociedad, es decir, el Derecho elegido para constituirla ("teoría de la constitución"), y los sistemas en los que tal Derecho rector es el del Estado en que se encuentra la sede real de la sociedad ("teoría de la sede").

En realidad no existe una oposición radical entre los dos sistemas. La sociedad se habrá constituido de acuerdo con un Derecho que podrá corresponder o no con el del Estado en el que se encuentre su sede real. En el primer supuesto, con arreglo a ambos sistemas el Derecho que regirá la vida social será el del Estado en el que se ha constituido la sociedad (en los que siguen la "teoría de la constitución" precisamente por esta razón y en los que siguen la "teoría de la sede" porque tal Derecho coincide con la sede real de la sociedad). Si no hay tal coincidencia, la personalidad jurídica de la entidad no será reconocida en aquellos Estados en los que siguen la "teoría de la sede", por lo que deja de tener sentido plantearse cuál es el Derecho rector de la sociedad; en los Estados en los que rige la teoría de la constitución se reconocerá la personalidad jurídica de la sociedad y la *lex societatis* será el Derecho de acuerdo con el cual se ha constituido la misma. En definitiva, en ningún caso se aplicará el Derecho de la sede real de

(1) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho de Los Negocios Internacionales*, Iustel, 2011, p. 179.

la sociedad para regirla si no coincide con el Derecho de acuerdo con el cual se ha constituido, por lo que podemos afirmar que el Derecho elegido para constituir la sociedad será con toda probabilidad el que en mayor medida regirá la vida social.

En el Derecho español, si acudimos a una interpretación conjunta de los artículos 15 del Código de Comercio (2), 28 del Código Civil (3) y 8 (4) y 9 (5) de la Ley de Sociedades de Capital, podríamos concluir que se reconocerá siempre la personalidad jurídica atribuida por el Derecho extranjero salvo que la sociedad tenga en España su administración central o su principal establecimiento o explotación. En estos supuestos debería constituirse como sociedad española y no sería posible reconocerla si lo ha hecho de acuerdo con el ordenamiento jurídico de otro Estado.

En los sistemas en los que se sigue la “teoría de la sede” no se reconoce la personalidad jurídica de las sociedades creadas de acuerdo con lo previsto en un Derecho diferente de aquel del Estado en que se encuentra la sede real de la sociedad, bien en todos los supuestos, bien solo en aquellos casos en los que la sede real se encuentre en el Estado en el que se pretende el reconocimiento de la persona jurídica.

Durante décadas esta limitación se aplicó dentro de la Unión Europea a sociedades creadas de acuerdo con el Derecho de otro Esta-

(2) Art. 15 Ccom: “Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación”.

(3) Art. 28 CC: “Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código”.

(4) Según el art. 8 LSC: “serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido”.

(5) El artículo 9 LSC establece que “las sociedades de capital fijarán su domicilio social dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su respectiva administración y dirección o en el que radique su principal establecimiento o explotación”. Y continúa diciendo que “las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”.

do miembro y ello pese a que el artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y, anteriormente, el artículo 58 del Tratado Constitutivo de la CEE, de 25 de marzo de 1957 (TCEE), preveía que las sociedades constituidas de acuerdo con lo previsto en el Derecho del Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentren en la Comunidad, gozaban del derecho de establecimiento al igual que las personas físicas nacionales de los otros Estados miembros. Pero, inicialmente, se mantuvo que esto no obligaba a los Estados miembros a reconocer la personalidad jurídica creada de acuerdo con lo establecido en el Derecho de otro Estado miembro.

Esta situación se vio alterada por la STJCE de 9 de marzo de 1999 (conocida como sentencia *Centros*) (6), en la que se mantenía que

(6) La sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999, dictada en el asunto “Centros”, se pronunció sobre la compatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento, dada la negativa de la autoridad competente danesa a inscribir la constitución de una sucursal en Dinamarca por parte de una sociedad inglesa. Para rechazar la inscripción, las autoridades danesas esgrimían que la sociedad no realizaba ninguna actividad comercial en Inglaterra, que sus fundadores eran daneses y que el único motivo por el que la sociedad se había constituido en Inglaterra era el de evitar la aplicación de las exigencias de la legislación danesa, específicamente en materia de capital mínimo. La falta de armonización sobre la materia no fue obstáculo para que el TJCE declarase incompatible con el TCE el rechazo de la inscripción. El Tribunal consideró que “los artículos 52 y 58 del Tratado CEE se oponen a que un Estado miembro deniegue la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social sin ejercer en él ninguna actividad comercial, cuando la sucursal está destinada a permitir que la sociedad controvertida ejerza toda su actividad en el Estado en que dicha sucursal se encontrará establecida, evitando que se cree en ésta una sociedad y eludiendo así la aplicación de las normas sobre constitución de sociedades, que son más rigurosas que en él en materia de desembolso de un capital social mínimo”.

En cuanto a la argumentación utilizada, el Tribunal pasó directamente a verificar dos elementos: si, ante la restricción a la libertad de establecimiento que supone negar la inscripción de la sucursal, es posible encontrar una eventual justificación; y si el comportamiento llevado a cabo por la sociedad podía ser considerado como abusivo o realizado en fraude de la ley nacional danesa. La respuesta negativa se impuso en ambos casos. Extrapolando esta solución, “Centros” ha dado pie a comenzar a hablar de la existencia de cierta “competencia entre ordenamientos” en la Unión Europea, y de la incompatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento

no era compatible con el artículo 48 TCE rechazar la inscripción de una sucursal en un Estado miembro de una sociedad constituida en otro Estado miembro, incluso aunque dicha sociedad desarrollase toda su actividad en el Estado de la sucursal, siendo completamente inactiva en el Estado de constitución.

Esta línea jurisprudencial fue continuada por otras importantes decisiones. La primera, la STJCE del cinco de noviembre de 2002 (*Überssring*), en la que estableció que era contrario al Derecho comunitario denegar el reconocimiento en Alemania de una sociedad constituida en los Países Bajos y que tenía su administración central en Alemania. Otra, la STJCE del 30 de septiembre de 2003 (*Inspire Art*), interpretó que no resultaba compatible con el Derecho comunitario imponer requisitos de publicidad adicionales a las sucursales en los Países Bajos de sociedades constituidas en el extranjero, pero que desarrollaban la práctica totalidad de su actividad en Holanda.

De acuerdo con esta nueva línea de interpretación del artículo 48 TCE, hoy artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los operadores jurídicos y económicos pueden elegir el Estado de constitución de la sociedad sin necesidad de que se presenten vínculos significativos con esta. La sociedad así constituida podrá operar en todos los Estados comunitarios sin que la falta de vínculos reales entre dicha sociedad y el Estado de constitución suponga la denegación del reconocimiento de su persona jurídica, por lo que podrán constituir sucursales en el resto de los Estados miembros.

II. AGRUPACIÓN EUROPEA DE INTERÉS ECONÓMICO

El primer tipo societario típicamente europeo se encuentra regulado en el Reglamento 2137/85/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una *Agrupación Europea de Interés Económico* (RAEIE). En el Derecho español su regulación se encuentra en el artículo 22 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (LAIE).

La AEIE es "una entidad con capacidad y personalidad propia, nacida de un contrato de agrupación, suscrito por diversas empre-

de sociedades de los modelos de determinación del Derecho aplicable a las sociedades basados en la sede real.

sas, cuya finalidad será facilitar o desarrollar la actividad de sus miembros en el mercado europeo". Esta figura es concebida como "una estructura societaria de carácter mercantil de tipo personalista, jurídicamente independiente de las empresas participantes" (7). La agrupación se distingue de una sociedad principalmente por su objetivo, que es únicamente el de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros para permitirles mejorar sus propios resultados. Debido a este carácter auxiliar, la actividad de la agrupación debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y no sustituir a esta, interpretándose la noción de actividad económica en su sentido más amplio.

1. RÉGIMEN JURÍDICO

Los que pretendan constituir una agrupación deberán celebrar un contrato y efectuar su registro, a partir del cual tendrá capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, celebrar contratos o llevar a cabo otros actos jurídicos. No obstante, tal como establece el RAEIE, los Estados miembros determinarán si las agrupaciones inscritas en sus registros tendrán o no personalidad jurídica. En España sí se les reconoce, en virtud del art. 22.1 de la LAIE.

La ley aplicable al contrato de agrupación, excepto para las cuestiones relativas al estado y a la capacidad de las personas jurídicas, así como al funcionamiento interno de la agrupación, será la ley interna del Estado de la sede establecida por el contrato de agrupación. Cuando un Estado englobe varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas aplicables a las materias vistas, cada unidad territorial será considerada como un Estado para la determinación de la ley aplicable.

2. CONSTITUCIÓN Y REGISTRO

Pueden ser miembros de la AEIE las sociedades, así como las entidades de Derecho público o privado constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro con sede en la

(7) PALAO MORENO, G.: "Dimensión internacional de las sociedades", en *Derecho del Comercio Internacional*, dirigido por Carlos Esplugues Mota, Tirant lo Blanch, 2011, p. 146.

Comunidad y las personas físicas que ejerzan una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola, de profesión liberal o de otros servicios en la Comunidad. Se exige que, al menos dos sociedades o entidades jurídicas cuya administración central se encuentre en Estados miembros diferentes, dos personas físicas ejerzan su actividad principal en Estados miembros diferentes o una sociedad u otra entidad jurídica y una persona física que tengan respectivamente una administración central y una actividad principal en un Estado miembro diferente.

La finalidad de la agrupación será facilitar y fomentar las actividades económicas de sus miembros mediante la unión de sus recursos, actividades y competencias. Dicha unión debe permitir la obtención de mejores resultados que los que sus miembros lograrían actuando de forma aislada. Su finalidad, por tanto, no es la obtención de beneficios para el grupo, aunque si los obtiene estos se repartirán entre los miembros, sino facilitar el desarrollo de las actividades de sus socios. Por eso, la actividad de la AEIE debe estar relacionada con las actividades económicas de sus miembros, sin que puedan llegar a sustituirlas.

La agrupación no puede:

a) ejercer, directa o indirectamente, el poder de dirección o de control de las actividades propias de sus miembros o de las actividades de otra empresa, en particular en los sectores relativos al personal, las finanzas y las inversiones;

b) poseer, directa o indirectamente, por cualquier título, ninguna participación o acción, en cualquier forma, en una empresa miembro; la posesión de participaciones o de acciones en otra empresa solo es posible en la medida en que es necesaria para alcanzar el objetivo de la agrupación y si tiene lugar por cuenta de sus miembros;

c) emplear más de quinientos asalariados;

d) ser utilizada por una sociedad para efectuar un préstamo a un directivo de una sociedad, o a cualquier otra persona relacionada con él, cuando tales préstamos estén sujetos a restricción o a control según las leyes de los Estados miembros aplicables a las sociedades; una agrupación tampoco debe utilizarse para la transferencia de un bien entre una sociedad y un directivo, o cualquier otra persona relacionada con él, excepto en la medida permitida por las leyes de los Estados miembros aplicables a las sociedades. A estos efectos, la noción préstamo engloba cualquier operación de efecto similar y el bien puede tener un carácter mobiliario o inmobiliario;

- e) ser miembro de otra agrupación europea de interés económico.

El contrato de la AEIE deberá especificar obligatoriamente la denominación, la sede y el objeto de la agrupación; el nombre y, en su caso, el número y el lugar de registro de cada uno de sus miembros, y la duración de la agrupación, si no es indefinida. Dicho contrato deberá depositarse en el registro que cada Estado miembro designe al efecto. La inscripción en el registro público de la documentación otorga plena capacidad jurídica a las AEIE en todo el territorio comunitario. La formación o la liquidación de una agrupación deben publicarse en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

El domicilio de una agrupación debe encontrarse dentro del territorio de la Comunidad. El propio contrato de agrupación habrá de establecer el Estado en donde se situará la sede de la AEIE, que deberá ser el país donde tiene su administración central, bien la AEIE o uno de sus miembros. En determinadas condiciones, dicho domicilio podrá ser transferido de un Estado miembro a otro.

La legislación de un Estado miembro podrá prever, en lo que se refiere a las agrupaciones registradas en ese Estado, que una transferencia de sede de la que resultaría un cambio de la ley aplicable, no surta efecto si, en el plazo de dos meses se opone una autoridad competente de dicho Estado. Esta oposición únicamente puede producirse por razones de interés público. Este es el caso español tal como se reconoce en el art. 22.2 de la LAIE, siendo esa autoridad el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, y el cómputo de dos meses se hace a partir de la publicación en el BORME del cambio de domicilio.

Los Estados miembros designarán el o los registros competentes para la inscripción de la AEIE y fijarán las condiciones en que se efectuará el depósito de los documentos que se exige en el mismo. Igualmente garantizarán que cualquier persona pueda tomar conocimiento en ese registro y obtener, incluso por correo, copia íntegra o parcial. Pueden prever el pago de los gastos relativos a las operaciones mencionadas pero el importe de estos gastos no podrá exceder del coste administrativo.

También se inscribirán en este registro:

- a) cualquier modificación del contrato de agrupación, incluido cualquier cambio en la composición de la agrupación;
- b) la creación y la supresión de cualquier establecimiento de la agrupación;

- c) la decisión judicial por la que se comprueba o declara la nulidad de la agrupación;
- d) el nombramiento del o de los administradores de la agrupación, su nombre y cualquier otra información de identidad exigida por la ley del Estado miembro en el que se halla el registro, la indicación de que pueden actuar solos o deben hacerlo conjuntamente, así como el cese en sus funciones;
- e) cualquier cesión por un miembro de su participación en la agrupación o de una fracción de esta;
- f) la decisión de los miembros por la que se declara o constata la disolución de la agrupación o la decisión judicial que declara esta disolución;
- g) el nombramiento del o de los liquidadores de la agrupación, su nombre y cualquier otra información de identidad exigida por la ley del Estado miembro en el que se halla el registro, así como el cese en sus funciones;
- h) el cierre de la liquidación de la agrupación;
- i) el proyecto de traslado de sede;
- j) la cláusula por la que se exonera a un nuevo miembro del pago de las deudas nacidas con anterioridad a su entrada.

Cualquier establecimiento de la agrupación situado en un Estado miembro diferente del de la sede, se registrará en este Estado. Para este registro, la agrupación depositará en el registro competente de este último una copia de los documentos cuyo depósito en el registro del Estado miembro de la sede sea obligatorio, acompañada si fuera preciso de una traducción elaborada de acuerdo con las prácticas del registro en el que el establecimiento está registrado.

3. CAPITAL Y RÉGIMEN DE LAS PARTICIPACIONES

Una AEIE no está obligada a constituirse con capital; sus miembros podrán emplear libremente métodos alternativos para la financiación de la agrupación, pero no puede recurrir públicamente al mercado de capitales.

Los miembros de la agrupación responden solidaria e indefinidamente de las deudas de cualquier clase de esta. La ley nacional puede determinar las consecuencias de esta responsabilidad. Hasta el cierre de la liquidación de la agrupación, los acreedores de esta solo podrán reclamar a un miembro el pago de las deudas después

de haber reclamado el pago a la agrupación y si este no se ha efectuado en un plazo suficiente.

Cualquier miembro de la agrupación podrá ceder su participación o una fracción de esta en la agrupación a otro miembro o a un tercero; el efecto de la cesión se subordinará a una autorización por unanimidad de los demás miembros.

Un miembro de la agrupación solo podrá utilizar su participación como garantía después de la autorización por unanimidad de los demás miembros, salvo disposición en contrario del contrato de agrupación. El titular de la garantía no podrá en ningún momento pasar a ser miembro de la agrupación basándose en esa garantía.

4. ÓRGANOS SOCIALES

Una AEIE debe contar, al menos, con dos órganos: sus miembros actuando de forma colegiada y el o los administradores.

Cada miembro dispondrá de un voto, si bien el contrato de agrupación podrá atribuir varios votos a algunos miembros, siempre que ninguno de ellos posea la mayoría de votos.

Para determinadas decisiones se requiere la unanimidad:

- a) modificar el objeto de la agrupación;
- b) modificar el número de votos atribuido a cada uno de ellos;
- c) modificar las condiciones de la toma de decisiones;
- d) prorrogar la duración de la agrupación más allá del período establecido en el contrato de agrupación;
- e) modificar la cuota de contribución de cada uno de los miembros o de algunos de ellos a la financiación de la agrupación;
- f) modificar cualquier otra obligación de un miembro, excepto si el contrato de agrupación prevé otra cosa;
- g) cualquier modificación del contrato de agrupación salvo que el contrato de agrupación prevea otra cosa.

En todos los demás casos, el contrato de agrupación puede determinar las condiciones de quórum y de mayoría en las que se tomarán las decisiones, o algunas de ellas. Si el contrato no dispone otra cosa, las decisiones se tomarán por unanimidad.

Por iniciativa de un administrador o a instancia de un miembro, el o los administradores deberán organizar la consulta de los miembros a fin de que estos últimos tomen una decisión.

La agrupación puede ser administrada por una o varias personas físicas nombradas en el contrato de agrupación o por decisión de los miembros. No podrán ser administradores de una agrupación las personas que en virtud de la ley que les es aplicable, o en virtud de la ley interna del Estado de la sede de la agrupación, o como consecuencia de una decisión judicial o administrativa pronunciada o reconocida de un Estado miembro, no puedan pertenecer al órgano de administración o de dirección de una sociedad, no puedan administrar una empresa o no puedan actuar en calidad de administrador de una agrupación europea de interés económico.

Un Estado miembro puede prever para las agrupaciones inscritas en sus registros que una persona jurídica pueda ser administrador, siempre que designe uno o varios representantes, personas físicas. Si un Estado miembro ejerce esta opción, debe prever que este o estos representantes serán responsables como si ellos mismos fueran administradores de la agrupación.

El contrato de agrupación o, en ausencia de este, una decisión unánime de los miembros, determinará las condiciones de nombramiento y de revocación del o de los administradores y fijará sus poderes. Únicamente el administrador o, si son varios, cada uno de los administradores, representa a la agrupación frente a terceros.

Cada uno de los administradores obliga a la agrupación ante terceros cuando actúa en nombre de la agrupación, incluso cuando los actos no forman parte de su objeto, a menos que la agrupación pruebe que el tercero sabía que el acto superaba los límites del objeto de la agrupación o no podía ignorarlo, habida cuenta de las circunstancias.

Cualquier limitación de los poderes del o de los administradores, derivada del contrato de agrupación o de una decisión de los miembros, no podrá oponerse a terceros, incluso si está publicada.

El contrato de agrupación podrá prever que la agrupación solo quede válidamente obligada por dos o varios administradores que actúen conjuntamente.

5. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Salvo disposición en contrario del contrato de agrupación, la AEIE continuará existiendo para los restantes miembros, después de que un miembro haya cesado de pertenecer a ella, en las condiciones

previstas por el contrato de agrupación o determinadas mediante decisión unánime de los miembros.

La agrupación puede ser disuelta por una decisión de sus miembros tomada por unanimidad, salvo disposición en contrario del contrato de agrupación.

La agrupación deberá ser disuelta por una decisión de sus miembros que declare la expiración del período fijado en el contrato de agrupación o la existencia de cualquier otra causa de disolución prevista en el contrato, o que declare la realización del objeto de la agrupación o la imposibilidad de conseguirlo. Si tres meses después de sobrevenir una de las situaciones vistas no se ha tomado la decisión de los miembros por la que se declara la disolución de la agrupación, cualquier miembro podrá pedir al juez que declare la disolución.

La agrupación también deberá disolverse por decisión de sus miembros o del miembro restante cuando solo quede uno.

A instancia de cualquier interesado o de una autoridad competente, el juez deberá declarar la disolución de una agrupación en caso de violación de alguna de las prohibiciones recogidas en el RAEIE (artículos 3, 12 y 31.3), a menos que sea posible una regularización de la situación de la agrupación y tenga lugar antes de que haya decidido sobre el fondo.

Cuando un miembro deja de pertenecer a la agrupación por un motivo diferente a la cesión de sus derechos, el valor de los derechos que le corresponden o de las obligaciones que le incumben, se determinará teniendo en cuenta el patrimonio de la agrupación tal como se presenta en el momento en que el miembro deja de pertenecer a ella. El valor de los derechos y obligaciones del miembro saliente no puede ser fijado a tanto alzado de forma anticipada.

Cualquier miembro que deje de pertenecer a la agrupación sigue siendo responsable de las deudas derivadas de la actividad de la agrupación anterior a su cese en su condición de miembro.

La disolución de la AEIE implica su liquidación. La liquidación de la agrupación y el cierre de la liquidación se registrarán por el Derecho nacional.

En cuanto a la insolvencia y el cese en los pagos, las AEIE se someterán a las disposiciones del Derecho nacional aplicable al Estado en el que tuviera su domicilio. La apertura de un procedimiento contra una agrupación debido a su insolvencia o al cese en sus pagos, no implica por sí misma la apertura de tal procedimiento contra los miembros de la agrupación.

III. SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

La realización del mercado interior implica, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción. Para ello es indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria, lo cual requiere que las empresas ya existentes de los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de concentración y fusión.

La realización de operaciones de reestructuración y de cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropezaba con dificultades, entre otros órdenes, en el jurídico. A pesar de las medidas de aproximación del Derecho de sociedades de los Estados miembros a través de las Directivas (8), las empresas sometidas a ordenamientos jurídicos diferentes se ven en la obligación de escoger una forma de sociedad regulada en un ordenamiento jurídico nacional determinado. El hecho de que el marco jurídico de las empresas europeas en la Comunidad siga siendo en gran parte nacional, lo que no se corresponde con el marco económico en que deben desarrollar sus actividades, entorpece de forma importante las operaciones de agrupamiento entre sociedades sometidas a las legislaciones de Estados miembros diferentes.

Resulta pues esencial establecer una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad. Y para ello es conveniente prever la constitución de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un Reglamento (9)

(8) Para un estudio pormenorizado de las directivas de armonización del Derecho europeo de sociedades, véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de Sociedades*, vol. I. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 176 y ss.

(9) El reglamento es un instrumento de aplicación directa en los Estados miembros de la Unión Europea, a diferencia de la directiva, que necesita norma nacional de incorporación para integrarse en los ordenamientos nacionales, para lo que se concede un plazo. Sin embargo, transcurrido el mismo sin que el Estado miembro haya cumplido con sus obligaciones, la directiva puede tener efecto directo, esto es, los derechos u obligaciones que en ella se contienen pueden ser invocados ante un juez por un particular frente a otro particular o frente a las Administraciones públicas. El

de Derecho comunitario directamente aplicable en todos los Estados miembros. Surge así el Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE), que entró en vigor el 8 de octubre de 2004.

Este Reglamento debe permitir la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea sin que los obstáculos que se derivan de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan dificultar tales operaciones. Se busca así que pueda constituirse una Sociedad Anónima Europea (SE) tanto para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o que creen una sociedad *holding*, como para que sociedades sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes puedan crear filiales comunes.

Por otra parte, la Directiva 2001/86 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DSE), establece las normas relativas a dicha participación y constituyen un complemento inseparable al Reglamento, de forma que deben aplicarse conjuntamente. Y ello hasta el punto que la entrada en vigor de este Reglamento se aplaza hasta que los Estados miembros puedan incorporar en su Derecho nacional las disposiciones de dicha Directiva. En España esto último ha tenido lugar a través de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

Si bien el estatuto de la SE en la versión finalmente aprobada del Reglamento ha quedado muy por debajo de su diseño originario (se pretendía convertirlo en el "buque insignia" del Derecho comunitario de sociedades y, como tal, en el modelo a seguir por los legisladores nacionales), es, en todo caso, un hito fundamental del Derecho europeo de sociedades y una de las piezas básicas del sistema vigente. Y ello porque la SE promueve la existencia de un marco jurídico que facilite la libertad de circulación y, sobre todo, la reestructuración y organización de las empresas en el mercado interior.

juez ante el que se invoquen tales derechos u obligaciones puede resolver aplicando directamente la directiva, con el que habría dotado a esta recurrentes de efecto directo.

Por otra parte, como señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (ob. cit., p. 1282), el Reglamento aparece en un momento histórico –comienzo del nuevo milenio– en el que “asistimos a una firme política de desregulación y simplificación legislativa, en un clima gobernado por la competencia entre ordenamientos nacionales, como corresponde a las concepciones liberales anglosajonas dominantes. Un modelo anclado por tanto en un sistema de mínimos, por lo que a la intervención comunitaria se refiere, remitiendo al libre juego del mercado y a la competencia entre legislaciones la tutela de los intereses de socios, acreedores y trabajadores... Estamos en presencia de una regulación escasamente imperativa, de carácter predominantemente supletorio, diseñada para evitar conflictos entre Estados miembros aunque sea a costa de un desdibujamiento imparable del tipo societario”.

1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La SE se registrará por lo dispuesto en el Reglamento 2157/2001 y, cuando este lo autorice expresamente, por las disposiciones de sus estatutos. En las materias no reguladas por este Reglamento o en las materias reguladas solo en parte, se registrarán por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros que se refieran específicamente a las SE, en su defecto, por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social y, en último extremo, por las disposiciones de los estatutos en las mismas condiciones que rijan a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a legislación de dicho Estado miembro.

Las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las SE deben ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas y la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación de dicho Estado. En todo caso las leyes nacionales aplicables a la actividad específica que desarrolle la SE les serán plenamente aplicables.

De esta forma adquiere una cierta trascendencia la regulación que de la SE hagan los Derechos nacionales y ello porque, de esta forma, se crea una competencia entre los Estados miembros de forma que la legislación específica que se adopte pueda hacer más o

menos atractivo el establecimiento de la sede social de una SE en su territorio.

Podría argumentarse que dos circunstancias minimizan la importancia de la normativa nacional: su carácter supletorio respecto de la norma comunitaria y la armonización del régimen jurídico de la sociedad anónima por parte de la Comunidad Europea.

Dado que solo en caso de laguna sería aplicable la legislación estatal, podría pensarse que el espacio dejado a la legislación de los Estados miembros es mínimo. Sin embargo, el RESE no agota el régimen jurídico de esta forma societaria incluso dejando sin regular diversos aspectos y, los regulados, no lo son de forma exhaustiva y son diversas las lagunas existentes y las remisiones a la legislación de los Estados miembros.

Por otra parte, la armonización del régimen jurídico de la sociedad anónima no elimina la posibilidad de competencia legislativa entre los Estados miembros en relación con la SE. Y ello porque el RESE deslegitima para adoptar normas específicas para la SE que se apliquen con preferencia a las que rigen para las sociedades anónimas. Por otra parte, esa armonización no es plena, existiendo temas importantes que han quedado, de momento, al margen, como sucede en algo tan importante como es el órgano de administración (proyecto de 5.^a Directiva). En fin, el instrumento normativo utilizado para armonizar el régimen de las sociedades anónimas ha sido la Directiva, que deja siempre margen de libertad a las legislaciones de los Estados.

A la vista de este sistema de fuentes, se puede concluir con FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (ob. cit., p. 1283) que la SE “no pasa de ser un híbrido comunitario-nacional sujeto a graves problemas de interpretación y aplicación normativas... la complejidad del sistema de fuentes comporta altos costes de regulación al pesar sobre el legislador nacional la tarea de ejecutar y en su caso completar el Reglamento Comunitario, una intervención legislativa difícilmente compatible con la progresiva desregulación comunitaria... Las incertidumbres que el estatuto de la SE plantea sólo desde su entrada en vigor son la peor credencial para su aplicación. Primero por la discutible calidad de este producto normativo... En segundo lugar y fundamentalmente por las propias limitaciones del modelo elaborado, una disciplina construida sobre tendencias y tradiciones dispares y en ocasiones contrapuestas”.

En España, la normativa específica que completa el RESE se introdujo a través de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre sociedad anónima europea domiciliada en España (10), que añadió un nuevo

(10) Como señala GORRIZ LÓPEZ, C. ("La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: luces y sombras de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre", en *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Atelier, 2010, pp. 79 y ss.), esta ley se caracteriza por su minimalismo probablemente debido al papel complementario que juegan los Derechos nacionales respecto de la norma comunitaria, habiéndose desaprovechado, a su juicio, una buena ocasión para disciplinar temas y aspectos carentes de regulación en el ordenamiento español, como sería el caso del modelo dual de administración.

Crítica, igualmente, su falta de precisión, de forma que en los casos en los que el legislador comunitario delega en el nacional la fijación de determinados plazos, el legislador español cumple con el cometido pero sin determinar el momento inicial del cómputo (por ejemplo, artículo 459 LSC). Igualmente adolece de falta de precisión cuando regula la oposición del Gobierno o de la autoridad de vigilancia al traslado de domicilio a otro Estado miembro, limitándose a decir que el acuerdo de oposición podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente pero sin concretar ni el órgano ni el tipo de recurso (artículo 464 LSC).

Otro de los aspectos criticables es la repetición de disposiciones, bien del RESE bien de la Ley de Sociedades Anónimas, hoy diríamos de la LSC. Así, el artículo 457 LSC ordena que se deposite en España el proyecto de constitución de la SE, disposición que parece superflua dado que el RESE ya exige ese depósito. O el artículo 467 LSC, que designa al registrador mercantil como la autoridad competente para nombrar al experto o expertos que deben elaborar el informe en el proceso de creación de una SE mediante fusión, ya que de no existir este precepto hubiera sido de aplicación el artículo 236 LSA, hoy artículo 34 de la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de sociedades mercantiles, de 3 de abril, que impone la misma norma.

También, siguiendo con la crítica, entiende que la legislación española ha adoptado decisiones discutibles. Una de ellas ha sido la legitimación para ejercitar el derecho de separación a los accionistas que hayan votado en contra del traslado del domicilio o del acuerdo de creación de una SE mediante fusión. Se discutió si debía restringirse ese derecho a los socios de las sociedades no cotizadas, optándose por concederlo a todas, cuando en estas últimas los accionistas pueden proteger sus intereses vendiendo sus acciones en el mercado secundario. Al concedérseles este derecho de separación a los accionistas de sociedades cotizadas se produce una sobreprotección perjudicial para el resto de los accionistas, ya que cuando se ejercite el derecho de separación la SE se verá obligada a reembolsarles el valor de las acciones y a reducir el capital social. Por otra parte, el legislador español ha hecho uso de la posibilidad que reconoce el RESE y le ha concedido al Gobierno y a la autoridad de vigilancia un derecho de oposición al traslado

capítulo (el XII) al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, concretamente los artículos 312 a 338. Hoy esta regulación

del domicilio de una SE a otro Estado miembro, así como a la participación de una sociedad española en la constitución de una SE mediante fusión (artículos 464 y 466 LSC). La justificación de estas medidas debe estar en la tutela de los intereses generales, si bien, no obstante, limita las libertades de establecimiento y de circulación de capitales y, consecuentemente, pueden restar atractivo al mercado español como emplazamiento para una SE. Por ello, algunos legisladores nacionales han rechazado ejercitar esa facultad que les reconoce el RESE. En todo caso, hubiera sido preferible que se hubieran fijado los criterios objetivos para determinar los intereses públicos cuya defensa justifica el veto del Gobierno o de la autoridad de vigilancia.

Pero también reconoce a la regulación española determinadas *virtudes*. Así, llena lagunas del RESE. Por ejemplo, el artículo 479 LSC, que supone una mejora respecto de la norma comunitaria, ya que esta omite por sistema la representación limitándose a atribuir a la dirección y el órgano de administración respectivamente la gestión de la SE pero sin decir nada de la representación. Y ello cuando esta constituye el reverso de la gestión y la Primera Directiva en materia de Derecho de Sociedades de 1968 vincula la representación con los administradores. Otro ejemplo es conferir a la Junta general la facultad de separar a los miembros del Consejo de control. El RESE le atribuye la facultad de nombrar a dichos miembros pero nada dice de la separación. También es de destacar el artículo 460 LSC, que se separa del artículo 64.2 RESE, de forma que los supuestos de discordancia entre domicilio registral y domicilio real, si no se regulariza en el plazo de un año, la SE debe disolverse, en lugar de hablar de liquidación como hace el Reglamento, ya que la disolución marca el inicio del proceso de extinción de la sociedad y precede a la liquidación.

Concluye este autor diciendo que “la legislación española de la SE presenta dos problemas que reducen el atractivo de nuestro territorio como sede para domiciliar la SE. El primero es la inseguridad jurídica que genera la parquedad en la regulación de algunos temas, combinado con la técnica remisora, y la imprecisión existente en determinados extremos... El segundo inconveniente es un gran proteccionismo. Por una parte, el derecho de separación que se otorga a los socios que hayan votado en contra del traslado de domicilio a otro Estado miembro y en contra de la participación de una sociedad española en la creación de una SE mediante fusión o de una SE holding no tiene en cuenta el carácter cotizado o no de la sociedad por otra parte, el legislador ha hecho uso de la facultad que le concede el Reglamento 2157/2001 en sus artículos 8.14 y 19. Por lo tanto, el gobierno y la autoridad de vigilancia correspondiente puede impedir que una SE domiciliada en España traslade su domicilio a otro Estado miembro y que una sociedad anónima española participe en la creación de una SE mediante fusión”.

se encuentra en la Ley de Sociedades de Capital, título XIII, artículos 455 a 494. La propia exposición de motivos de la Ley 19/2005 señala que se trata de una reforma legislativa modesta, poco ambiciosa, todo en buena medida debido a la propia orientación seguida por el Reglamento comunitario, en el que, junto a la normativa supranacional conviven, necesariamente, las normas legales aplicables en el Derecho interno.

2. FORMA DE LA SE

La SE tendrá personalidad jurídica propia. Deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Primera Directiva 68/151 del Consejo, de 9 de marzo de 1968, esto es, un registro central o bien un registro mercantil o registro de sociedades. No podrá registrarse ninguna SE salvo que haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la Directiva 2001/86 –que la Comisión negociadora haya decidido por mayoría no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores–, o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva 2001/1986 –seis meses desde la constitución de la Comisión negociadora o un año si se prorroga ese plazo de común acuerdo entre las partes– sin que se haya celebrado ningún acuerdo.

Los actos y datos relativos a la SE que deban hacerse públicos se publicarán de acuerdo con la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE. La inscripción y la baja de la SE se publicarán a título informativo en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* tras la publicación anterior. En este anuncio se indicará la denominación social, el número, la fecha y el lugar de la inscripción, la fecha, el lugar y el título de la publicación, el domicilio social y su sector de actividad.

Su *capital* se expresará en euros y no podrá ser inferior a 120.000 euros (11). Cuando la legislación de un Estado miembro fije un ca-

(11) Cada Estado miembro, mientras no le sea aplicable la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, podrá aplicar a las SE domiciliadas

pital suscrito superior para sociedades que ejerzan determinados tipos de actividad, dicha legislación se aplicará a las SE que tengan su domicilio social en dicho Estado miembro. El considerando 13.º del RESE señala que “para garantizar una dimensión razonable a este tipo de empresas, es conveniente fijar un capital mínimo que garantice que las sociedades disponen de un patrimonio suficiente, sin que por ello se pongan trabas a la constitución de SE por parte de pequeñas y medianas empresas (PYME)”. No obstante, la SE está pensada fundamentalmente para sociedades de grandes dimensiones. Como señalan ANSÓN y GUTIÉRREZ (12), el RESE “no quiere poner trabas a las PYMES, pero lo cierto es que no está pensando en ellas cuando despliega su régimen jurídico. Todos los trabajos preparatorios y el ambiente general que se respiraba en el Derecho de sociedades europeo anterior a la aprobación del RESE y de la DSE coinciden en considerar que el reglamento debería destinar sus esfuerzos a paliar los problemas legales de las sociedades grandes”.

El capital de la SE estará dividido en acciones y el accionista solo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito. El capital, su mantenimiento y sus modificaciones, así como sus acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, estarán regulados por las disposiciones que se apliquen a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la SE.

La SE deberá hacer constar delante o detrás de su *denominación social* las siglas “SE” y solo ellas podrán llevar dichas siglas en su denominación social.

El *domicilio social* de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad con el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar. El RESE se abona así

en su territorio las mismas disposiciones que se apliquen a las sociedades anónimas sometidas a su ordenamiento jurídico por lo que se refiere a la expresión de su capital. En todo caso, la SE también podrá expresar su capital en euros (artículo 67 RESE).

(12) ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C.: *La Sociedad Anónima Europea*, Bosch, 2004, p. 109.

a la denominada “teoría de la sede” (13), que es el sistema también seguido en el Derecho español (art. 9 LSC).

El domicilio social de la SE se podrá trasladar a otro Estado miembro y dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva personalidad jurídica. La SE deberá demostrar que respecto a cualquier obligación contraída con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, los intereses de los acreedores y titulares de otros derechos, incluidos los de organismos públicos, han quedado debidamente protegidos.

La inscripción del nuevo domicilio exigirá que un tribunal, un notario u otra autoridad competente del Estado miembro donde radique la SE cuyo domicilio se pretende trasladar expida un certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse antes del traslado, así como que se pruebe el cumplimiento de los trámites requeridos en el país del nuevo domicilio. El traslado no surtirá efecto hasta que haya quedado inscrito en el registro del nuevo domicilio. Una vez inscrito este registro enviará una notificación al registro del domicilio anterior.

Los Estados miembros podrán adoptar respecto a las SE registradas en su territorio disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado de domicilio. Este es el caso de España, que para las SE registradas en su territorio reconoce un derecho de separación a los accionistas que hayan votado en contra (art. 461 LSC).

La legislación de los Estados miembros podrá establecer respecto a las SE registradas en su territorio que un traslado de domicilio que suponga un cambio de la legislación aplicable no surta efecto si en el plazo de dos meses desde la publicación del proyecto de traslado la autoridad competente de dicho Estado miembro se opusiera a ello, lo que podrá hacer solo por razones de interés público. Cuando una SE esté supervisada por una autoridad financiera de control, el

(13) Así lo reconoce el considerando 27.º del RESE al decir: “habida cuenta del carácter específico y comunitario de la SE, el régimen de la sede real que el presente Reglamento establece para la SE se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros y no prejuzga de las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades”.

derecho de oponerse al cambio de domicilio se aplicará asimismo a dicha autoridad. Estas posibles oposiciones podrán recurrirse ante la autoridad judicial competente.

En el caso de las SE registradas en territorio español, el art. 464 LSC establece que dicho traslado no surtirá efecto si el Gobierno, a propuesta del ministro de Justicia o de la Comunidad Autónoma donde la SE tenga su domicilio social, se opone por razones de interés público. Esta oposición también podrá producirse por la autoridad de vigilancia a cuya supervisión esté sometida la SE.

Para ello, una vez que tenga efectuado el depósito del proyecto de traslado, el registrador mercantil, en el plazo de cinco días, comunicará al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social y, en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente, la presentación del citado proyecto. El acuerdo de oposición al traslado de domicilio habrá de formularse dentro del plazo de los dos meses siguientes a la publicación del proyecto de traslado. Dicho acuerdo podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente.

Se considerará que una SE que haya trasladado su domicilio social a otro Estado miembro, con respecto a cualquier reclamación que se suscitara con anterioridad a dicho traslado, que su administración central y su domicilio social está en el Estado miembro donde dicha SE estuviera registrada con anterioridad al traslado, aun cuando la demanda interpuesta sea posterior al mismo.

3. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA SE

El régimen jurídico de la SE se fundamenta en el “principio de acceso limitado al tipo social”, esto es, solo pueden crear SE sociedades ya constituidas y en funcionamiento en más de un Estado miembro (14). La Sociedad Europea podrá constituirse por cinco cauces; cuatro que podríamos llamar “originarios”, y que son: fusión, creación de una SE *holding*, de una SE filial y transformación de una sociedad anónima existente. El quinto se podría calificar de “derivativo”: creación de una SE filial íntegramente participada por una SE ya existente.

Estamos así ante una “sociedad derivada” o “de segundo grado”, de forma que las personas físicas no pueden constituirla y solo po-

(14) ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C.: ob. cit., p. 97.

drán hacerlo las jurídicas, a las que se les exigen determinadas condiciones tanto subjetivas como objetivas. Así, como veremos más adelante, el RESE requiere que los promotores tengan determinadas formas societarias, que varían en función de la vía elegida para constituir la SE, que se hayan constituido conforme a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio y administración central en la Comunidad. Además, también se exige la vinculación de los promotores con diversos Estados miembros, esto es, que tengan “dimensión europea” (15).

Nada dice el RESE, pero, como es obvio, cuando se vean afectadas sociedades cuyas acciones estén negociadas en mercados secundarios oficiales, habrá que estar a la normativa específica de estos: normas sobre las OPA, emisiones de valores y su admisión a cotización, etc.

Por otra parte, los Estados miembros podrán disponer que una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad, pueda participar en la constitución de una SE siempre y cuando esa sociedad esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro. Es el caso del ordenamiento español, que admite esta posibilidad en el artículo 465 LSC, presumiendo que existe vinculación efectiva cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones.

3.1. Constitución de una SE mediante fusión

Las sociedades anónimas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE mediante fusión, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes.

(15) En este sentido, el considerando 7.º del RESE señala: “Las disposiciones de un Reglamento de este tipo permitirán la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones”.

Podrá realizarse la fusión bien con arreglo al procedimiento de fusión por absorción (Tercera Directiva, 78/855 del Consejo, de nueve de octubre de 1978, art. 3, ap. 1), en cuyo caso la sociedad absorbente adoptará la forma de SE simultáneamente, o bien con arreglo al procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad (Tercera Directiva, art. 4, ap. 1) y, en este caso, la SE será la nueva sociedad.

En la legislación de los Estados miembros se podrá establecer que una sociedad sujeta a su ordenamiento jurídico no podrá participar en la constitución de una SE por medio de fusión en caso de que una autoridad competente en dicho Estado miembro se oponga a ello. Este es el caso de la legislación española, en la que esta posibilidad se regula en el artículo 466 LSC.

Los órganos de dirección o de administración de las sociedades que se fusionen elaborarán un proyecto de fusión cuyo contenido se regula en el artículo 20 del RESE y que deberá publicarse en el boletín oficial del Estado miembro donde esté registrada la sociedad de que se trate.

Como alternativa a los peritos que operan por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes (16) designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionan o la futura SE, podrá estudiar el proyecto de fusión y redactar un informe único destinado a la totalidad de los accionistas. Así, el caso de España, el registrador mercantil será la autoridad competente para designar uno o varios expertos independientes que elaboren ese informe único (artículo 467 LSC).

No obstante, cuando una sociedad que posea todas las acciones y demás títulos que confieran derecho de voto en la Junta general de otra sociedad, realice una fusión por absorción, no se requerirá establecer relación de canje de las acciones, forma de entrega de las acciones de la SE, ni fecha a partir de la cual esas acciones darán derecho a participar en los beneficios; tampoco se exigirá infor-

(16) Téngase en cuenta la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

me de peritos independientes. Y cuando una sociedad que posea el 90 % o más de los derechos de voto en la Junta general de otra sociedad lleve a cabo una fusión por absorción, solo se requerirán informes a cargo del órgano directivo o administrativo, informes de uno o más peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control en la medida que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o a las sociedades absorbidas.

La Junta general de cada una de las sociedades que se fusionen deberá aprobar el proyecto de fusión y podrán reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por esta de las disposiciones que así se determinen.

El ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté registrada cada una de las sociedades que se fusionen se aplicará en lo que se refiere a la protección de los intereses de los acreedores, de los obligacionistas y de los tenedores de títulos distintos de las acciones al que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionen. Por otra parte, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada de los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión. Este es el caso de España, donde se les reconoce el derecho de separación en el artículo 468 LSC.

El control de legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio. En cada uno de ellos un tribunal, un notario u otra autoridad competente expedirá un certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión. En España, esa autoridad será el registrador mercantil del domicilio social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 469 LSC. Para la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE, el control de legalidad de la fusión deberá ser efectuado por un tribunal, notario u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de la SE competente en materia de control de este aspecto de la realidad de la fusión de sociedades anónimas.

Cuando el ordenamiento jurídico del Estado miembro al que esté sujeta una sociedad que se fusione establezca un procedimiento para controlar y modificar la relación de canje de las acciones o un procedimiento para compensar a los accionistas minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión, tales procedimientos solo se apli-

carán cuando las demás sociedades participantes en la fusión, situadas en Estados miembros que no prevean tales procedimientos, acepten explícitamente al aprobar el resto de la fusión, la posibilidad de que los accionistas de dicha empresa que se fusiona recurra a tal procedimiento.

La fusión y la constitución simultánea de la SE surtirán efecto el día en que quede registrada. Se hará pública la realización de la fusión según los procedimientos que prevé la legislación de cada Estado miembro respecto de cada una de las sociedades que se fusionen.

La fusión por absorción producirá *ipso iure* la transmisión universal a la sociedad absorbente de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de cada sociedad absorbida; los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente; la sociedad absorbida dejará de existir y la sociedad absorbente se convertirá en SE. En los supuestos de fusión por creación de nueva sociedad se producirá la transmisión universal a la nueva SE de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las sociedades que se fusionen; los accionistas de dichas sociedades se convertirán en accionistas de la nueva SE y las sociedades que se fusionen dejarán de existir.

No obstante, cuando la legislación de un Estado miembro imponga trámites especiales para que la transmisión de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados bien por las sociedades que se fusionen, bien por la SE a partir del día en que tenga lugar su inscripción.

3.2. Creación de una SE *holding*

Las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE *holding* siempre que, al menos dos de ellas, estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o tengan una filial o una sucursal sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes. Las sociedades que promuevan la constitución de una SE de este tipo conservarán su personalidad jurídica.

Los órganos de dirección o administración de las sociedades que promuevan esta operación, redactarán un proyecto de constitución de la SE que incluirá un informe en el que se justifiquen y expliquen los aspectos jurídicos y económicos de la constitución, así como las consecuencias de la adopción de la forma de SE para los accionistas y para los trabajadores. También se fijará el porcentaje mínimo de las acciones o participaciones de cada una de las sociedades que promuevan la operación que deberán aportar los accionistas para constituir la SE y que deberá ser superior al 50 %.

Para cada una de las sociedades que promuevan la operación, el proyecto de constitución de SE se hará público según los procedimientos previstos por la legislación de cada Estado miembro. También será necesario que peritos independientes examinen el proyecto de constitución y elaboren un informe escrito destinado a los accionistas de cada una de las sociedades, si bien, previo acuerdo de las sociedades que promuevan la operación, uno o más peritos independientes, designados o autorizados por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del domicilio de las sociedades o del de la futura SE, podrán elaborar un informe escrito para los accionistas del conjunto de las sociedades.

El informe deberá indicar las dificultades especiales de evaluación y declarar si la relación de canje de acciones o de participaciones propuesta es pertinente y razonable y señalar también qué métodos se siguieron para su determinación y si dichos métodos son adecuados al caso concreto de que se trate.

El proyecto de constitución de la SE se someterá a la aprobación de la Junta general de cada una de las sociedades que promuevan la operación, que podrán reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por esta de las disposiciones que así se establezcan. En el caso de las SE con domicilio social en España, la Junta general no podrá reunirse antes de que haya transcurrido, al menos, el plazo de un mes desde la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* del depósito del proyecto de constitución (artículo 471 LSC).

Los accionistas o tenedores de participaciones de las sociedades que aprueban la operación dispondrán de un plazo de tres meses para comunicar a las sociedades promotoras su intención de aportar sus acciones o participaciones con vistas a la constitución de la SE, y recibirán acciones de la misma. La SE quedará constituida si, dentro

de ese plazo, se aporta un porcentaje mínimo fijado de conformidad con el proyecto de constitución y se cumplen todas las demás condiciones.

Los Estados miembros podrán adoptar disposiciones destinadas a garantizar la protección de los accionistas minoritarios que se opongan a la operación, de los acreedores y de los trabajadores. Para el caso de las sociedades con domicilio social en España promotoras de una *SE holding*, los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de constitución podrán separarse, conforme a lo dispuesto en la LSC para los casos de separación de socios (artículo 473).

3.3. Constitución de una SE filial

Las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o tengan una filial o una sucursal sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes.

Serán aplicables a las sociedades, empresas u otras entidades jurídicas que participen en la operación las disposiciones de Derecho nacional que regulen su participación en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima.

3.4. Transformación de una sociedad anónima existente en SE

Una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, podrá transformarse en una SE siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años. La transformación no producirá la disolución de la sociedad transformada y la creación de una nueva persona jurídica. El domicilio social de la SE no podrá trasladarse de un Estado miembro a otro con motivo de la transformación.

El órgano de dirección o de administración establecerá un proyecto de transformación y el informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y se indicarán las consecuencias que supondrá a los accionistas y a los trabajadores la adopción de la forma de SE. Dicho proyecto se hará público en la forma que establezca la legislación del correspondiente Estado miembro y ello al menos un mes antes del día en que la Junta general deba pronunciarse sobre la transformación.

Uno o más peritos independientes designados o autorizados por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del domicilio de la sociedad que se transforma en SE certificarán que la sociedad dispone de activos netos que corresponden, como mínimo, al capital aumentado con las reservas que la legislación o los estatutos no permitan distribuir.

La Junta general de la sociedad de que se trate aprobará el proyecto de transformación y los estatutos de la SE, acuerdo que deberá tomarse con arreglo a las disposiciones establecidas en la legislación nacional, que serán conformes con lo dispuesto en la Tercera Directiva sobre fusiones de sociedades anónimas (17).

Los Estados miembros podrán condicionar la transformación a una votación favorable, por mayoría cualificada o por unanimidad, celebrada en el órgano de la sociedad que debe transformarse en el que esté organizada la participación de los trabajadores.

4. ESTRUCTURA DE LA SE

La estructura orgánica de la SE ha sido, junto a la participación de los trabajadores, la cuestión que más controversia ha levantado

(17) El artículo 7 de la Directiva 78/855, de 9 octubre, establece que el acuerdo de fusión requerirá la mayoría que establezcan las legislaciones de los Estados miembros, que exigirán, al menos, una mayoría que no pueda ser inferior a los dos tercios de los votos relativos a los títulos representados o bien al capital suscrito representado. No obstante, la legislación de un Estado miembro podrá prever que, cuando la mitad al menos del capital suscrito esté representado, será suficiente una mayoría simple. Además, en su caso, se aplicarán las reglas relativas a la modificación de los estatutos. Cuando existan varias categorías de acciones, la decisión sobre la fusión estará subordinada a una votación por separado al menos para cada categoría de accionistas a cuyos derechos afecte la operación.

durante el largo proceso de elaboración del RESE y de la DSE. Como señalan ANSÓN y GUTIÉRREZ (18), las primeras propuestas del RESE, de 1970 y 1975, de clara inspiración germana, establecían la necesidad de hacer una distinción tajante, por un lado, entre las tareas de gestión corriente y representación y, por otro, las de control en el seno de la estructura orgánica de la SE, para que se optara por el sistema dualista de administración (establecido fundamentalmente en países como Alemania), en el cual se encargan estas funciones a diferentes órganos, frente a otras tradiciones nacionales que contemplaban el sistema monista de administración, con un solo órgano encargado de todas las funciones.

Esto tiene reflejo sobre la Junta general, ya que nuestro sistema jurídico siempre la ha considerado como el órgano supremo o soberano de la sociedad anónima, que nombra y cesa a los administradores y, además, los controla, pues a ella deben rendir cuentas. En el caso de la SE, esto sufre una variación, dado que el RESE admite en igualdad de rango dos sistemas de administración: el dual y el monista. El primero se estructura en dos órganos: el de dirección y el de control. Por tanto, parte de la facultad de vigilancia se traslada de la Junta al órgano de control. En el sistema monista, al no existir un órgano de control, esta facultad es propia de la Junta.

En la SE habrá una Junta general de accionistas y un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual) o bien un órgano de administración (sistema monista), según se establezca en sus estatutos.

4.1. Sistemas de administración

Se regulan dos posibles sistemas: el conocido como sistema monista, donde hay un órgano de administración que asume la gestión de la SE, y el denominado sistema dual, donde hay un órgano de dirección (*Supervisory Board, Conseil de surveillance*), que es el responsable de la gestión, y un órgano de control (*Board of management, Directoire*), que controla la gestión encomendada al órgano de dirección.

La cuestión de la estructura societaria está íntimamente conectada con la participación de los trabajadores en la sociedad. Como

(18) ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C.: ob. cit., p. 173.

señala ESTEBAN VELASCO, la materia de la implicación de los trabajadores solo es problemática en tanto en cuanto afecta a la estructura orgánica de la sociedad. "En la medida en que es relevante la forma jurídica de la empresa surgen los problemas de consenso por las diferencias entre los Estados miembros" (19).

La posibilidad de este doble sistema también crea problemas a los Estados que para las sociedades anónimas constituidas en su territorio siguen uno u otro sistema de administración y no solo en cuanto a la opción legislativa a seguir respecto a la SE, sino también en lo que significa respecto al replanteamiento del tema en su Derecho interno. No olvidemos que esta es una de las cuestiones que ha impedido la aprobación del proyecto de 5.^a Directiva en materia de órganos sociales, que data de 1983.

Esta cuestión se ha planteado en España y así se reconoce en la exposición de motivos de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, al decir que "uno de los problemas de mayor complejidad que planteaba al legislador español el Reglamento Comunitario ha sido el de si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España tenían que adoptar necesariamente el sistema monista de administración –que es el sistema tradicional de las sociedades anónimas españolas– o si, por el contrario, podían optar por el «sistema dual»... Al mismo tiempo, en el caso de que se reconociera esta posibilidad de opción, se creaba el problema de si debía ser específica de las sociedades anónimas europeas o si debía generalizarse a todas las sociedades anónimas que se constituyan en España, como incluso ya antes de la publicación del Reglamento, habían permitido otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno". La ley ha considerado que debe concederse la opción entre ambos sistemas a todas las sociedades anónimas europeas. "Sin embargo, respetando la solución tradicional del Derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción a todas las demás sociedades anónimas españolas, a la espera de que la práctica permita apreciar si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España prefieren el sistema monista o el sistema dual y, en este último caso, cuáles son los principales problemas operativos de este nuevo modelo de organización".

(19) ESTEBAN VELASCO, G.: "Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?", en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw Hill, p. 1683.

4.1.1. Sistema dual

En el sistema dual hay un órgano de dirección y un órgano de control. Cuando en un Estado miembro no esté previsto este sistema dual con relación a las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio, dicho Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas en relación con la SE. Este el caso de España, que, no obstante no reconocer este sistema para sus sociedades anónimas, sí ha adoptado las medidas oportunas para que sea aplicable a las SE con domicilio social en nuestro país.

Sin embargo, en la práctica, esto es más complicado de lo que parece. Si una SE con domicilio en España opta por el sistema dual se va a encontrar con un vacío legal en nuestra legislación de sociedades. Las disposiciones del RESE son poco precisas, porque presuponen un desarrollo normativo nacional en España inexistente respecto al sistema dual. Lo mismo ocurriría si una SE con domicilio en Alemania optase por el sistema monista.

El *órgano de dirección* será el responsable de la gestión de la SE. El miembro o los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control. No obstante, un Estado miembro podrá establecer o permitir que los estatutos puedan disponer que el miembro o los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Junta general en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio.

No podrá ejercerse simultáneamente la función de miembros del órgano de dirección y del órgano de control de la misma SE. No obstante, el órgano de vigilancia podrá, en caso de vacante, designar a uno de sus miembros para ejercer las funciones de miembro del órgano de dirección, y durante este período sus funciones en calidad de miembro del órgano de control quedarán en suspenso. Los Estados miembros podrán establecer una limitación temporal de este período. En el caso español ese plazo máximo es de un año (artículo 484 LSC).

Los estatutos de la SE fijarán un número de miembros del órgano de dirección o las formas para su determinación, si bien los Estados miembros podrán establecer un número mínimo, máximo o ambos. Así, la legislación española contenida en la LSC, que, tras decir que la gestión podrá confiarse a un solo director, a varios directores que actúen solidaria o conjuntamente o a un Consejo de dirección, es-

tablece que este estará formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete. Continúa diciendo que los estatutos de la sociedad, cuando no determinen el número concreto, establecerán el número máximo y el mínimo y las reglas para su determinación (artículos 480 a 482).

El *órgano de control* controlará la gestión encomendada al órgano de dirección y no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE. Sus miembros serán nombrados por la Junta general, si bien los miembros del primer órgano de control podrán designarse en los estatutos, que determinarán el número de miembros del mismo o las normas para su determinación, si bien la legislación de los Estados miembros podrá fijar un número mínimo, máximo o ambos. La legislación española, si bien sí ha determinado un número mínimo y uno máximo para el Consejo de dirección, no ha hecho lo propio con el Consejo de control.

El Consejo de dirección informará al órgano de control, como mínimo cada tres meses, acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible. Además, comunicará a su debido tiempo cualquier información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles en la situación de la SE. El órgano de control podrá pedir al órgano de dirección toda la información necesaria para el control que ejerce y podrá realizar o hacer que se realicen las comprobaciones necesarias.

El órgano de control elegirá entre sus miembros un presidente. En caso de que la mitad de los miembros hayan sido designados por los trabajadores, únicamente podrá ser elegido como presidente un miembro designado por la Junta general de accionistas.

4.1.2. Sistema monista

El órgano de administración asumirá la gestión de la SE. Cuando la legislación de un Estado miembro no establezca ninguna disposición sobre un sistema monista en relación con las sociedades anónimas que tengan su domicilio social dentro del territorio de dicho Estado, este podrá adoptar las medidas oportunas en relación con las SE. En definitiva, en aquellos Estados cuya legislación establezca con carácter general el sistema dual de administración para sus sociedades anónimas, podrían regular el sistema monista para las SE domiciliadas en su territorio.

Los estatutos sociales fijarán el número de miembros del órgano de administración o las normas para su determinación pudiendo cada Estado miembro fijar un número mínimo y, en su caso, un número máximo de miembros. No obstante, este órgano deberá constar de un mínimo de tres miembros cuando la participación de los trabajadores en la SE esté organizada de conformidad con la Directiva 2001/86/CE.

El miembro o los miembros del órgano de administración serán nombrados por la Junta general, si bien los miembros del primero podrán designarse en los estatutos.

El órgano de administración se reunirá como mínimo cada tres meses según una periodicidad fijada por los estatutos, para deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible. Cada miembro tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano.

4.1.3. Normas comunes a los sistemas monista y dual

Los miembros de los órganos serán nombrados por un período establecido en los estatutos que no podrá exceder de seis años. Salvo que los estatutos establezcan restricciones, los miembros podrán ser reelegidos una o más veces.

Los estatutos de la SE podrán estipular que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario. La sociedad o la entidad jurídica deberá designar a un representante, persona física, para el ejercicio de los poderes en el órgano de que se trate.

No podrán ser miembros de ninguno de los órganos vistos ni representantes de un miembro que sea sociedad o entidad jurídica aquellas personas que, de acuerdo con la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE, no puedan formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, ni aquellas que no puedan formar parte de tales órganos en virtud de resolución judicial o administrativa dictada en un Estado miembro.

Los estatutos de la SE podrán fijar condiciones particulares para ser elegido miembro en representación de los accionistas.

Los estatutos enumerarán las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista. Los Estados miembros podrán disponer que en el sistema dual el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones. Salvo los casos en que el RESE o los estatutos dispongan otra cosa, las normas internas relativas al quórum y a la toma de decisiones de los órganos de la SE serán los siguientes: respecto al quórum de asistencia, al menos la mitad de los miembros deberán estar presentes o representados; la toma de decisiones será por mayoría de los miembros presentes o representados. A falta de disposición estatutaria al respecto, el presidente de cada órgano tendrá voto de calidad en caso de empate. No obstante, no podrá existir ninguna disposición estatutaria en sentido contrario cuando la mitad del órgano de control esté compuesta por representantes de los trabajadores.

Los miembros del órgano de dirección, de control o de administración responderán del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de estos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones.

Nada dice el RESE respecto al poder de representación en uno y otro sistema de administración. Pero este trascendental tema queda resuelto en la LSC. Para el sistema monista, el art. 477 se remite a la regulación de los administradores para las sociedades anónimas en la propia Ley. Para el sistema dualista, el art. 479 LSC establece que "la gestión y la representación de la sociedad corresponden a la dirección" y que "cualquier limitación a las facultades de los directores de las sociedades anónimas europeas, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros". Concluye diciendo que "la titularidad y el ámbito del poder de representación de los directores se regirán conforme a lo dispuesto para los administradores en esta ley".

4.2. Junta general

La Junta general decidirá en aquellos asuntos respecto de los cuales se confieren competencias específicas en el Reglamento y en las disposiciones de la legislación del Estado miembro en que tenga

su domicilio social la SE. Decidirá, igualmente, en aquellos asuntos respecto de los cuales se confiera competencia a la Junta general de una sociedad anónima a la que se aplique el Derecho del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la SE, ya sea por aplicación de su legislación propia o de acuerdo con los estatutos sociales conforme a esta.

La organización y desarrollo de la Junta general, así como sus procedimientos de votación, se regirán por lo establecido en el Reglamento y, en su defecto, por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE.

La Junta general se reunirá, al menos, una vez cada año, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, excepto que la legislación del Estado miembro del domicilio social aplicable a las sociedades anónimas que ejerzan el mismo tipo de actividad en la SE establezca una frecuencia mayor. Se establece, pues, un requisito de periodicidad, no de contenido de los acuerdos a adoptar, aunque lo lógico sería que en esa Junta anual se aprueben las cuentas, la gestión social y la aplicación del resultado, correspondiéndose así con la "Junta general ordinaria" de nuestro ordenamiento interno.

Puede ser convocada en todo momento por el órgano de dirección, el órgano de administración, el de control o cualquier otro órgano o autoridad competente con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE. Estas podríamos calificarlas de "Juntas extraordinarias".

La convocatoria de la Junta general y la fijación del orden del día podrán ser solicitadas por uno o más accionistas que dispongan, en conjunto, de acciones que representen como mínimo el 10 % del capital suscrito (20), pudiendo los estatutos o la legislación nacional fijar un porcentaje inferior en las mismas condiciones aplicables a las sociedades anónimas. Si, formulada la solicitud, la Junta general no se reuniera a su debido tiempo y, en cualquier caso, dentro de un plazo máximo de dos meses, la autoridad judicial o administrativa competente del domicilio social de la SE podrá ordenar la convocatoria dentro de un plazo determinado o conceder autorización para convocarla a los accionistas que hayan formulado la solicitud, sin perjuicio

(20) En el caso de las sociedades anónimas españolas ese porcentaje es del 5 % (art. 168 LSC).

de las disposiciones nacionales que puedan establecer la posibilidad de que los propios accionistas convoquen la Junta general.

Igualmente, uno o más accionistas que posean, como mínimo, el 10 % del capital suscrito (21) de una SE podrán solicitar la inclusión de uno o más nuevos puntos en el orden del día de una Junta general. Como en el caso anterior, la legislación del Estado miembro del domicilio social o los estatutos de la SE podrán determinar un porcentaje inferior en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas.

Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos válidos emitidos salvo que el Reglamento o, en su defecto, la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE requiera una mayoría más amplia. No se contarán entre los votos emitidos los correspondientes a las acciones cuyos poseedores no hayan participado en la votación o se hayan abstenido, hayan votado en blanco o hayan emitido un voto nulo.

La modificación de los estatutos sociales requerirá un acuerdo adoptado por una mayoría que no podrá ser inferior a dos tercios de los votos emitidos salvo que la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE prevea o permita una mayoría más amplia. No obstante, un Estado miembro podrá disponer que, cuando esté representada la mitad por lo menos del capital suscrito, sea suficiente la mayoría simple de los votos.

Cuando existan varias categorías de acciones, cualquier decisión de la Junta general quedará supeditada a una votación por separado de cada una de las categorías de accionistas cuyos derechos específicos puedan ser perjudicados por dicha decisión.

5. CUENTAS ANUALES Y CUENTAS CONSOLIDADAS

En lo referente a la elaboración, al control y a la publicidad de las cuentas anuales y, en su caso, de las cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión, la SE se regirá por las normas aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social. Las SE que sean entidades de crédito o entidades financieras y las que sean compa-

(21) En el caso de las sociedades anónimas españolas ese porcentaje es del 5 % (art. 172 LSC).

ñas de seguros se registrarán por sus normas específicas establecidas en el Derecho del Estado miembro en el que tengan su domicilio social, en aplicación de las Directivas 2000/12/CE, de 20 de marzo de 2000, y en la Directiva 91/674/CE, de 19 de diciembre de 1991, respectivamente.

6. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN, INSOLVENCIA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

En lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, la SE estará sometida a las disposiciones legales aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Junta general.

Cuando una SE deje de cumplir la obligación de tener su administración central dentro de la Comunidad, el Estado miembro en el que tenga su domicilio social adoptará las medidas apropiadas para obligar a esta última a regularizar la situación en un plazo determinado, bien reimplantando su administración central en el Estado miembro del domicilio, bien trasladando el domicilio social mediante el procedimiento establecido en el propio Reglamento. Dicho Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se proceda a liquidar aquellas SE que no regularicen esta situación.

Cuando se compruebe que una SE tiene su administración central en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que está fijado su domicilio social, las autoridades de dicho Estado informarán de ello sin demora al Estado miembro en que se encuentre el domicilio social.

La apertura de un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia o suspensión de pagos, así como el cierre del mismo y la decisión de continuación de la actividad, serán objeto de publicidad en la forma dispuesta en las disposiciones de Derecho nacional competente en el territorio en el que esté ubicado el domicilio social de la SE.

7. IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE

Junto con el RESE y para fomentar los objetivos sociales de la Comunidad Europea, se han considerado necesarias disposiciones

en el ámbito de la implicación de los trabajadores encaminadas a garantizar que el establecimiento de las sociedades europeas viniera acompañado de normas sobre implicación de los trabajadores en ellas, sin reducción de los derechos y prácticas existentes en las empresas participantes en su constitución. Dichas disposiciones han sido adoptadas mediante Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, que es de aplicación no solo a los Estados miembros de la Unión Europea, sino también a los países del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein).

Son muchas las vicisitudes (22) que han seguido los estudios preparatorios para llegar al sistema de implicación de los trabajadores recogido en esta Directiva. El antecedente más importante lo encontramos en los estudios del Grupo de Expertos "European System Workers" bajo la dirección del vizconde Ettienne Davignon. Este grupo de trabajo, después de revisar los distintos sistemas nacionales de participación existentes en los diferentes Estados miembros de la Unión, llega a la conclusión de que son más las diferencias que los separan que las similitudes que los unen y que no es posible establecer un modelo válido de comparación para determinar cuál es el más adecuado. Por eso decide comenzar desde el principio y hacer tabla rasa de los proyectos existentes hasta la fecha empezando a construir un nuevo sistema sobre la base de dos grandes pilares: en primer lugar, se considera que la mejor solución para definir las modalidades de implicación de los trabajadores debía ser la vía de la negociación y la flexibilidad requerida por la diversidad de las empresas transnacionales, teniendo en cuenta las diferencias de cultura y de situaciones de cada Estado miembro y de cada empresa. En definitiva, se promueve la formalización de acuerdos "a medida" para cada SE en el marco de una total libertad concedida a las partes. A falta de acuerdo, unas disposiciones subsidiarias obligatorias, llamadas "de referencia", se aplicarían en relación a la información, consulta y participación y representación de los asalariados; en segundo lugar, se asienta la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores, que se eleva a categoría de principio fundamental con la finalidad de evitar que los fundadores de la SE

(22) CRESPO COLLADA, M. E.: "Directiva 2001/86 CE de participación de los trabajadores en la sociedad europea y su transposición". *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*. Volumen II (2010), p. 6.

tuvieran la tentación de constituir la con el objetivo de suprimir a los trabajadores de una sociedad hasta entonces nacional los derechos adquiridos. Este principio de conservación de los derechos adquiridos es el denominado "principio antes-después".

En efecto, esta Directiva está basada, prioritariamente, en la negociación colectiva y está articulada sobre el principio de conservación de los derechos adquiridos (el principio "antes-después"), que garantiza el mantenimiento de los derechos de participación de los trabajadores adquiridos "antes" de la constitución de la sociedad europea, y que dispone el deber de sus fundadores de establecer "después", tras su constitución, sistemas de participación de los trabajadores en la gestión que, al menos, respeten los anteriores.

Para ello, la Directiva reconoce los derechos de información y consulta, así como el derecho de participación de los trabajadores en los órganos sociales de la SE cuando existiera participación previa en las sociedades participantes en su constitución (tal como sucede en países como Alemania, Austria y los países nórdicos). Y, en el caso de falta de acuerdo, prevé disposiciones subsidiarias de aplicación obligatoria en lo relativo a los derechos de información y consulta y, en circunstancias tasadas, también a los derechos de participación.

Otro de los principios en los que se basa la Directiva es el de subsidiaridad, propio del Derecho comunitario en el ámbito de las competencias en materia laboral, habida cuenta la diversidad y variedad de los sistemas nacionales. Así, en el plano interno, no resulta de aplicación a todas las empresas de los Estados miembros, sino tan solo a las SE que tengan o vayan a tener su domicilio en uno de esos Estados, así como a los centros de trabajo de las sociedades anónimas europeas que tengan su domicilio en otro Estado miembro.

Esta subsidiaridad también se manifiesta en el respeto absoluto a la voluntad de las partes, de forma que es el acuerdo entre los órganos competentes de las sociedades participantes y los representantes de los trabajadores la forma prioritaria de determinar las normas que han de regir la información, la consulta y la participación de los trabajadores en la SE.

Se entiende por implicación de los trabajadores, la información, la consulta, la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que afecten a las empresas. Se considera *información* la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de repre-

sentación de los trabajadores o a los representantes trabajadores, de las informaciones relativas a aquellas cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otro Estado miembro, con un contenido que permita a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE.

Consulta es la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores, o los representantes de los trabajadores, y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido que permita a estos, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta a la hora de adoptar decisiones.

Se entiende por *participación* la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de estos en una sociedad mediante el derecho a elegir o designar a los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad o el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control.

Esta Directiva 2001/86/CEE (así como la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003, sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea) se transpone al Derecho español a través de la Ley 31/2006, de 18 octubre, sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas.

7.1. Procedimiento de negociación

La legislación aplicable al procedimiento de negociación, salvo disposición en contrario de la Directiva, será la del Estado miembro en el que la SE vaya a tener su sede registrada.

Una vez que se haya publicado el proyecto de constitución de la SE, los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes llevarán a cabo las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados. Nada dice la Directiva en cuanto al plazo, que sí determina la Ley 31/2006 y que fija en 45 días siguientes a dicha publicación.

Se procede a la constitución de una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados, cuyos miembros son elegidos o designados de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales y cuya composición se determina en la propia Directiva. Corresponde a esta comisión negociar con los órganos competentes de las sociedades participantes el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, para lo cual podrá estar asistida por expertos de su elección, por ejemplo, representantes de las organizaciones sindicales pertinentes a nivel europeo.

La comisión negociadora podrá decidir por mayoría de dos tercios de sus miembros, que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores.

Las negociaciones se iniciarán cuando se haya constituido la comisión negociadora y podrán proseguir durante los seis meses siguientes. Las partes podrán decidir de común acuerdo prolongar dichas negociaciones hasta un máximo de un año.

7.2. Contenido del acuerdo

Sin perjuicio de la autonomía de las partes, el acuerdo entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora establecerá:

- el ámbito de aplicación del acuerdo;
- la composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación, que será el interlocutor del órgano competente de la SE en lo referente a la información y consulta de los trabajadores,
- las atribuciones y el procedimiento previsto de información y consulta al órgano de representación;
- los recursos financieros y materiales que se asignarán al órgano de representación;
- en caso de que las partes decidan establecer uno o más pro-

cedimientos de información y de consulta en lugar de establecer un órgano de representación, las modalidades de aplicación de tales procedimientos;

— en caso de que las partes decidan establecer normas de participación, los aspectos sustanciales de dichas normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, así como los procedimientos para ello;

— la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación.

7.3. Disposiciones “de referencia”

Los Estados miembros deben establecer unas normas de referencia (disposiciones subsidiarias) sobre implicación de los trabajadores, que deben cumplir las disposiciones previstas en el anexo que se recoge en la propia Directiva y que se aplicarán cuando las partes de la negociación así lo decidan o cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo de negociación (seis meses, pudiendo prolongarse hasta un máximo de un año por acuerdo de las partes) y los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decida aceptar la aplicación de dichas disposiciones continuando con el procedimiento de registro, y la comisión negociadora no haya adoptado la decisión de no iniciar las negociaciones o terminar las ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores.

Así, para el caso de las SE con domicilio social en España, y de acuerdo con lo establecido en la Ley 31/2006, de 18 octubre, se constituirá un *órgano de representación de los trabajadores*, para lo cual el órgano competente de la SE se dirigirá a los de sus centros de trabajo y empresas filiales en los Estados miembros para que estos pongan en marcha, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, el procedimiento de elección o designación de los miembros del órgano.

La composición de este órgano de representación de los trabajadores, su renovación y el régimen de su funcionamiento están

regulados en la citada Ley 31/2006. Hay que destacar las competencias de este órgano de representación: tendrá derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten a la SE y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales; también tendrá derecho a mantener, al menos, una reunión anual con el órgano competente de la SE, sobre la base de informes periódicos elaborados por dicho órgano en relación con la evolución y las perspectivas de las actividades de la SE; deberá ser informado con la debida antelación de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, especialmente los casos de traslado, venta o cierre de centros de trabajo por empresas, o despidos colectivos; y, en fin, tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la SE, o con cualquier otro nivel de dirección más adecuado y con competencia para adoptar decisiones, para recibir la citada información y ser consultado sobre ella.

En los casos en los que las sociedades afectadas o participantes en la constitución de una SE tuvieran con anterioridad un sistema de participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control, se aplicarán las siguientes disposiciones subsidiarias:

- en el caso de una SE constituida por transformación, continuará siendo de aplicación el mismo sistema de participación de los trabajadores;
- en los casos de constitución por fusión, mediante creación de una sociedad *holding* o de una filial común, los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales, o sus órganos de representación, tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros de organización o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes antes de la inscripción de la SE.

El órgano de representación de los trabajadores de la SE decidirá sobre el reparto de los puestos que corresponden a los trabajadores en el órgano de administración o de control entre los representantes de los trabajadores de los diferentes Estados miembros, en función de la proporción de trabajadores empleados por la SE en cada uno de ellos. Del mismo modo decidirá, en su caso, sobre la forma

en que los trabajadores pueden recomendar el nombramiento de miembros de estos órganos u oponerse a él.

7.4. Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas

En cuanto a los centros de trabajo situados en España de las sociedades europeas y de sus empresas filiales o, en su caso, de las sociedades participantes en la constitución de la SE con domicilio social en cualquier Estado miembro, las remisiones a las legislaciones y prácticas nacionales contenidas en las disposiciones de los Estados miembros por las que se da cumplimiento a la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, la condición de representante de los trabajadores corresponde a las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal. Y ello en los términos que se reconocen en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1925, de 24 de marzo).

Los representantes que deban formar parte de la comisión negociadora y del órgano de representación serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. En todo caso, esa designación deberá hacerse de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en conjunto en los centros de trabajo.

En el caso de la comisión negociadora, la designación deberá recaer en un delegado de personal, miembro del comité de empresa o trabajador de cualquiera de las sociedades participantes y de sus centros de trabajo y empresas filiales afectados, o en un representante sindical miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal por representativa en el ámbito de las sociedades participantes.

En el caso del órgano de representación la designación deberá recaer en un trabajador de la SE o de sus centros de trabajo o empresas filiales que tenga la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

Estos mismos criterios serán igualmente de aplicación al procedimiento de designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control de la SE, cuando en virtud de lo dispuesto en la legislación aplicable corresponda a cada Estado miembro determinar la forma de elección o designación de los miembros que le correspondan.

IV. SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA (SCE)

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

Las cooperativas son agrupaciones de personas o entidades jurídicas que se rigen por principios de funcionamiento específicos distintos de los de otros agentes económicos, y entre los que destacan su estructura y gestión democráticas y la distribución equitativa del beneficio. Especial relevancia tiene el principio de primacía de la persona, que se refleja en disposiciones específicas relativas a las condiciones de adhesión, renuncia y exclusión de los socios y que se traduce en la regla “un hombre, un voto”, que vincula el derecho de voto a la persona. La cooperativa puede estar integrada, en su totalidad o en parte, por clientes, trabajadores o proveedores y solo en algunos casos pueden tener entre sus miembros un porcentaje determinado de socios inversores no usuarios o de terceros que se benefician de su actividad o realizan trabajos por cuenta de la cooperativa. Las cooperativas integradas por socios que son a su vez empresas cooperativas se denominan cooperativas secundarias o de segundo grado.

Como señala PASTOR SEMPERE (23), los primeros documentos sobre la Sociedad Cooperativa Europea surgen en la década de los setenta aunque es, realmente, en la década de los ochenta cuando desde los organismos comunitarios se comienza a tomar en consideración el fenómeno de las cooperativas.

La SCE, al igual que la sociedad europea, supone la creación *ex novo* de un tipo societario y, también aquí, el instrumento jurídico utilizado es el reglamento, que es directamente aplicable en los Estados miembros.

(23) PASTOR SEMPERE, C.: “La sociedad cooperativa europea domiciliada en España”. REVERSCO, núm. 97, Primer Cuatrimestre 2009, p. 117. Disponible en www.ucm.es/info/revesco.

La Comunidad, con el fin de respetar la igualdad de condiciones de la competencia y de contribuir a su desarrollo económico, ha querido dotar a las cooperativas, entidades comúnmente reconocidas en todos los Estados miembros, de instrumentos jurídicos adecuados que permitan facilitar el desarrollo de sus actividades transfronterizas. Y para ello será aprobado el Reglamento (CE) 1435/2003, de 22 de junio, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (RESCE). Este Reglamento se aplica desde el 18 de agosto de 2006.

La SCE tiene por objeto principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios, en particular mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza o haga ejercer la SCE. Podrá también tener por objeto la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento de su participación en actividades económicas en una o más SCE o sociedades cooperativas nacionales. Salvo disposición en contrario de los estatutos, no podrá admitir que terceros no socios se beneficien de sus actividades o participen en sus operaciones.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Las SCE se registrarán por lo dispuesto en el RESCE y cuando el mismo lo autorice expresamente, por las disposiciones de sus estatutos. Respecto a las materias no reguladas o reguladas solo en parte así como respecto de los aspectos no cubiertos por el RESCE, se registrarán por la legislación que adopten los Estados miembros que se refieran específicamente a las SCE, por las leyes de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a legislación del Estado en que la SCE tenga su domicilio social y, por último, por las disposiciones de los estatutos en las mismas condiciones que rijan para sociedades cooperativas con arreglo a la legislación del Estado en que la SCE tenga su domicilio social.

Esta aplicación supletoria del Derecho nacional, al igual que ocurre con la SE, "puede introducir elementos que permitan difuminar los contornos de esta sociedad de derecho comunitario, no pudiéndose garantizar el objetivo de una unificación jurídica en esta materia. Esta constatación se deriva de que el derecho supletorio difiere de un estado miembro a otro; consecuentemente, la identidad jurí-

dica entre las SCE pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos, tampoco queda plenamente garantizada" (24).

Como hace mención el propio considerando decimosexto de la exposición de motivos del RESCE, también se aplicarán las disposiciones del Derecho nacional de los Estados miembros en ámbitos no cubiertos por el Reglamento, como es el caso del Derecho fiscal. Esto es de especial trascendencia habida cuenta que en países latinos como Italia, Portugal y España existe un trato fiscal favorable para las cooperativas en cumplimiento del mandato de fomento de este tipo de sociedades que se impone para los poderes públicos por sus Constituciones. Ya existen resoluciones en la Comunidad que consideran que la fiscalidad de las cooperativas estaría provocando una distorsión sobre la competencia, porque las cooperativas son actores que están presentes en el mismo mercado que el resto de empresas y que debe considerarse como "ayuda de Estado", incompatible con el Tratado de la UE.

En el ámbito español, la aplicación subsidiaria del Derecho interno también plantea problemas, debido a la existencia de normas estatales y autonómicas en materia de cooperativas, y la aplicación de estas se asienta sobre el criterio de desarrollo de la actividad principal de la cooperativa en la mayoría de las normas (25). Esta complejidad no se acaba aquí, complicándose el tema de la publicidad con el sistema español de registros estatal y autonómicos.

Rige, como en el resto de los tipos societarios europeos, el principio de no discriminación, de forma que la SCE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad cooperativa constituida con arreglo a su legislación.

(24) PASTOR SEMPERE, ob. cit., p. 122.

(25) PASTOR SEMPERE (ob. cit., p. 127), citando a LAMBEA por el siguiente ejemplo: "una cooperativa domiciliada en Ávila, cuya actividad principal se desarrolla en Madrid y que accede a la condición de SCE, su situación sería la siguiente: mientras que en el ámbito nacional le sería aplicable la Ley de Cooperativas madrileña en razón de su actividad principal, en el ámbito europeo sería de aplicación el RESCE, la legislación estatal o autonómica que afecte expresamente a la SCE en lo regulado parcialmente o no regulado por el RESCE, las normas estatales o autonómicas en materia de Cooperativas en función del domicilio social (Castilla-León) como supletorio en algún caso y las normas nacionales o autonómicas que le afecten en función de la actividad".

En España, en aplicación del RESCE, se ha aprobado recientemente la Ley 3/2011, de 4 de marzo, que regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España.

La SCE tendrá *personalidad jurídica*, que adquirirá el día de su inscripción, su capital estará dividido en participaciones y el número de socios y el capital serán variables. Salvo que los estatutos dispongan otra cosa, cada socio solo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito.

Los fundadores elaborarán los *estatutos* de conformidad con las disposiciones previstas para la constitución de cooperativas sujetas a la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE, que deberán redactarse por escrito y llevar la firma de los fundadores. Los estatutos tendrán un contenido mínimo, recogido en el RESCE (artículo 5.4) (26).

La constitución de la SCE estará sometida a la legislación en materia de control preventivo aplicable en los Estados miembros donde la SCE tenga su domicilio social a las sociedades anónimas durante la fase de constitución, *mutatis mutandi*.

(26) En los estatutos se consignará por lo menos:

- la denominación social, precedida o seguida de las siglas "SCE", y, cuando proceda, la mención "limitada",
- el objeto social,
- el nombre de las personas físicas y la denominación social de las entidades que sean socios fundadores de la SCE, con indicación en este último caso del objeto y del domicilio social,
- el domicilio social de la SCE,
- las condiciones y procedimientos de admisión, exclusión y renuncia de los socios,
- los derechos y obligaciones de los socios y, en su caso, sus diferentes categorías, así como los derechos y obligaciones de cada categoría,
- el valor nominal de las participaciones suscritas, el importe del capital suscrito, en su caso, y la indicación de que el capital es variable,
- las normas específicas relativas a los excedentes que deban destinarse, en su caso, a la reserva legal,
- los poderes y competencias de los miembros de cada órgano de gobierno,
- las condiciones de designación y revocación de los miembros de los órganos de gobierno,
- las reglas de mayoría y quórum,
- la duración de la sociedad, si se trata de una sociedad de duración limitada.

Toda SCE deberá estar *registrada* en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de dicho Estado, de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas (en España, el Registro Mercantil que corresponda a su domicilio –artículos 3.1 y 3.3 de la Ley 3/2011–, siempre que su denominación no sea idéntica a la de la sociedad española preexistente –art. 3.4–). No podrá registrarse ninguna SCE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la Directiva 2003/72/CE –que la Comisión negociadora haya decidido por mayoría no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores–, o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de la anterior Directiva –seis meses desde la constitución de la Comisión negociadora o un año si se prorroga ese plazo de común acuerdo entre las partes– sin que se haya celebrado ningún acuerdo.

Los actos y datos relativos a la SCE que deban hacerse públicos se publicarán de acuerdo con la legislación del Estado miembro del domicilio social. La inscripción y la baja de la SCE se publicarán a título informativo en el *Diario Oficial de la Unión Europea* tras la publicación anterior. En este anuncio se indicará la denominación social, el número, la fecha y el lugar de la inscripción, la fecha, el lugar y el título de la publicación, el domicilio social y su sector de actividad.

Su *denominación social* irá precedida o seguida de las siglas SCE y cuando sus miembros tengan una responsabilidad limitada se añadirá la mención “limitada”.

El *domicilio social* deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados podrán imponer a las SCE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar (ese es el caso español, que lo ha dispuesto en el artículo 1.1 Ley 3/2011).

Su domicilio social podrá *trasladarse* a otro Estado miembro sin que ello implique la disolución de la SCE ni la creación de una nueva personalidad jurídica. El órgano de dirección o de administración deberá elaborar un proyecto de traslado y cuyo contenido se regula en el Reglamento, que será objeto de publicidad en la forma prevista por el

Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social. Igualmente, redactarán un informe en el que se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos del traslado así como sus efectos sobre el empleo y se expongan las consecuencias del mismo para los socios, los acreedores, los trabajadores y los titulares de otros derechos.

Cualquier socio que se haya pronunciado en la Asamblea general o en una Asamblea sectorial o de sección en contra del traslado del domicilio podrá presentar su renuncia en el plazo de dos meses a partir del acuerdo de la Asamblea general. La pérdida de la condición de socio surtirá efecto al final del ejercicio financiero en que se haya presentado la renuncia.

En el Estado miembro del domicilio social de la SCE un tribunal, un notario u otra autoridad competente expedirá un certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse antes del traslado (en España esa autoridad es el registrador mercantil, a tenor del artículo 4.2 Ley 3/2011). Antes de ello la SCE deberá demostrar que por lo que respecta a cualquier obligación contraída con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, los intereses de acreedores y titulares de otros derechos han quedado debidamente protegidos.

El traslado del domicilio social así como la correspondiente modificación de los estatutos surtirán efecto en la fecha en que la SCE se haya inscrito en el registro del nuevo domicilio. Dicha inscripción solo se producirá previa presentación del certificado antes mencionado así como de la prueba del cumplimiento de los trámites requeridos para el registro en el país del nuevo domicilio. A partir de la publicación de la nueva inscripción de la SCE, el nuevo domicilio surtirá efecto frente terceros. No obstante, hasta que no se publique la baja en el registro del anterior domicilio, los terceros podrán seguir prevaliéndose del domicilio antiguo salvo los casos en que la SCE demuestre que tenían conocimiento del nuevo domicilio.

La legislación de un Estado miembro podrá establecer en lo que respecta a las SCE registradas en su territorio, que un traslado del domicilio social que suponga un cambio de la legislación aplicable no surtirá efectos si, en el plazo dos meses, la autoridad competente de dicho Estado miembro se opusiera a ello, oposición que solo podrá producirse por razones de interés público. Igual posibilidad se reconoce a la autoridad nacional financiera de control en los supuestos que la SCE estuviera supervisada.

Este es el caso español, en el que, a tenor del artículo 5 de la Ley 3/2011, el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Trabajo e Inmigración, o del órgano que determine la Comunidad Autónoma competente, podrá oponerse por razones de interés público. Para ello, el registro mercantil, en el plazo de cinco días desde que se tenga por efectuado el depósito del proyecto de traslado, comunicará este a los órganos citados y, en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente, quienes deberán formular el acuerdo de oposición dentro del plazo de los dos meses siguientes a la publicación del proyecto de traslado. Dicho acuerdo podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente sin que la norma determine quién es esta ni el tipo de recurso ni el procedimiento a seguir.

Cuando la SCE se haya inscrito en el registro del nuevo domicilio, este enviará una notificación al registro del domicilio social anterior. La inscripción y la baja respectivas se publicarán en los Estados miembros correspondientes.

3. CONSTITUCIÓN

La SCE podrá constituirse:

- por un mínimo de cinco personas físicas que residan en, al menos, dos Estados miembros,

- por un mínimo de cinco personas físicas y sociedades así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de, al menos, dos Estados miembros,

- por sociedades y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y reguladas por el ordenamiento jurídico de, al menos, dos Estados miembros,

- por *fusión* de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad si, al menos dos de ellas, están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros,

- por *transformación* de una sociedad cooperativa constituida con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y la administración central en la Comunidad, siempre que

haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

Para los supuestos de constitución mediante fusión el RESCE regula el procedimiento, la ley aplicable, los motivos de oposición, las condiciones de la fusión, su publicación, el derecho de información de los socios, la exigencia de informe de expertos independientes, la aprobación de las condiciones de la fusión, el control de su legalidad, el registro de fusión, su publicación y sus efectos, en términos muy similares a los regulados para la SE en su Reglamento de 2001. Cabe decir lo mismo para la creación de una SCE por transformación de una cooperativa ya existente.

Al igual que se recoge en el RESE para este tipo de sociedades, los Estados miembros podrán disponer que una entidad jurídica que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la constitución de una SCE, siempre y cuando tal entidad jurídica esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro. Sin embargo, así como para la SE el Derecho español sí admite esta posibilidad (art. 465 LSC), no ocurre lo mismo para la SCE, ya que esta posibilidad no ha sido contemplada en la Ley 3/2011.

Salvo lo dispuesto en el RESCE, la constitución de una SCE se regirá por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado en que esta fije su domicilio social.

4. CAPITAL DE LA SCE

El capital de la SCE se expresará en la moneda nacional, y aquella cuyo domicilio social se encuentre fuera de la zona euro también podrá expresar su capital en euros. No podrá ser inferior a 30.000 euros salvo que la legislación de un Estado miembro fije un capital superior para entidades jurídicas que ejerzan determinados tipos de actividad, en cuyo caso le será de aplicación a las SCE.

Los estatutos fijarán una cantidad por debajo de la cual no podrá reducirse el capital suscrito debido al reembolso de las participaciones de los socios que dejen de formar parte de la SCE. Dicha cantidad no podrá ser inferior a los ya mencionados 30.000 euros. El capital podrá aumentarse mediante aportaciones sucesivas de

los socios o por admisión de nuevos socios y reducirse mediante reembolso total o parcial de las aportaciones, sin que dicha variación requiera modificación de los estatutos ni publicidad.

El capital suscrito de la SCE estará representado por las participaciones de los socios. Podrán emitirse distintas categorías de participaciones que confieran distintos derechos en lo que respecta a la distribución de resultados. Las participaciones serán obligatoriamente nominativas y el valor nominal de las de la misma categoría será idéntico, siendo este fijado en los estatutos, sin que en ningún caso puedan emitirse participaciones por un importe inferior a su valor nominal.

El capital solo podrá constituirse con activos susceptibles de valoración económica y las participaciones de los socios no podrán emitirse en contrapartida de compromisos contraídos en relación con la ejecución de obras o por la prestación de servicios.

Las participaciones en las que se divide el capital social serán obligatoriamente nominativas. Su valor nominal se fijará en los estatutos y será idéntico para las participaciones de la misma categoría. En ningún caso podrán emitirse participaciones por un importe inferior a dicho valor nominal.

Las participaciones emitidas como contrapartida de aportaciones dinerarias deberán hacerse efectivas como mínimo en un 25 % de su valor nominal en el momento de la suscripción, desembolsándose el resto en un plazo máximo de cinco años, salvo que los estatutos establezcan un plazo inferior. Las participaciones emitidas en contrapartida de aportaciones no dinerarias deberán abonarse totalmente en el momento de la suscripción. En materia de este tipo de aportaciones será de aplicación *mutatis mutandi* en lo que se refiere a la designación de expertos y a su valoración la legislación aplicable a las sociedades anónimas en los Estados miembros donde la SCE tenga su domicilio social.

Los estatutos fijarán el número mínimo de participaciones que deben suscribirse para acceder a la condición de socio. Si se prevé que la mayoría en las Asambleas generales se reserve a los socios que sean personas físicas y se establece una obligación de suscripción ligada a la capacitación de los socios en la actividad de la SCE, no podrán imponer para la adquisición de la condición de socio la suscripción de más de una participación.

Una resolución de la Asamblea general anual determinará el importe del capital al cierre del ejercicio y su variación en relación

con el ejercicio anterior. Esta acordará, en su caso, el aumento del capital suscrito por incorporación de todas o parte de las reservas distribuibles. Las nuevas participaciones corresponderán a los socios prorrateadas por las participaciones que ya dispusiesen en el capital.

El valor nominal de las participaciones podrá aumentarse agrupando participaciones emitidas y también podrá reducirse por división de las mismas.

En las condiciones que fijen los estatutos y con acuerdo de la Asamblea general o del órgano de dirección o de organización, las participaciones podrán transmitirse a un socio o a quienquiera que adquiera dicha condición.

Está prohibida la suscripción, compra y aceptación en garantía por parte de la SCE de sus propias participaciones, ya sea directamente o por medio de una persona que actúe en nombre propio pero por cuenta de la misma. Se exceptúa la aceptación de participaciones en garantía para las operaciones corrientes de las SCE que sean entidades de crédito.

5. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO

La adquisición de la condición de socio de la SCE está sujeta a la aprobación del órgano de dirección o de administración. Las decisiones de denegación pueden recurrirse ante la Asamblea general siguiente a la solicitud de admisión. Cuando la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permita, los estatutos podrán prever la admisión en calidad de socios inversores de personas que no tengan intención de utilizar o de producir los bienes y servicios de la SCE. En este último caso, la adquisición de la condición de socio estará sujeta a una votación de la Asamblea general o de cualquier otro órgano en el que la Asamblea general o los estatutos hayan delegado este cometido.

Se considera que los socios que sean entidades jurídicas tienen la condición de usuarios por representar a sus propios socios, siempre que aquellos de sus socios que sean personas físicas sean usuarios.

Los estatutos podrán subordinar la admisión a otras condiciones, en particular a la suscripción de un importe mínimo del capital así como al cumplimiento de determinadas condiciones relacionadas con el objeto de la sociedad cooperativa.

En el domicilio social de la SCE existirá un fichero de todos los socios, en el que constarán su dirección, el número y, en su caso, la

clase de participaciones que posee. Cualquier operación que tenga por efecto modificar la titularidad o la distribución del capital, por su aumento o reducción, se inscribirá en dicho fichero de socios en un plazo no superior al mes siguiente a la modificación.

La condición de socio se perderá por:

- renuncia con las condiciones y procedimiento recogidos en los estatutos, sin perjuicio de que pueda renunciar, en el plazo de dos meses, cualquier socio minoritario que se haya opuesto en la Asamblea general a una modificación de los estatutos que entrañe nuevas obligaciones en materia de aportaciones dinerarias u otras prestaciones, o que amplíe sustancialmente las obligaciones existentes para los socios, o que amplíe a más de cinco años el plazo de preaviso para la renuncia a la condición de socio de la SCE;

- expulsión, cuando el socio haya incumplido gravemente sus obligaciones o haya incurrido en actos contrarios a los intereses de la SCE, lo que se hará por decisión del órgano de administración o de dirección, previa audiencia del interesado que podrá recurrir contra esta decisión ante la Asamblea;

- cesión de todas las participaciones a un socio o a una persona física o entidad jurídica que adquiera la condición de socio, cuando así lo autoricen los estatutos;

- disolución en el caso de un socio que no sea persona física;

- quiebra;

- fallecimiento;

- y en los demás supuestos previstos en los estatutos o en la legislación sobre cooperativas del Estado miembro del domicilio social de la SCE.

La pérdida de la condición de socio dará derecho al reembolso de la parte del capital suscrito, deducida, en su caso, la parte proporcional de las pérdidas imputables al capital social.

6. ÓRGANOS SOCIALES

Los órganos sociales de la SCE son la Asamblea general y, bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos.

Pocas diferencias encontramos en cuanto a regulación de los sistemas monista y dualista en el RESCE respecto a la regulación de la SE en su Reglamento de 2001, aunque ahora esté un poco más desarrollada. En el sistema dualista se regulan de forma análoga las funciones del órgano de dirección y la designación de sus miembros, la presidencia y convocatoria del órgano de dirección, las funciones del órgano de control y la designación de sus miembros, la presidencia y convocatoria del órgano de control y su derecho de información. En cuanto al sistema monista, también se regulan de igual forma las funciones del órgano de administración y la designación de sus miembros, la periodicidad de sus reuniones y el derecho de información de sus miembros, la presidencia y la convocatoria del órgano de administración. Y como normas comunes la duración del mandato de los miembros de los órganos, que no podrá exceder de seis años, las condiciones de elegibilidad, las operaciones que pueden sujetarse a autorización, el quórum de asistencia y para la toma de decisiones, el deber de confidencialidad de los miembros y la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de la SCE.

Podemos concluir con FUENTES NAHARRO (27) que la fuerte influencia del régimen de la sociedad europea sobre el de la SCE se manifiesta de forma especialmente acusada cuando nos acercamos al estudio de sus órganos, cuyo diseño responde por completo a la estructura de una sociedad corporativa, aunque informada por los principios cooperativos. "Tal es así, que la mayor parte de los preceptos encargados de regular el régimen jurídico de su órgano de administración –o mejor dicho, de sus sistemas de administración– resultan ser una *transcripción casi literal* de los que regulan esa misma cuestión en la SE, atribuyendo así también el RSCE la opción estatutaria de optar por un sistema monista o dualista de administración societaria".

Sí encontramos una diferencia importante entre una y otra normativa que denota una mejor técnica legislativa en el RESCE. Nos referimos a la regulación del "poder de representación" y de la "responsabilidad de la SCE", lo cual no implica que sea distinto al de la SE, porque deriva de lo establecido en la Primera Directiva en materia de Derecho de sociedades, sino que el Reglamento que re-

(27) FUENTES NAHARRO, M.: "La función del órgano de control de una sociedad Cooperativa Europea Domiciliada En España". REVESCO 97, Primer Cuatrimestre 2009, p. 61, disponible en www.ucm.es/info/revesco.

gula el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 2001 no hacía referencia alguna a ese tema.

De acuerdo con el artículo 47 RESCE, cuando el ejercicio del poder de representación frente a terceros se confíe a más de un miembro, dichos miembros lo ejercerán colectivamente, salvo que el Derecho del Estado miembro del domicilio social de la SCE permita que los estatutos dispongan otra cosa, en cuyo caso esta cláusula será oponible frente a terceros cuando sea objeto de publicidad.

La SCE quedará obligada por los actos realizados por sus órganos, aun cuando tales actos no se correspondan con el objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos constituyan una extralimitación de los poderes que la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE confiere o permite conferir a dichos órganos. No obstante, los Estados miembros podrán establecer que la SCE no quede obligada cuando tales actos sobrepasen los límites de su objeto social, si esta prueba que el tercero sabía que el acto sobrepasa dicho objeto o, habida cuenta de las circunstancias, no podía ignorarlo, sin que la publicación de los estatutos constituya, por sí sola, una prueba.

Las limitaciones a los poderes de los órganos de la SCE resultantes de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes no se podrán oponer en ningún caso frente a terceros, aunque se hayan publicado. En este mismo sentido, el artículo 15.2 de la Ley 3/2011 establece que "cualquier limitación a las facultades de los directores de las sociedades cooperativas europeas, aunque se halle inscrita en el registro, será ineficaz frente a terceros".

También la regulación de la Asamblea general de la SCE es bastante similar a la Junta general de la SE. Así, en cuanto a la regulación de los asuntos respecto a los que decidirá la Asamblea general, las normas que regulan su desarrollo y convocatoria.

Al regular la convocatoria por una *minoría de socios* así como la inclusión de nuevos puntos en el orden del día, para la SCE se cuantifica tanto en número de socios, que deberá ser más de 5.000, como en porcentaje del total de votos, que deberá ser de, al menos, el 10 %. En ambos casos los estatutos pueden reducir estas magnitudes.

Se regula la forma y plazo de la convocatoria. Aquella se realizará mediante el envío de cualquier medio de comunicación escrito a todas las personas facultadas para participar en la Asamblea general. Dicha convocatoria podrá realizarse mediante publicación en el

boletín oficial interno de la SCE. Entre la fecha de envío de la convocatoria y la fecha de la primera reunión deberá mediar un plazo mínimo de 30 días. No obstante, el plazo podrá reducirse a 15 días en caso de urgencia.

Todos los socios tendrán derecho de asistir a la Asamblea general y participar con voz y voto. Podrán asistir sin derecho de voto los miembros de los órganos de la SCE, los tenedores de títulos distintos de las participaciones y de las obligaciones y, si lo permiten los estatutos, cualquier otra persona habilitada para ello por la legislación del Estado del domicilio de la SCE.

Por otra parte, las personas con derecho de voto podrán hacerse representar por un mandatario, con arreglo a las modalidades previstas en los estatutos, que fijarán el número máximo de poderes que puede recibir un mandatario. Los estatutos podrán autorizar el voto por correspondencia o el voto electrónico y fijarán sus modalidades.

Cada socio dispondrá de un voto, independientemente del número de participaciones que posea. Si lo permite la legislación del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social, los estatutos podrán estipular que el número de votos de un socio esté determinado por su participación en la actividad cooperativa por medios distintos de la aportación de capital. Los votos así atribuidos no podrán exceder de cinco por socio ni representar más del 30 % del total del derecho de voto.

Por lo que respecta a los derechos de voto que los estatutos puedan atribuir a los socios no usuarios (inversores), la SCE estará regulada por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio. Los derechos de voto del conjunto de los socios no usuarios no podrán exceder del 25 % del total de los derechos de voto.

Si la legislación del Estado miembro del domicilio social lo permite, los estatutos de la SCE podrán prever la participación de los representantes de los trabajadores en las Asambleas generales, sectoriales o de sección, siempre que dichos representantes no controlen, en conjunto, más del 15 % del total de los derechos de voto.

Cualquier socio que lo solicite en una Asamblea general tendrá derecho a que el órgano de dirección o de administración le facilite la información sobre las actividades de la SCE que se relacionen con los asuntos respecto a los cuales la Asamblea general puede adoptar

un acuerdo. Dicho órgano no podrá negarse a facilitar información, excepto cuando pueda causar un perjuicio grave a la SCE o sea incompatible con una obligación legal de secreto.

La Asamblea general decidirá por mayoría de los votos válidos emitidos por los socios presentes y representados. En todo caso, los estatutos fijarán las normas de quórum y de mayoría aplicables a las asambleas de las SCE. Si se contempla la posibilidad de que se admitan socios inversores (no usuarios), los estatutos deberán estipular también normas especiales de quórum respecto de los socios distintos de aquellos. Los Estados miembros podrán fijar libremente los requisitos mínimos de esas normas especiales de quórum para las SCE con domicilio social en su territorio. La legislación española específica nada regula a este respecto.

Se establecen normas especiales de quórum para algunos supuestos. Así, cuando la Asamblea general deba pronunciarse sobre una modificación de los estatutos, en primera convocatoria se requerirá que los socios presentes o representados constituyan como mínimo la mitad del número total de socios inscritos; en segunda convocatoria, no será necesario ningún quórum especial. Para la adopción de estos acuerdos se requerirá la mayoría de dos tercios de los votos válidamente emitidos, salvo que la legislación aplicable en el Estado miembro del domicilio social de la SCE exija una mayoría más elevada. Si bien la legislación española específica nada dispone a este respecto, el artículo 28 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, establece la posibilidad de que los estatutos puedan exigir mayorías superiores de la de dos tercios siempre y cuando no rebasen las cuatro quintas partes de los votos válidamente emitidos.

De cada reunión se levantará acta, que estará firmada por el presidente de la Asamblea y que contendrá, como mínimo, lugar y fecha, objeto de los acuerdos y resultados de las votaciones, adjuntándose al acta la lista de asistentes, los documentos relativos a la convocatoria y los informes presentados a los socios con los puntos del orden del día. Toda la documentación deberá conservarse como mínimo durante cinco años y proporcionarse gratuitamente a cualquier socio que solicite una copia, lo que será contra reembolso del coste administrativo.

Se recoge la posibilidad de que los estatutos regulen la existencia de *asambleas sectoriales o de sección*, lo que ocurrirá cuando

la SCE desarrolle varias actividades distintas, ejerza actividades en más de una unidad territorial o posea varios establecimientos o más de 500 socios, siempre y cuando lo permita la legislación del Estado del domicilio social. Los estatutos fijarán la división en sectores o secciones y el número de delegados correspondiente a cada uno.

Dichos delegados serán nombrados por un período máximo de cuatro años, salvo que se decida su revocación anticipada, y constituirán la Asamblea general de la SCE representando dentro de la misma a sus respectivos sectores o secciones, a los que informarán de los acuerdos de dicha Asamblea.

7. EMISIÓN DE TÍTULOS CON PRIVILEGIOS ESPECIALES

Los estatutos pueden prever la creación de títulos distintos de las participaciones o de las obligaciones que gozarán de los privilegios específicos establecidos en los estatutos o en las condiciones de emisión y cuyos tenedores no tengan derecho a voto. Podrán ser suscritos por socios o por cualquier otra persona distinta. Su valor nominal total no podrá superar la cifra que se fije en los estatutos.

Los estatutos podrán prever la reunión en Asamblea especial de los tenedores de estos títulos sin perjuicio de su derecho de asistir a la Asamblea general. La Asamblea especial podrá emitir un dictamen previo a cualquier decisión de la Asamblea general, en relación con los derechos e intereses de los tenedores de estos títulos, el cual, además de ser dado a conocer en la propia Asamblea general, constará en el acta de la misma.

8. APLICACIÓN DE LOS RESULTADOS

Los estatutos, sin perjuicio de las disposiciones obligatorias establecidas por las legislaciones nacionales, determinarán las reglas para el reparto de los excedentes, debiendo preverse que, antes de cualquier otra aplicación, una parte se destine a la constitución de una *reserva legal*. Hasta que esta reserva no alcance un importe igual al capital suscrito mínimo, esto es, 30.000 euros, se destinará a su constitución, como mínimo, el 15 % de los excedentes a fin de ejercicio, una vez reducidas las pérdidas arrastradas de ejercicios

anteriores. Los socios salientes no podrán alegar ningún derecho respecto a esta reserva.

Los estatutos podrán prever el pago de un “retorno” a los socios, en proporción a las operaciones que hayan realizado con la sociedad o a los servicios prestados a esta.

El saldo resultante tras la dotación de la reserva legal y las deducciones por constitución de otras reservas, incrementado con los remanentes de ejercicios anteriores o reducido con los traslados de pérdidas de dichos ejercicios y, deducidos los retornos, constituirá el excedente distribuible.

La Asamblea general que le corresponda decidir sobre las cuentas del ejercicio estará facultada para distribuir los excedentes en el orden y proporción que fijen los estatutos y, en particular, para constituir un nuevo remanente, dotar las reservas legales o estatutarias y remunerar los capitales desembolsados y los capitales asimilados, pudiéndose proceder al pago en metálico o por atribución de participaciones.

9. CUENTAS ANUALES, CUENTAS CONSOLIDADAS Y AUDITORÍA DE CUENTAS

En materia de cuentas anuales, en su caso, consolidadas, incluido el informe de gestión anejo a las mismas, su control y publicidad, la SCE estará sujeta a las disposiciones de la legislación del Estado miembro de su domicilio adoptadas en aplicación de las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE, sin perjuicio de que los Estados puedan prever modificaciones en la legislación nacional de desarrollo en esas Directivas a fin de recoger las particularidades de las cooperativas. La auditoría de las cuentas anuales y, en su caso, consolidadas, será efectuada por una o varias personas habilitadas al efecto en el Estado miembro que tenga su domicilio, de conformidad con las disposiciones adoptadas por dicho Estado en la aplicación de las Directivas 84/253/CEE y 89/48/CEE.

10. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN, INSOLVENCIA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

Para la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, la SCE estará sometida a las disposiciones

legales aplicables a las cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la SCE. A petición de cualquier persona que tenga un interés legítimo o de una autoridad competente, la autoridad judicial o cualquier autoridad administrativa competente del Estado miembro del domicilio social de la SCE deberá declarar la disolución de esta última cuando se compruebe que se ha infringido cualquiera de los requisitos necesarios para la constitución del capital suscrito mínimo o se haya infringido alguna norma de procedimiento o de legalidad de la constitución por fusión. No obstante, se podrá conceder un plazo para que se regularice esta situación. También será causa de disolución (el RESCE habla de liquidación, para lo cual es necesaria la previa disolución) el incumplimiento de la obligación de hacer coincidir la administración central con el domicilio social de la SCE y no se regularice esta situación en un plazo determinado.

El activo neto resultante de la liquidación, entendiendo por tal el que quede tras el pago de todos los importes adeudados a los acreedores y el reembolso de las aportaciones dinerarias de los socios, se adjudicará con arreglo al principio de adjudicación desinteresada o, cuando lo permita la legislación del Estado miembro del domicilio social, por un sistema alternativo estipulado en los estatutos.

11. IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SCE

Se encuentra regulada en la Directiva 2003/72/CEE, de 22 de junio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

Su estructura y contenido son análogos a los de la Directiva 2001/86/CE, que regula la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, salvo los artículos 8 y 9, que contemplan las peculiaridades de la Sociedad Cooperativa Europea. Precisamente por eso su transposición al Derecho español se ha producido de forma conjunta a través de la ya mencionada Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en sociedades anónimas y cooperativas europeas.

Para la SCE serán de aplicación las mismas normas vistas para la SE, pero en el caso de que una SCE esté constituida exclusivamen-

te por personas físicas o por una sola entidad jurídica y personas físicas, que dé empleo en su conjunto a menos de 50 trabajadores o que dé empleo a 50 o más trabajadores en un solo Estado miembro, la implicación de los trabajadores se regulará con arreglo a las siguientes disposiciones:

- en la propia SCE serán de aplicación las disposiciones del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social y que sean aplicables a las entidades del mismo tipo;
- en sus filiales y establecimientos, serán de aplicación las disposiciones del Estado miembro en que estén situados, que sean aplicables a las entidades del mismo tipo.

La otra particularidad en las SCE es la posible participación de los trabajadores y sus representantes en las Asambleas generales o, en su caso, asambleas de sección o sectoriales, con derecho a voto, lo que ocurrirá en las siguientes circunstancias:

1. Cuando las partes así lo decidan en el acuerdo que se concluya, en su caso, entre la comisión negociadora y el órgano de dirección o de administración de las entidades jurídicas participantes en la constitución de la SCE.
2. Cuando una cooperativa que se rija por este sistema de participación se transforme en una SCE.
3. En el caso de que una de las cooperativas participantes en la constitución de la SCE estuviera regida por un sistema de ese tipo y, además, se den las siguientes condiciones: –las partes no logren alcanzar ningún acuerdo en el plazo de negociación (seis meses, pudiendo prolongarse hasta un máximo de un año por acuerdo de las partes); –los órganos competentes de cada una de las entidades participantes decidan aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia y continuar con el procedimiento de registro de la SCE; –la comisión negociadora no haya adoptado la decisión de no iniciar las negociaciones o de terminar las ya iniciadas; –y la cooperativa participante que se rija por un sistema de participación lo sea en el porcentaje más elevado (derecho a elegir o designar miembros del órgano de dirección o de control).

V. SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA

En junio de 2008 vio la luz la Propuesta de Reglamento Europeo sobre el Estatuto Jurídico de la Sociedad Privada Europea (RESPE). Esta denominación, que traduce directamente las expresiones originales (*European Private Company* y *Société Privé Européen*), no es muy conforme con lo que realmente es e induce a error por el término “privada” como contraposición a “pública”. De hecho, algunos autores (28) han preferido utilizar la expresión “sociedad cerrada europea”.

Inicialmente este proyecto fue impulsado por una confederación empresarial francesa que, tras la reciente aprobación en ese país de la *Société per actions simplifiée*, planteó la conveniencia de buscar un tipo societario de similares características a nivel europeo. Hoy, como señala MIQUEL RODRÍGUEZ (29), la Sociedad Privada Europea (SPE) “sería un tipo societario indudablemente interesante para la articulación de colaboración interempresarial, como instrumento idóneo para la constitución de *joint ventures* (30) internacionales, en las que los socios, sean o no de países comunitarios, estarían sometidos a una regulación que podríamos calificar como neutral, sin producirse las desventajas que tiene en ocasiones para el socio

(28) ESTEBAN VELASCO, G.: “La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”. *Revista de Derecho de Sociedades*, 14 (2000), pp. 163 y ss. MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de armonización”, en *Noticias UE*, 210, pp. 65 y ss.

(29) MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “La propuesta de Reglamento (CE) sobre la Sociedad Privada Europea”, en *La internacionalización del Derecho de sociedades*. Atelier, 2010, p. 64.

(30) *Joint venture* significa, literalmente, “aventura conjunta”. Es un tipo de acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas jurídicas sin constituir necesariamente una entidad jurídica separada. También es conocido como “riesgo compartido” donde dos o más empresas se unen con un objetivo muy variado (producción de bienes o la prestación de servicios, búsqueda de nuevos mercados...). Se desarrollará durante un tiempo limitado, con la finalidad de obtener beneficios. Para la consecución del objetivo común, las distintas empresas hacen aportaciones de diversa índole (materias primas, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiación o *know-how*). Dicha alianza no implicará la pérdida de la identidad e individualidad de las empresas asociadas.

extranjero el sometimiento a la legislación del lugar del domicilio de la sociedad. Igualmente, es una figura interesante para los grupos de sociedades multinacionales, que podrían someter a sus filiales en el extranjero a un régimen unitario, o a los inversores externos de la UE que pretenden construir sociedades en diversos Estados miembros y pueden igualmente someterlas a una normativa homogénea”.

Como señala la propia propuesta de Reglamento, “se crea una nueva forma jurídica europea con vistas a facilitar el establecimiento y la actividad de las PYME en el mercado único y promover así su competitividad. Al mismo tiempo, el Estatuto podría beneficiar a empresas más grandes y grupos.

La propuesta de Estatuto de la SPE se adapta a las necesidades específicas de las PYME. Permite a los empresarios constituir una SPE con arreglo a unas normas de Derecho de sociedades sencillas, flexibles e idénticas en todos los Estados miembros”. También pretende “reducir los costes de cumplimiento de la normativa, en la creación y explotación de empresas, que se derivan de las disparidades entre normas nacionales tanto en lo referente a la constitución como al funcionamiento de las sociedades”.

1. CARACTERÍSTICAS Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SPE

La SPE es una sociedad con *personalidad jurídica* y un capital social. Los socios solo responden de sus deudas por el importe de capital que hayan suscrito. Es una sociedad *de tipo cerrado* y, por lo tanto, su capital social no puede ser objeto de oferta o negociación pública.

No existe restricción alguna para la *constitución de la SPE*. Puede ser creada por uno o más socios, que pueden ser personas físicas o sociedades que se ajusten a lo dispuesto en el artículo 48 del Tratado CE (31). Además, pueden también participar en la constitución

(31) “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

de una SPE una SE, una Sociedad Cooperativa Europea, una Agrupación Europea de Interés Económico u otra SPE.

En cuanto a su *régimen jurídico*, la Propuesta de Reglamento dispone que una SPE se registrará ante todo por las disposiciones del Reglamento directamente aplicables y de obligado cumplimiento. Estas normas facilitan la constitución de la SPE y garantizan su necesaria uniformidad en la UE. La Propuesta de Reglamento exige que determinadas materias, en particular la organización interna de la SPE, se regulen en la escritura de constitución [cuyo contenido mínimo se recoge en el anexo I (32)]. Con fines de flexibilidad, los socios pueden decidir libremente cómo regular tales cuestiones, quedando sujetos únicamente a las normas del Reglamento.

En aquellos aspectos a los que sea de aplicación el Estatuto de la SPE, el Derecho de sociedades nacional solo será pertinente cuando así lo especifique el Reglamento. Las disposiciones que deban o puedan incluirse en la escritura de constitución de conformidad con el anexo I no estarán sujetas al Derecho nacional. Las disposiciones del Reglamento y la lista de materias, contenida en el anexo I, que deben regularse en la escritura de constitución conforman el ámbito de las normas comunitarias. La propuesta no contiene disposiciones por defecto que se apliquen en el supuesto de que la escritura de constitución no regule las materias enumeradas en el anexo I. Sin embargo, la legislación nacional debe fijar las sanciones que corresponderán a tal omisión o a cualquier otra infracción del Reglamento.

Aquellos aspectos que no se contemplen en el Reglamento o en la escritura de constitución de la SPE se registrarán por la legislación nacional. Este es el caso, en particular, de las materias no mencionadas en el anexo I o que pertenezcan a ámbitos distintos del Derecho de sociedades propiamente dicho (por ejemplo, Derecho laboral, fiscal o concursal). La legislación aplicable será la que rija para las sociedades de responsabilidad limitada en el Estado miembro en

(32) Se incluye en esta regulación mínima: las referencias a la constitución de la SPE: denominación, el nombre y dirección de los socios fundadores y el valor nominal de las participaciones, capital inicial; el régimen de las participaciones sociales: posibilidad de subdividirlas, derechos y obligaciones inherentes, restricciones a su cesión...; la regulación del capital: las aportaciones sociales, la posibilidad de dividendos a cuenta...; la organización de la SPE: método de adopción de las resoluciones de los socios, quórum y mayorías para adoptar acuerdos...

que la SPE esté domiciliada, incluidas, obviamente, las disposiciones de incorporación del Derecho comunitario.

Los Estados miembros notificarán la denominación de la correspondiente forma de sociedad a la Comisión.

2. CONSTITUCIÓN DE LA SPE

El Reglamento no restringe la manera en que podrá crearse una SPE. Puede crearse *ex nihilo*, o también por transformación o escisión de una sociedad existente o por fusión de varias sociedades existentes. Cualquier forma de sociedad contemplada en la legislación nacional (sociedad anónima o de responsabilidad limitada, con o sin personalidad jurídica) puede convertirse en SPE, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional. Pueden participar, asimismo, en la creación de una SPE una SE u otra SPE.

En la versión de propuesta presentada en junio de 2008 se daba a entender que era factible crear una SPE de ámbito estrictamente nacional, pero el Parlamento Europeo mostró una clara preocupación por los riesgos de que con este tipo societario se tratara de eludir determinadas normas nacionales, de modo que en su propuesta se añade un artículo en el que se exige que la SPE tenga una dimensión transfronteriza, para lo cual se exige la intención de ejercer una actividad empresarial o tener un objeto social de carácter transfronterizo, el objetivo de ser significativamente activa en más de un Estado miembro, establecimientos en diferentes Estados miembros, o una sociedad matriz registrada en otro Estado miembro. En definitiva, se exige a la SPE una verdadera dimensión transnacional y, por ello, no entraría en competencia directa con los tipos societarios de las legislaciones nacionales. Sin lugar a dudas, este es el tema más importante en lo que respecta a este tipo societario, porque de no prosperar esta modificación, la SPE entraría en competencia con las sociedades limitadas de ámbito nacional, con normativas distintas y, en algunos casos, contrapuestas.

Toda Sociedad Privada Europea deberá hacer constar detrás de su *denominación social* las siglas "SPE". La SPE deberá tener su *domicilio social* y su administración central o centro de actividad principal en el territorio de los Estados miembros. No obstante, de conformidad con la ya vista sentencia *Centros* del Tribunal de Justicia Europeo, la SPE

podrá crearse con domicilio social y administración central o centro de actividad principal en distintos Estados miembros.

Los socios podrán también decidir *trasladar el domicilio social* de la SPE a otro Estado miembro.

La Propuesta de Reglamento no establece un procedimiento específico de *inscripción* de la SPE, sino que se basa en las disposiciones contenidas en la Primera Directiva en materia de Derecho de sociedades (68/151/CEE), al tiempo que impone algunos requisitos para facilitar la constitución de una SPE y reducir sus costes. En primer lugar, ha de ser posible solicitar la inscripción de la SPE por medios electrónicos. En segundo lugar, el Reglamento contiene una lista cerrada de documentos y datos que los Estados miembros pueden exigir para la inscripción de la SPE. Los cambios que se hayan producido en los documentos y datos deberán igualmente inscribirse en el registro.

Por último, la propuesta prevé un único control de la legalidad, esto es, bien una comprobación de la legalidad de los documentos y datos de la SPE por un órgano administrativo o judicial, bien la certificación de los mismos por un notario, en el momento de la inscripción de la SPE. No debe exigirse a los fundadores de la empresa que satisfagan ambas exigencias. Esto, desde luego, choca con el sistema español de las sociedades limitadas, donde hay un doble control: el notarial y el registral.

3. CAPITAL SOCIAL Y APORTACIONES SOCIALES

A fin de facilitar la puesta en marcha de empresas, la Propuesta de Reglamento fija el *capital mínimo* obligatorio en un euro (33). Se aparta así del planteamiento tradicional, según el cual el requisito legal de un capital mínimo elevado es una forma de protección de los acreedores. Para ello se parte de la idea de que, hoy en día, los acreedores se fijan más en aspectos que nada tienen que ver con el capital, como el flujo de caja, y que revisten mayor importancia a efectos de solvencia. Los socios administradores de las pequeñas sociedades suelen ofrecer garantías personales a sus acreedores

(33) Las SPE domiciliadas en un Estado miembro que no pertenezca a la zona euro podrán expresar su capital y elaborar sus cuentas en la respectiva moneda nacional, si bien podrán igualmente hacerlo en euros.

(por ejemplo, los bancos) y los proveedores recurren también a otros métodos para asegurar el cobro de su deuda, al prever, por ejemplo, que la propiedad de los bienes no se adquiera hasta tanto no se efectúe el pago.

Por otra parte, las necesidades de capital de las empresas difieren en función de su actividad, por lo que es imposible determinar un capital apropiado para todas las sociedades. Quienes mejor pueden definir las necesidades de capital de una empresa son los propios socios de la misma.

No obstante, debe destacarse que determinadas enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo han afectado de manera significativa a esta novedosa regulación. Se introduce un nuevo requisito matizando que el capital mínimo podrá ser de un euro si la escritura de constitución exige al órgano de administración que firme un "certificado de solvencia" por el que certificará que la SPE se hallará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento en el curso normal de la actividad, en el plazo de un año. En otro caso, el capital mínimo sería de 8.000 euros. En todo caso el capital deberá estar totalmente suscrito.

El Anexo I de la Propuesta de Reglamento establece una serie de cuestiones que de manera necesaria deberán contemplarse en la escritura de constitución (34).

(34) En concreto:

- ejercicio económico de la SPE y forma en que puede modificarse;
- en su caso, obligación de la SPE de constituir reservas y, cuando proceda, tipo de reserva, circunstancias en que debe constituirse y posibilidad o no de distribuirla;
- necesidad, en su caso, de que las aportaciones en especie sean evaluadas por un experto independiente y posibles trámites que deberán cumplimentarse;
- fecha en que se deberá realizar la aportación y posibles condiciones conexas;
- posibilidad o no de que la SPE ofrezca ayuda financiera, en particular, anticipos, préstamos o garantías, con vistas a la adquisición de sus participaciones por terceros;
- posibilidad de pagar dividendos a cuenta y, en su caso, requisitos aplicables;
- en su caso, obligación del órgano de administración de firmar un certificado de solvencia antes de proceder a una distribución, y requisitos aplicables;
- procedimiento a seguir por la SPE para recuperar toda distribución ilícita;

La Propuesta de Reglamento no restringe el derecho de los socios fundadores a decidir qué tipo de *aportación* habrá de realizarse a cambio de las participaciones en el momento de la creación de una SPE o de un aumento de capital. En consecuencia, la escritura de constitución deberá determinar si los fundadores realizarán aportaciones dinerarias o en especie, pudiendo fijar libremente qué bienes, derechos, prestaciones, etc., se aceptarán como aportación social y en qué momento deberán proveerse. Asimismo, la escritura de constitución deberá establecer la necesidad o no de someter a valoración pericial la aportación en especie. Los socios serán responsables dentro de los límites de su aportación, de conformidad con las disposiciones legales nacionales.

La Propuesta de Reglamento contiene normas uniformes en relación con las *distribuciones* (reparto de dividendos, reducción del capital social) a los socios con cargo a los activos de la SPE. Solo puede procederse a una distribución si la SPE supera la “prueba del balance”, es decir, si, tras la distribución, el activo de la empresa cubre totalmente su pasivo. La propuesta no define los términos “activo” o “pasivo”, siendo de aplicación a este respecto las disposiciones contables pertinentes, esto es, la Cuarta Directiva (78/660/CEE) o el Reglamento (CE) núm. 1606/2002, de 19 de julio de 2002, sobre Normas Internacionales de Contabilidad, modificado por el Reglamento 287/2008, de 11 de marzo de 2008.

Como, en la actualidad, solo se realiza una prueba de solvencia sobre las distribuciones en unos cuantos Estados miembros, la Propuesta no la hace obligatoria para las SPE. No obstante, autoriza expresamente a los socios a prever una prueba de solvencia en la escritura de constitución, además de la “prueba del balance” exigida por la propia Propuesta de Reglamento. Si los socios exigen al órgano de administración que firme un “certificado de solvencia” antes de la distribución, deberán también definir los requisitos conexos (como los motivos o los criterios) y el certificado habrá de hacerse público.

La propuesta no impide a una SPE *adquirir sus propias participacio-*

— posibilidad o no de adquirir participaciones propias y, cuando ello se autorice, procedimiento a seguir, así como condiciones de tenencia, cesión o amortización;

— procedimiento de aumento, reducción u otra modificación del capital social y, en su caso, requisitos aplicables”.

nes, bajo determinadas condiciones, a fin de proteger los activos de la sociedad. Antes de la adquisición de sus participaciones propias, la SPE deberá efectuar la “prueba del balance” y, si así lo prevé la escritura de constitución, una prueba de solvencia. Serán los socios quienes decidan sobre la adquisición. Los derechos no pecuniarios vinculados a las correspondientes participaciones (en particular, los derechos de voto y el derecho preferente) quedarán suspendidos. En la escritura de constitución podrán fijarse condiciones y restricciones adicionales.

4. PARTICIPACIONES SOCIALES

La Propuesta de Reglamento otorga a los socios un amplio margen de discrecionalidad al determinar los aspectos relativos a las *participaciones*, en particular los derechos y obligaciones que estas llevan aparejados (35). Una SPE puede emitir participaciones ordinarias o preferentes.

(35) Así, de acuerdo con el Anexo I de la Propuesta de RESEP, los estatutos regularán:

- posibilidad o no de subdividir, consolidar o red denominar las participaciones y, en su caso, condiciones aplicables;
- derechos, pecuniarios y no pecuniarios, y obligaciones inherentes a las participaciones (clases de participaciones), en particular:
 - a) participación en los activos y beneficios de la sociedad, en su caso;
 - b) derechos de voto vinculados a las participaciones, en su caso;
- procedimiento de aprobación de cualesquiera modificaciones de los derechos y obligaciones inherentes a las participaciones (clases de participaciones) y mayoría de derechos de voto necesaria. No obstante, cuando se alteren los derechos correspondientes a una clase de participaciones sociales (incluida toda modificación del procedimiento para alterar los derechos vinculados a una clase de participaciones) requerirá una mayoría de dos tercios, como mínimo, de los derechos de voto correspondientes a las participaciones de esa clase que hayan sido emitidas;
- en su caso, derechos preferentes, ya sea en la emisión o cesión de participaciones, y cuando proceda, condiciones aplicables;
- cuando se restrinja o prohíba la cesión de participaciones, pormenores de la restricción o prohibición, en particular, forma, plazo, procedimiento aplicable, y normas aplicables en caso de fallecimiento o disolución de un socio;
- cuando se requiera la aprobación de la cesión de participaciones por la SPE o los socios, o se atribuyan a los socios o a la SPE otros derechos sobre la cesión de participaciones (por ejemplo, derecho de preferencia), plazo para la notificación de la decisión al cedente;
- atribución o no a los socios, con carácter complementario al derecho de “expulsión” de un socio, de cualesquiera derechos de exigir a los demás

Todas las participaciones deben constar en la *relación de socios* confeccionada y conservada por el órgano de administración de la SPE. Dicha relación servirá de prueba de las participaciones, salvo que se demuestre lo contrario. Podrá ser verificada por los socios o terceros, previa solicitud.

Las condiciones para la *cesión de participaciones* deben quedar reguladas en la escritura de constitución. Toda restricción adicional o prohibición impuestas sobre las cesiones habrá de ser aprobada por mayoría cualificada (artículo 27). Además, a fin de proteger los intereses de los socios minoritarios, dicha decisión requerirá el visto bueno de cada uno de los socios que se vea afectado por la restricción o prohibición.

El Reglamento no confiere a los socios un derecho de *adquisición forzosa* sobre las participaciones de los socios minoritarios, ni tampoco impone al socio mayoritario o a la SPE la obligación de recomprar las participaciones de los socios minoritarios (*derecho de venta forzosa*). Podrá adoptarse este tipo de disposiciones en la escritura de constitución. No obstante, la Propuesta de Reglamento permite tanto la exclusión de un socio como su retirada en circunstancias específicas.

5. ORGANIZACIÓN DE LA SPE

Los socios de la SPE disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar la organización interna de la SPE, con sujeción a lo dispuesto en la Propuesta de Reglamento. Esta contiene una lista no exhaustiva de las *decisiones que deberán tomar los socios* (36).

socios la venta de sus participaciones y, en su caso, condiciones aplicables;

— atribución o no a los socios, con carácter complementario a lo dispuesto en el artículo 18, del derecho de vender sus participaciones a los demás socios o a la SPE, los cuales estarán obligados a adquirirlas, y, en su caso, condiciones aplicables.

(36) Las siguientes materias, como mínimo, serán decididas mediante resolución de los socios adoptada por la mayoría definida en la escritura de constitución de la SPE:

- (a) modificación de los derechos vinculados a las participaciones;
- (b) expulsión de un socio;
- (c) retirada de un socio;
- (d) aprobación de las cuentas anuales;

La escritura de constitución debe fijar la mayoría y el quórum requeridos en las votaciones, sin perjuicio de que algunas de estas decisiones requieren una mayoría cualificada (es decir, al menos dos tercios de los derechos de voto de la SPE, si bien la escritura de constitución puede exigir una mayoría más amplia, por ejemplo, de tres cuartos).

No hay obligación alguna de celebrar materialmente *Juntas generales*. El método con arreglo al cual los socios tomarán las decisiones habrá de establecerse en la escritura de constitución.

Los socios disfrutan de amplios derechos de información acerca de los asuntos de la SPE. Su derecho a impugnar las resoluciones colectivas queda sujeto a lo dispuesto por la legislación nacional.

La Propuesta de Reglamento garantiza dos derechos específicos a favor de los socios minoritarios: Los socios que posean el 5 % de los derechos de voto vinculados a las participaciones de la SPE tendrán derecho a solicitar al órgano de administración que presente una propuesta de resolución a los socios. La solicitud deberá ir motivada e indicar los asuntos que deban tratarse en dicha resolución. Si se deniega la solicitud o si el órgano de administración no presenta una propuesta en los catorce días siguientes a la recepción de la solicitud, los socios interesados podrán entonces presentar una propuesta de resolución a los socios relativa a los asuntos en cuestión.

Igualmente, cuando exista sospecha de que se han quebrantado gravemente las disposiciones legales o la escritura de constitución

-
- (e) distribución a los socios;
 - (f) adquisición de participaciones propias;
 - (g) rescate de participaciones;
 - (h) aumento del capital social;
 - (i) reducción del capital social;
 - (j) nombramiento y revocación de administradores y duración de su mandato;
 - (k) cuando la SPE cuente con un auditor, nombramiento y revocación del mismo;
 - (l) traslado del domicilio social de la SPE a otro Estado miembro;
 - (m) transformación de la SPE;
 - (n) fusiones y escisiones;
 - (o) disolución;
 - (p) modificaciones de la escritura de constitución que no se refieran a las materias mencionadas en las letras a) a o).

Las resoluciones sobre las materias indicadas en las letras a), b), c), i), l), m), n), o) y p), se adoptarán por mayoría cualificada.

de la SPE, los socios que posean el 5 % de los derechos de voto vinculados a las participaciones de la SPE tendrán derecho a solicitar al tribunal o la autoridad administrativa competente que nombre a un experto independiente para realizar averiguaciones y dar parte de las conclusiones de la investigación a los socios.

Cualquier decisión que no figure entre las enumeradas en la Propuesta de Reglamento o en la escritura de constitución será competencia del *órgano de administración* de la SPE que se encargue de la gestión de la empresa. El Parlamento Europeo ha propuesto la sustitución de este término por el de "órgano rector". Su forma de organización se deja a la voluntad de los socios, que deberá reflejarse en los estatutos sociales (37).

(37) En concreto:

- método de adopción de las resoluciones de los socios;
- sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Reglamento, mayoría requerida para aprobar las resoluciones de los socios;
- resoluciones que deberán adoptar los socios, además de las enumeradas en el artículo 27, apartado 1, quórum y mayoría de derechos de voto necesaria;
- sin perjuicio de los artículos 21, 27 y 29, reglas para la proposición de resoluciones;
- plazo y forma en que los socios habrán de ser informados de las propuestas de resoluciones de los mismos y de las juntas generales, si la escritura de constitución prevé la celebración de éstas;
- forma en que los socios obtendrán el texto de toda resolución de los socios que se proponga y cualesquiera otros documentos preparatorios relativos a la adopción de una resolución;
- forma en que los socios podrán obtener copia de las resoluciones adoptadas;
- en el supuesto de que la escritura de constitución prevea que algunas de las resoluciones o la totalidad se adopten en junta general, forma de convocatoria de la junta general, métodos de trabajo y reglas de delegación del voto;
- procedimiento por el cual la SPE responderá a las solicitudes de información de los socios, dará acceso a los documentos de la SPE y notificará las resoluciones adoptadas por los socios, y plazos aplicables a estos efectos;
- configuración del órgano de administración de la SPE, con indicación de si está integrado por uno o varios administradores gerentes o consiste en un consejo de dirección (estructura dual) o de administración (estructura monista);
- cuando exista un consejo de administración (estructura monista), composición y organización del mismo;
- cuando exista un consejo de dirección (estructura dual), composición y organización del mismo;

La escritura de constitución definirá la estructura administrativa de la SPE (un solo administrador o varios, sistema dual o monista). No obstante, si está prevista la participación de los trabajadores en la SPE, la estructura de administración elegida deberá permitir el ejercicio de este derecho.

El nombramiento y la revocación de los administradores serán decididos por los socios. La escritura de constitución especificará la duración del mandato de los administradores y cualesquiera criterios de elegibilidad. La Propuesta de Reglamento prohíbe a cualquier persona que esté inhabilitada para ocupar un cargo directivo en algún Estado miembro ser administrador de una SPE.

La Propuesta de Reglamento impone a los administradores el deber de actuar en el mejor interés de la sociedad. En consecuencia, los administradores responden del cumplimiento de sus deberes ante la SPE, que es la única capacitada para tomar medidas en caso de incumplimiento. La Propuesta de Reglamento no otorga a los distintos socios o acreedores el derecho a entablar directamente acciones legales contra los miembros del órgano de administración.

— cuando haya un consejo de dirección (estructura dual) o uno o varios administradores gerentes, existencia, en su caso, de un órgano de supervisión y, cuando proceda, composición y organización de éste y relación del mismo con el órgano de administración;

— en su caso, criterios de elegibilidad de los administradores;

— procedimiento para el nombramiento y la revocación de los administradores;

— en su caso, existencia de un auditor de la SPE y, cuando se prevea en la escritura de constitución que la SPE cuente con un auditor, procedimiento para el nombramiento, la revocación y la dimisión del mismo;

— cualesquiera obligaciones específicas de los administradores que no sean las mencionadas en el presente Reglamento;

— en su caso, posibilidad de que se autoricen situaciones que impliquen un conflicto, real o potencial, de intereses en relación con un administrador y, cuando proceda, indicación de quiénes pueden autorizarlas y de los requisitos y procedimientos aplicables para autorizar tales situaciones;

— en su caso, sujeción de las operaciones con partes vinculadas a que se refiere el artículo 32 a autorización y requisitos aplicables;

— reglas sobre representación de la SPE por el órgano de administración, en particular, derecho de los administradores de representar a la SPE conjuntamente o por separado, y posible delegación de este derecho;

— reglas sobre delegación en otras personas de cualquiera de las facultades de administración”.

La Propuesta de Reglamento establece una norma general de diligencia, al exigir de los administradores el esmero y la diligencia que razonablemente cabe esperar en el desempeño de la actividad. Corresponderá, en su caso, a los tribunales nacionales desarrollar la interpretación de esa norma. Aunque la Propuesta de Reglamento determina también las funciones específicas más importantes de los administradores (por ejemplo, proponer las distribuciones), la escritura de constitución puede definir funciones adicionales. Los administradores tienen la obligación de evitar cualquier conflicto de intereses, real o potencial. Con todo, la escritura de constitución puede prever la posibilidad de autorizar situaciones que comporten tales conflictos.

La Propuesta de Reglamento prevé que los *administradores incurrirán en responsabilidad* por cualquier pérdida o daño sufrido por la SPE como consecuencia del incumplimiento de los deberes que les atribuya la Propuesta de Reglamento, la escritura de constitución o una resolución de los socios. Sin embargo, otros aspectos de esa responsabilidad, como las consecuencias del incumplimiento de los deberes o la regla de discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*), se rigen por el Derecho nacional.

6. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LA SPE

La SPE puede trasladar su domicilio social a otro Estado miembro, sin perder su personalidad jurídica y sin necesidad de liquidación. A fin de proteger los intereses de terceros, la Propuesta de Reglamento no autoriza el traslado del domicilio social de la SPE en el transcurso de un procedimiento de disolución, liquidación u otro procedimiento similar.

El procedimiento de traslado se inspira en lo dispuesto a ese respecto en el Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. La Propuesta de RESPE dispone un régimen especial en el supuesto de que una SPE en la que esté prevista la participación de los trabajadores traslade su domicilio social a otro Estado miembro en el que los derechos de participación de los trabajadores no se reconozcan o se reconozcan en menor medida o en el que no se otorgue a los trabajadores de establecimientos de la SPE situados en otros Estados miembros los mismos derechos de participación de que disfrutasen antes del traslado. En tales casos, si al menos una tercera parte de los tra-

bajadores de la SPE están empleados en el Estado miembro de origen, deben entablarse negociaciones entre el órgano de administración y los representantes de los trabajadores, con vistas a alcanzar un acuerdo con respecto a la participación de estos últimos. De no haber acuerdo, prevalecerá lo que esté previsto en materia de participación en el Estado miembro de origen.

7. REESTRUCTURACIÓN, DISOLUCIÓN Y NULIDAD

La Propuesta de Reglamento dispone que la disolución de una SPE o su transformación en una forma nacional de sociedad se regirán por la legislación nacional. Asimismo, la SPE puede fusionarse con otras sociedades o escindirse de conformidad con las normas aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada.

8. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La participación de los trabajadores en pequeñas empresas solo está prevista en unos cuantos Estados miembros (como Suecia y Dinamarca). Como principio general, derivado de la Directiva sobre fusiones transfronterizas (2005/56/CE), se establece que la SPE estará sujeta a las normas relativas a la participación de los trabajadores del Estado miembro en que tenga su domicilio social. Por tanto, en lo que a participación de los trabajadores se refiere, la SPE no será ni más ni menos atractiva que otras sociedades nacionales comparables.

DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Alfonso Ventoso Escribano

Doctor en Derecho

Notario excedente

Registrador de la propiedad

*A mis alumnos, especialmente
los opositores, muchos de los
cuales lograron el éxito, resultado
de su esfuerzo y de sus muchas
horas de estudio.*

Resumen: En Derecho hipotecario español, cuando se hipotecan varias fincas en garantía de un crédito se precisa que se determine la cantidad de que responde cada finca, conforme al artículo 119 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, cuando se divide una finca hipotecada no se distribuye, salvo convenio, la responsabilidad hipotecaria entre las nuevas fincas.

Mientras que en el primer caso la distribución puede tener lugar por documento privado (artículo 216 Reglamento Hipotecario), la cuestión que se analiza es si tal forma privada cabe en el segundo caso.

Abstract: Under article 119 of the Spanish Mortgage Law, when several properties are mortgaged to guarantee a loan, it is necessary to determine the amount for which each property is liable.

However, when a mortgaged property is divided, liability is not distributed between the resulting properties, unless otherwise agreed by the parties.

In the first case, the allocation of liability can be established in a private document, pursuant to article 216 of the Mortgage Regulations. This article analyses whether such private document can be used in the second case.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL SIGLO XIX
- II. LEY HIPOTECARIA DE 1861
 - A) Introducción
 - B) Publicidad, especialidad y determinación
- III. PLURALIDAD DE FINCAS. DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD
 - A) Textos normativos
 - B) Solidaridad e indivisibilidad. Pago parcial
 - C) Formas de distribución
 - C.1. Introducción
 - C.2. Resolución de 7 de enero de 2004
 - C.3. Doctrina
 - C.4. Nuestra opinión
- IV. CONSIDERACIONES FISCALES
- V. SOLICITUD CON FIRMAS LEGITIMADAS
 - A) Regla general para inscribir: titulación pública
 - B) Testimonio de legitimación de firmas
- VI. FIJACIÓN DEL PRECIO PARA LA SUBASTA
- VII. FINCA VINCULADA *OB REM* A OTRA

BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. INTRODUCCIÓN. MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL SIGLO XIX

En el año 2011 se conmemora el 150 aniversario (sesquicentenario) de la primitiva Ley Hipotecaria (LH), sancionada el 8 de febrero de 1861. Aunque por el nombre pudiera pensarse que atendía solo a la regulación del derecho real de hipoteca, como es sabido tal denominación responde a un arrastre histórico, pues el campo de actuación normativa de esa LH fue mucho más amplio.

Esta LH de 1861, junto con otras, como la Ley del Notariado de 1862, Ley de Aguas de 1866, Ley de Minas de 1868, Ley de Registro Civil de 1870 o Ley de Matrimonio Civil de ese mismo año 1870, constituyen una particularidad del proceso codificador español del siglo XIX.

Como es conocido, una característica de ese siglo fue el movimiento codificador que se instaló en la Europa continental, a cuyo movimiento no fue ajeno España.

En efecto, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX se van a producir importantes cambios sociales, políticos y económicos. La sociedad del Antiguo Régimen va a dar paso a una nueva sociedad donde cobra protagonismo la igualdad jurídica de todas las personas, la libre circulación de bienes y el nacimiento de una nueva clase social: la burguesía (1).

Lógicamente, como la mayoría de los importantes cambios que se producen, estos sufren intermitencias y oscilaciones.

En lo que nos interesa, este cambio social tiene especial importancia por cuanto en la sociedad del Antiguo Régimen la tierra era esencial en el proceso de producción, pero aún subsistía en muchos sitios el régimen señorial y, por otra parte, la titularidad de la tierra pertenecía a pocas personas o entidades (Iglesia, municipios, nobleza –muchas veces en régimen de mayorazgo y vinculada de forma que solo se podía transmitir mortis causa y con un régimen especial–, etc.). Ello desembocaba en una parca circulación de la propiedad de la tierra (2).

TOMÁS Y VALIENTE señala que la burguesía fue transformando ese régimen jurídico de la propiedad mediante tres órdenes de medidas legislativas: la abolición del régimen señorial, la desvinculación de mayorazgos y la desamortización (3). Esas medidas –recordemos

(1) BARÓ PAZOS: "La Codificación es algo más que un fenómeno propiamente jurídico; es además, el rasgo distintivo de una época histórica, en la que surge un nuevo Estado y una nueva sociedad dominada por la clase burguesa; por todo ello, la Codificación comporta una serie de connotaciones políticas, sociales y económicas, que trascienden a las estrictamente jurídicas" (*La Codificación del Derecho Civil en España [1808-1889]*, 1992, p. 11).

(2) Vide SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, 1996, esp., pp. 262 y ss.

(3) TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del derecho español*, 1983, p. 408; BARÓ PAZOS señala como una de las causas del retraso o largo período de codificación en España que la gran transformación del ordenamiento jurídico privado se va a producir al margen de los códigos; "es el cambio radical del derecho de propiedad que se introduce a través de los decretos de supresión de señoríos, de las leyes desamortizadoras y de abolición de los mayorazgos, o de las leyes especiales en materia hipotecaria. Por esta razón y resuelta la necesidad más perentoria por la vía extracodificadora, existe una urgencia menor en realizar la Codificación" (ob. cit., pp. 20-21).

que la última y más general de las leyes desamortizadoras tuvo lugar en 1855– provocaron que muchas tierras se convirtieran en cosas en el tráfico y libremente transmisibles, a las que optaron grupos burgueses.

Esos cambios sociales y económicos necesitaban de un nuevo marco jurídico y de ahí que el siglo XIX tenga la caracterización del siglo de la codificación, fundamentalmente en cuatro órdenes, el penal, el civil, el mercantil y el procesal, pero paralela, o previamente, la de las leyes políticas a través de las respectivas Constituciones.

Ese movimiento codificador pretendía ser la articulación, en un texto, de reglas sistemáticamente ordenadas respecto a una materia y no como pura recopilación de leyes que, aunque puede tener un criterio unificador, como puede ser la autoría, no responde a un criterio sistemático por razón de la materia.

Como sabemos, en España, el inicio constitucional se produce con la Constitución de 1812 y durante el siglo XIX se conocen varios textos constitucionales de distinta orientación. TOMÁS Y VALIENTE señala que “una de las características del siglo XIX español, sobre todo hasta 1868, consiste en la vinculación entre Constitución y partido político triunfante. Cada partido hacía, desde el poder, su Constitución...” (4).

El constitucionalismo y la codificación son dos fenómenos que van paralelos durante este siglo XIX (5), si bien, en lo que nos interesa –la codificación civil–, asistimos a un proceso nada fácil (6).

Hay que recordar, como hemos dicho, que se trataba de articular un código y no una recopilación, pero era necesario conseguirlo, ya que

(4) TOMÁS Y VALIENTE: ob. cit., pp. 446-447.

(5) Vide BARÓ PAZOS: ob. cit., pp. 13 y ss.

(6) CASTÁN TOBEÑAS señala el problema que para la codificación civil suponía el fraccionamiento jurídico español y los celos de las regiones forales (*Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 1.º, 1975, pp. 231 y ss.). Igualmente LASSO GAITE, en su documentadísimo estudio sobre la codificación civil, pone de manifiesto que donde se encontró mayor dificultad para su codificación fue en la legislación civil, siendo uno de los extremos de esa dificultad la de lograr un derecho unitario –“era notoria la prevención con que miran los territorios forales los intentos de codificación civil, porque para ello es necesario sacrificar elementos particulares”– (*Crónica de la codificación española. 4. Codificación Civil [Génesis e historia del Código]*, vol. I, 1970, pp. 17 y ss.); precisamente el problema de la unificación del Derecho civil de España fue uno de los que propiciaron el fracaso del importante proyecto de CC de 1851 (ibídem, pp. 286 y ss.).

constituía mandato constitucional. En efecto, el art. 258 de la Constitución de 1812 señalaba (7): “El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes” (8).

Durante la primera mitad del siglo XIX asistimos a varios intentos de Código Civil (el incompleto de 1821 o el de 1836), algunos de carácter privado (9).

En ese proceso codificador destaca con luz propia el Proyecto de Código Civil de 1851 (10), hasta el punto de que la Ley de 11 de mayo de 1888, que autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en esa Ley, comienza su base 1.^a diciendo: “El Código tomará como base el proyecto de 1851...”.

A pesar de su calidad técnica, no llegó a convertirse en código (11) y se produjo un relevante cambio en este proceso codificador. Señala DE CASTRO que “el movimiento codificador queda detenido. Los distintos Gobiernos que se suceden no se deciden a abordar la tarea, y la actividad legislativa se manifiesta en una serie de *leyes generales sobre materias especiales*. La más importante es la Ley

(7) TOMÁS Y VALIENTE considera que no está claro el origen de ese mandato pero sí su importancia (ob. cit., pp. 484 y ss.).

(8) El art. 248 proclama la unidad de jurisdicción: “En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas”.

(9) La legislación sustantiva penal (1822) y la mercantil (1829 –SÁENZ DE ANDINO–) tuvieron mayor fortuna en ese proceso codificador.

(10) En 1843 se creó la Comisión General de Codificación, que tuvo gran importancia en el nacimiento del Proyecto de 1851. Señala BARÓ que demostrada la poca eficacia de las Comisiones parlamentarias se adoptó el criterio de la unidad de dirección y el 19 de agosto de 1843 se promulga el Real Decreto fundacional de la Comisión General de Codificación; las comisiones especiales, de carácter transitorio, y sometidas a los avatares de la política cambiante privaban de unidad y armonía a la obra codificadora y se pretende con la Comisión General de Codificación una mayor unidad y profesionalidad. Suprimida en 1846 y creada en ese mismo año una nueva Comisión, menos numerosa, va a alumbrar el importante Proyecto de 1851 (ob. cit., pp. 89 y ss.); *vide* también LATOUR BROTONS: “Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria: su génesis, circunstancias y efectos de la misma”, RCDI, núms. 410-411, julio-agosto 1962, pp. 457 y ss.).

(11) Un problema que planteaba era que la orientación del Proyecto era centralista (CASTÁN: ob. cit., I-1.º, p. 233; BARÓ: ob. cit., p. 18).

Hipotecaria de 1861. Se redactó sobre la base de los títulos correspondientes del Proyecto de 1851, y a este su primitivo carácter de componente de un Código general debe su significado de reguladora de todo el tráfico de inmuebles” (12).

No solo la LH es sancionada, sino que, como hemos dicho, en esa época aparecen otras, como la Ley del Notariado (1862), de Aguas (1866), de Minas (1868), del Registro Civil (1870), de Matrimonio Civil (1870), entre otras.

El deseo de impulsar la codificación creó el ambiente para un Congreso de jurisconsultos que tuvo lugar en 1863, cuyo tema primero versaba sobre la época en que se debe codificar y los principios que deben presidir toda codificación; la sexta conclusión que se aprobó decía así: “el modo de obtener que la codificación civil sea recibida no tan sólo sin repugnancia, sino evitando en lo posible toda perturbación en el orden de la familia, es que vaya precedida de leyes especiales que le preparen el camino...” (13).

Efectivamente, visto que el proceso codificador no se culminaba, se optó, como hemos apuntado, por un conjunto de leyes especiales, entre ellas la LH, dentro de ese ambiente favorable a tales leyes.

II. LEY HIPOTECARIA DE 1861

A) INTRODUCCIÓN

Esta Ley, a pesar de sus años, adopta unos principios que en esencia se vienen conservando.

Sin perjuicio de la clásica polémica entre los partidarios y los detractores de la codificación, es claro que los códigos tienen la ventaja de un mejor y sistemático conocimiento, aunque tienen el peligro de su posible anquilosamiento; por ello, un código debe contener dosis de flexibilidad y elasticidad con proyección cronológica huyendo de criterios ordenancistas (14).

(12) DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, reproducción facsímil, edit. Civitas en 1984 de edic. 1949, p. 192.

(13) LASSO GAITE: ob. cit., pp. 308 y ss.

(14) CASTÁN TOBEÑAS: los inconvenientes que se atribuyen a la codificación no son decisivos; los códigos no son obras irreformables y definitivas;

Ello ocurre en buena medida con la LH, en la que se dan cita principios que han resistido con notable lozanía el paso del tiempo.

La situación socio-económica de la época pedía un cambio normativo. Una de las causas, como hemos indicado, fue que las leyes desamortizadoras pusieron en el tráfico numerosas fincas para su transmisión y al alcance de las nuevas clases burguesas. Era necesario crear un ambiente de mayor transparencia para facilitar el crédito y las transferencias inmobiliarias (15).

Señala ROCA SASTRE que “los Oficios o Contadurías de hipotecas sólo se establecían como instrumentos de publicidad de censos, hipotecas y demás gravámenes reales de constitución convencional. Quedaban fuera de la registración los actos de transmisión inmobiliaria en general, así como las hipotecas legales y generales” (16). Es fácil pensar que la transparencia y la publicidad favorecen el crédito territorial, esto es, el crédito con garantía inmobiliaria –frente al crédito personal–. Pero, incluso, un transparente sistema inmobiliario también favorece el crédito personal por cuanto, como es sabido, las entidades (los profesionales del crédito) se fijan en las rentas para amortizar los créditos y el soporte patrimonial que tiene el deudor (tanto tienes –material o capacidad de generación económica–, tanto crédito te conceden).

Que la necesidad de cambio era sentida lo acredita el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, cuyo Ministro de Gracia y Justicia proponente señalaba: “Pocas reformas en el orden civil y económico

en vez de poner un candado a la evolución jurídica han de tener la holgura y la flexibilidad necesarias para dejar expeditos los cauces de la costumbre, de la interpretación y de la jurisprudencia (*Derecho civil español...*, tomo I, vol. 1.º, cit., p. 205). La discusión entre la Escuela Filosófica, partidaria de la Codificación, y la Escuela Histórica, reticente a la idea codificadora, estuvo presente en la historia de la reforma hipotecaria y en el beneplácito o no a una ley especial fuera de la Codificación (SERNA VALLEJO, ob. cit., pp. 431 y ss.).

(15) DE LA RICA Y ARENAL: “Meditaciones hipotecarias. Pervivencia del sistema registral”, RCDI, núms. 392-393, enero-febrero de 1961. Mismo autor, “Una Legislación genuinamente española”, RCDI, núms. 394-395, marzo-abril de 1961, pp. 432 y ss.

(16) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, I, p. 53.

son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales” (17).

Antecedentes inmediatos de esta LH de 1861 pueden considerarse el Proyecto de Código Civil de 1836, “primer trabajo legislativo sobre reforma de la legislación hipotecaria” (18); las bases 50, 51 y 52 del Proyecto de Código Civil aprobadas por la Comisión general de códigos en 1843 (19); el Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del registro, redactado por Claudio Antón DE LUZURIAGA en 1848 (20); este Anteproyecto, con algunas modificaciones no

(17) La situación existente era la ausencia de garantía acerca de la titularidad de las fincas; subsistía ese régimen porque muchas fincas estaban bloqueadas en las denominadas “manos muertas” o en mayorazgos y vinculaciones. Cuando irrumpe el cambio social y muchas fincas salen al tráfico jurídico la normativa existente aparece con unas costuras que tienen que saltar ante la nueva realidad (es de interés en este sentido DE LA RICA: “Contribución de la Legislación Hipotecaria a nuestro progreso jurídico”, conferencia 1951, recogida en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, II, 1976, pp. 433 y ss.).

(18) El Proyecto fue redactado por tres jurisconsultos de notoria reputación –José DE AYUSO Y NAVARRO, Eugenio DE TAPIA y Tomás María VIZMANOS–; aprobado por el Gobierno y sometido a deliberación de las Cortes, no llegó, sin embargo, a discutirse (*Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo I, 1974, pp. 64 y ss.); OLIVER: *Derecho inmobiliario registral*, 1892, 2.ª edic. de 2009, pp. 26 y ss.).

(19) El segundo de los trabajos legislativos acerca de la reforma hipotecaria lo constituye la discusión y aprobación de las bases 50, 51 y 52 para la redacción de un nuevo Código Civil, por la Comisión General de Codificación, en los meses de octubre a diciembre del año 1843, bases de gran importancia en la historia de la legislación hipotecaria (*Leyes hipotecarias...*, I, cit., pp. 76 y ss.; OLIVER: ob. cit., pp. 31 y ss.).

(20) El tercero de los trabajos legislativos sobre la reforma hipotecaria en el Ministerio de Gracia y Justicia fue este Anteproyecto redactado por LUZURIAGA, en cuyo debate se discutió acerca del valor de la inscripción en la transmisión del dominio (*Leyes hipotecarias...*, I, cit., pp. 79 y ss.; OLIVER: ob. cit., pp. 38 y ss.).

sustanciales, pasa al Proyecto de CC de 1851. No debe olvidarse que el propio GARCÍA GOYENA dice que los títulos XIX y XX se deben a su “apreciabilísimo amigo D. Claudio Antón DE LUZURIAGA” (21).

La relevancia de ese Proyecto de 1851 es puesta de manifiesto por la doctrina. Mayor discusión plantea acerca de la inspiración romana o germánica de la LH 1861.

DÍEZ-PICAZO señala que es “un auténtico lugar común en nuestra doctrina jurídica la afirmación de la influencia germanista que se produjo en la preparación y en la redacción de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y en sus posteriores reformas hasta nuestros días” (22); sin embargo, considera que cabe poner en entredicho esa conclusión (23); lo que sí parece admisible es el interés en proteger el crédito territorial y el propio mercado inmobiliario; entiende que inicialmente nuestras leyes fueron, en su mayor parte, únicamente leyes hipotecarias; en un segundo momento la publicidad de las hipotecas se acompañó de la publicidad de las mutaciones dominicales y de los derechos reales,

(21) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, por GARCÍA GOYENA, reimpresión edic. 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, 1974, nota al pie de título XIX. El título XIX arranca con ideas o expresiones que tienen notable importancia (alteración profunda de nuestra legislación; los pueblos civilizados han renovado su legislación hipotecaria, o están promoviendo su reforma; el suelo debe recibir las condiciones necesarias para su transmisión con total libertad; seguridad; crédito territorial; publicidad; “la Comisión general de Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de publicidad y especialidad”) y abre su articulado con un capítulo rubricado “Disposiciones generales”; “en este capítulo –comienza el comentario– se resume todo el sistema hipotecario”, indicando a continuación que “se asientan los dos grandes principios de *publicidad* y *especialidad*” desechando las hipotecas tácitas y las generales.

(22) DÍEZ-PICAZO: “Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas”, en *Leyes hipotecarias y registrales de España*, I, 1974, pp. 3 y ss.

(23) Vide también NÚÑEZ LAGOS, Rafael, el cual considera que corrientemente se ha dicho que la Ley del Registro de la Propiedad es de inspiración germánica: “Hay parte de verdad en ello, pero no tanta como se pretende”, y señala que por lo que ha visto en el archivo de la Comisión General de Codificación al investigar los orígenes del sistema hipotecario, podía afirmar que “presididos por CORTINA, los autores de la ley fueron un romanista –GÓMEZ DE LA SERNA– y un historiador –CÁRDENAS–, “El Registro de la Propiedad Española (Memoria)”, RCDI, núm. 250, 1949, pp. 140-141.

como refuerzo al crédito territorial, y en un momento final el Registro se convirtió en un auténtico Registro de la Propiedad (24).

B) PUBLICIDAD, ESPECIALIDAD Y DETERMINACIÓN

De entre las novedades de la nueva LH 1861 resulta clara la adopción de dos principios con relación a las hipotecas: el de publicidad y el de especialidad.

La Exposición de Motivos de la LH 1861 (EdeM 1861) lo explicó y lo quiso dejar explícitamente expresado. Como es sabido, tal EdeM 1861 es reconocida de un alto valor científico, “una obra maestra de nuestra literatura jurídica”, en expresión de LACRUZ (25), cuya autoría, en tesis de este autor, se debe a GÓMEZ DE LA SERNA (pero revisada por CÁRDENAS y discutida también por la Comisión) (26).

La Comisión de Codificación abría esa EdeM declarando que en general pretendía respetar lo histórico y tradicional, pero en el sistema hipotecario se creía obligada a presentarse como innovadora y pedir que el sistema hipotecario se asentara sobre nuevas bases, pretendiendo seguridad en la propiedad, y se reforzara el crédito territorial para canalizar dinero en auxilio de la propiedad territorial; por ello, se dice expresamente: “no hay pues más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas”, entendiendo la publicidad en la desaparición de las hipotecas ocultas; algunas hipotecas pueden tener su fundamento en la protección de intereses de personas desvalidas, de mujeres casadas, pero debe expulsarse la ocultación y para aquellos casos se “cambia su forma, convirtiendo en hipotecas legales expresas las hipotecas legales tácitas”.

Según la EdeM 1861: “Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro derecho las generales”; en efecto, era habitual el pacto contractual en virtud del

(24) Díez-PICAZO: “Los principios de inspiración...”, cit., pp. 6 y ss.

(25) LACRUZ BERDEJO (LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA): *Derecho inmobiliario registral*, 1984, p. 41.

(26) LACRUZ BERDEJO: *Derecho inmobiliario...*, cit., p. 41. Sobre la autoría de dicha EdeM 1861 hay cierta polémica. Vide RODRÍGUEZ OTERO: *La ley hipotecaria de 1861; sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)*, 2010, pp. 313 y ss.

cual se decía que las obligaciones resultantes del contrato quedaban garantizadas con una hipoteca sobre todos los bienes del deudor (27).

La EdeM 1861 señala que la hipoteca general da por resultado la falta de publicidad por cuanto la hipoteca solo puede decirse que es pública si está expresada la finca afectada y la cantidad a que se extiende la garantía. “La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad”.

Si estos dos principios son esenciales en la nueva configuración de la hipoteca no puede extrañar que se acoja otro principio: la exclusión de la que se conoce como hipoteca solidaria. Es decir, cuando en garantía de un crédito se hipotecan varias fincas puede optarse bien por el criterio de considerar todas las fincas afectadas por la total cantidad del crédito (como en las anotaciones preventivas de

(27) El art. 29 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro de 12 de junio de 1861 señalaba: “Los escribanos no insertarán en ninguna escritura, aunque los otorgantes lo reclamen, la cláusula general de quedar hipotecados todos los bienes presentes, o futuros, en seguridad del cumplimiento de las obligaciones estipuladas” (puede verse el texto en google.es/books; también en biblioteca virtual de la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Iuris digital*); la norma se reproduce en el art. 23 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 (*Gaceta de Madrid del 19 de noviembre de 1874*). Pueden verse ambas Instrucciones también en *Leyes Hipotecarias y registrales de España*, tomo IV, vol. 1, 1991, pp. 125 y ss. y 150 y ss.

Se trata de combatir la cláusula de hipoteca general de todos los bienes, que se insertaba muy frecuentemente en todos los contratos por los escribanos como fórmula; cláusula que, dice GÓMEZ DE LA SERNA, resulta inútil porque es regla de derecho sin necesidad de estipulación expresa, que el que se obliga lo hace con todo lo que le corresponde (*La ley hipotecaria comentada y concordada por la legislación anterior española y extranjera*, 1862, edic. facsímil 2009, pp. 202-203 –prolegómenos–). LUZURIAGA señalaba que la publicidad no quedaba completa si quedaban subsistentes las hipotecas generales; la especialidad es el complemento necesario de aquel principio y decía: “No se otorga hoy ninguna escritura sin obligar a su cumplimiento todos los bienes de los contratantes; esta cláusula de rutina está en todos los formularios de los escribanos” (*Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil*, por GARCÍA GOYENA, citado, p. 931); GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO se hacen eco de ello: aunque a veces se pactaban hipotecas especiales era habitual incluir esa cláusula de rutina de dejar obligados todos los bienes del hipotecante por lo que se convertían en hipotecas generales (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII-vol. 6.º, pp. 412 y ss.).

embargo) –hipoteca solidaria–, bien por distribuir la responsabilidad entre las fincas (28).

Sin embargo, esto no impide que debamos observar que estamos en ámbitos diferenciados y que probablemente no se trate de una necesaria consecuencia. Una cosa es que no extrañe esa exclusión de la hipoteca solidaria y otra diferente que se trate de una forzosa derivación (29).

Cabe aclarar que el contrapunto del principio de especialidad lo supone la hipoteca general; el del principio de publicidad lo consti-

(28) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, señala, en orden al principio de especialidad, que funciona sobre una finca perfectamente identificada; no caben hipotecas ni otros derechos reales *generales* sobre el patrimonio genérico del deudor. “El derecho real se ha de inscribir precisamente en el folio real de la finca a que afecta: cada derecho real y toda transmisión o modificación no pueden constar en el Registro, sino en la cuenta corriente de la finca (art. 13)”⁷; de esa correlación entre finca y derecho real se deducen dos consecuencias: una, en grado de mínima: no es posible constituir derechos reales sobre partes integrantes de una finca; otra, en grado de máxima: tampoco es posible la hipoteca o el derecho real *solidaria y conjuntamente* sobre varias fincas sino que hay que determinar la cantidad o parte del gravamen de que cada finca debe responder (art. 119) (“El Registro de la Propiedad...”, cit., pp. 143-144).

(29) “La prohibición que el art. 119 LH entraña no está fundada en el principio de especialidad, ni tampoco se establece por la razón de que la hipoteca solidaria estaría falta de causa. Por el contrario, el fundamento de la prohibición radica en el intento de no perturbar el crédito inmobiliario con la sobregarantía que supondría una hipoteca solidaria” (CORDERO, en CARRASCO, CORDERO y MARTÍN: *Tratado de los derechos de garantía*, I, 2008, pp. 762-763); “la distribución no es, en todo caso, una consecuencia necesaria del principio de especialidad” (GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 424; mismos autores en “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, RCDI, núm. 566, enero-febrero 1985, p. 158). Así ya lo decía CANALES e IBÁÑEZ en 1875: el art. 119 LH consagra no el principio de especialidad sino el de la determinación de la hipoteca (*Legislación hipotecaria española. Historia, concordancia y explicación filosófica y exegética de las Leyes de 1861 y 1869 y de los Reglamentos dados para su ejecución*, 1875, tomo 2.º, p. 222). Creemos que no es necesaria consecuencia pero sí hay cierta colindancia y, desde luego, no produce ninguna extrañeza su cohabitación; ROCA SASTRE, al clasificar las hipotecas, contrapone “especiales o solidarias” (*Derecho hipotecario*, citado, 1968, IV-1.º, p. 208); la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos sujetos a Registro aprobada por Real Decreto de 12 de junio de 1861 recoge en el art. 28 la necesidad de distribución y en el art. 29 la prohibición de hipotecas generales.

tuye la hipoteca oculta –o tácita–; el del principio de determinación es la hipoteca solidaria.

Como dice GARCÍA GARCÍA, la Ley de 1861 estableció la publicidad de las hipotecas desapareciendo las hipotecas tácitas, las hipotecas que en la legislación anterior se concedían a la mujer casada, a los hijos, etc., se transforman en hipotecas legales pero expresas. Por otro lado, esa Ley de 1861 rechaza las hipotecas generales, es decir, como hemos dicho, esos pactos incluidos como cláusula de estilo en todos los contratos en los que se expresaba que las obligaciones resultantes del contrato quedaban garantizadas con una hipoteca sobre todos los bienes del deudor (30).

Por otra parte, tenemos la solidaridad frente a la determinación –a veces se utiliza el término distribución–. La hipoteca solidaria es clara, es aquella que, en caso de pluralidad de fincas en garantía de un crédito, todas ellas garantizan ese crédito (la legislación hipotecaria conoce tal configuración de varias fincas en garantía de un crédito y todas ellas garantizan el mismo crédito, pues así funciona en las anotaciones preventivas de embargo).

Por el contrario, la determinación exige, en tal hipótesis de pluralidad de fincas en garantía de un crédito, que se fije la cantidad de que responda cada finca, es decir, que se “distribuya” entre las fincas.

La LH de 1861 acoge el principio de determinación en el art. 119 LH y proscribe *ab initio* la solidaridad, aunque esta pueda tener lugar *a posteriori* (art. 123 LH), sin perjuicio de que la determinación actúa realmente cuando hay tercero (art. 120 LH).

Finalmente, debemos recordar que se mantiene la indivisibilidad de modo que la hipoteca subsiste íntegramente sobre la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación garantizada o la cosa hipotecada. Al redactarse la LH de 1861 se puso en duda la subsistencia de esa indivisibilidad cuando se hipotecan varias fincas, pues por la determinación a que aludíamos puede ocurrir que, pagada una parte de crédito –la que garantiza una de las fincas–, se cancele

(30) GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, 1988, pp. 199-200. Como señala DE LA RICA, en la época previa a la LH 1861 “había infinidad de hipotecas tácitas [...] y multitud de hipotecas generales, no ya sobre todos los bienes presentes del deudor, sino también sobre los futuros” (“Contribución de la Legislación Hipotecaria...”, cit., p. 446).

“parcialmente” la hipoteca, sobre esa finca, esto es, parece que no subsiste “íntegramente”.

Posteriormente volveremos a desarrollar esta indivisibilidad y su relación con la llamada hipoteca solidaria.

Sin embargo, creemos que hay que coordinar los principios de indivisibilidad, que subsiste y se recoge en el art. 1860 CC y era tradicional en nuestro Derecho, y el de determinación (31).

La determinación supone que ha de fijarse la responsabilidad de cada finca de modo que aparentemente se produce la generación de tantas hipotecas como fincas. Pues bien, en “cada hipoteca” de las distintas fincas juega la indivisibilidad (32).

Hemos utilizado el término aparentemente y entrecomillado “cada hipoteca” porque hemos utilizado en la idea más el grafismo que la pura técnica, pues decir que surgen tantas hipotecas autónomas como fincas no es correcto y claramente se observa cuando no hay tercero.

Intentado fijar unos conceptos para no mezclar principios y tipos parece oportuno hacer alguna observación sobre uno de los objetivos de la nueva LH 1861, concretamente el de favorecer el crédito territorial, que los acreedores tuvieran mayores garantías. A primera vista parece que la hipoteca solidaria ofrece mayores recursos al acreedor. Sin embargo, ROCA SASTRE pone de manifiesto que la distribución hipotecaria favorece el crédito territorial, evita engaños y maquinaciones fraudulentas y realmente la solidaridad no produce gran utilidad al acreedor si su hipoteca es suficiente (33).

(31) No siempre se ha diferenciado. Así, la res. de 12 de marzo de 1936 parece entender que la determinación cuando hay varias fincas trunca el principio de indivisibilidad para someterse al de especialidad. Igualmente, más adelante veremos el debate parlamentario entre ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER.

(32) La indivisibilidad actúa respecto de cada una de las fincas (GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO: “Algunos problemas actuales de la hipoteca...”, cit., pp. 109 y ss., esp. 148 y 150 y ss.), mismos autores en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII-vol. 6.º, pp. 387 y ss.

(33) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, IV-1.º, pp. 526 y ss.; vide también GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO: *Comentarios al Código Civil...*, cit., VII-vol. 6.º, pp. 406 y ss.

Desde luego, la EdeM 1861 tenía clara la inclinación a favor de la distribución: "Mas importante bajo el aspecto de la conveniencia es otra regla adoptada por la comisión, si bien no de las capitales de ley, que reforma nuestro antiguo derecho. Segun este, cuando se hipotecan varias fincas á la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas á una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se extiende por igual el derecho hipotecario del acreedor. Resulta de aquí que el deudor ve frecuentemente minorado su crédito territorial mucho mas de lo que en realidad han desmerecido su riqueza y la garantía que aun ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas á que se hallan afectos: resulta tambien que así vienen á ser protegidas indirectamente por la ley las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipotecas. A estos inconvenientes ha ocurrido el proyecto proponiendo que cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad ó parte de gravamen de que cada una tiene que responder. De este modo la carga real no se estiende á todo el valor de la finca, sino solamente á una cifra que puede ser muy inferior á su valor verdadero, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario que no perjudicará al antiguo en lo que alcance el valor de la cantidad hipotecada, pero que tendrá preferencia sobre otros créditos y aun sobre el mismo por la parte á que no estén afectos los bienes inmuebles ó los intereses vencidos de las dos anualidades anteriores y la parte vencida también de la anualidad corriente".

"Por consecuencia de esto –continúa la EdeM– enajenada la finca á un tercero, ó constituida sobre ella una hipoteca nueva, el tercer adquirente ó hipotecario no deberá ser inquietado por la obligacion personal del deudor. Al acreedor le quedará siempre espedita la accion real para reclamar contra los demas bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor; hasta donde alcancen sus respectivas hipotecas, y respecto á la suma á que no alcancen, como su accion es puramente personal, no podrá ni perjudicar á las enajenaciones, ni pretender que queden sin efecto cualesquiera otras cargas reales que se hayan impuesto sobre la finca".

Parece lógico pensar que tal distribución, en abstracto, favorece el crédito territorial. Sin embargo, también debe reconocerse que

en algún caso concreto puede implicar una menor valoración (34); cabe pensar que una vivienda puede tener un valor superior si se transmite con plaza de garaje. Ciertamente ello no sería especialmente relevante por cuanto la protección del crédito en general, como cualquier otro principio general, debe tener mayor valor que supuestos específicos, pero debe quedar claro que una correcta determinación de la responsabilidad resulta importante.

También es relevante mantener el difícil equilibrio entre la protección del crédito y de los intereses del deudor y, de otro lado, los del acreedor. Este, hoy en día, se presenta revestido de la tipología de una entidad financiera de amplias hechuras frente a importantes compañías, algunas de carácter multinacional, pero también frente a consumidores que acuden al crédito bancario para la compra de la vivienda, etc., que, por su debilidad, atraen mayor simpatía que esas poderosas entidades financieras. Sin embargo, creemos que el equilibrio debe mantenerse, pues su falta puede generar la huida de esas entidades o el endurecimiento de las condiciones. Parece innecesario aclarar que si en un platillo de la balanza se coloca una robusta entidad y en el otro una persona normal es necesario poner los contrapesos necesarios –información, transparencia, proscripción del abuso, etc.– para lograr ese equilibrio. Creemos dañino, tanto la ausencia de esos contrapesos como el exceso de los mismos, pues este puede generar un endurecimiento de las condiciones del crédito. En nuestro Derecho tenemos el ejemplo de la legislación arrendaticia; el exceso proteccionista del arrendatario hasta la nueva Ley de 1994 (o, al menos, hasta el RD Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica) prácticamente expulsó

(34) VILLARÉS PICO dice que en algún caso la distribución puede ser poco práctica si la propiedad está muy dividida; cree que los redactores de la LH de 1861 pudieron ser en este punto algo teóricos y demasiado románticos (“Hipoteca constituida sobre varias fincas”, RCDI, septiembre de 1935, núm. 129, pp. 669 y ss.). Tampoco se muestra muy partidario BLANCO TRIGUEROS, el cual considera que la innovación de la LH de 1861 puede ser correcta y beneficiosa, pero en la práctica no resulta tan ventajosa y razonable; el deudor necesita protección, pero también el acreedor (*Hipoteca de varias fincas y derechos*, 1899, Pixelegis, biblioteca digital de la Universidad de Sevilla). CANALES E IBÁÑEZ consideraba que el principio de determinación es más ventajoso en orden al crédito territorial, pero es más desventajoso para el primer acreedor hipotecario (ob. cit., tomo 2.º, pp. 222-223).

el arrendamiento del mercado inmobiliario siendo España uno de los países con menor cota en tal mercado.

Una vez hechas las consideraciones precedentes recordando la primitiva LH 1861, cuyo sesquicentenario se conmemora, nos vamos a ocupar de un extremo que ya se recogía en la misma, de ahí lo expuesto anteriormente: la distribución de responsabilidad hipotecaria cuando se hipotequen varias fincas en garantía de un crédito, y vamos a compatibilizar antecedentes con la viva actualidad.

Nos parece de interés la idea de DURÁN Y BAS no basta leer el precepto legal, sino que es necesario conocerlo desde que nace hasta la época en que se investiga, el propósito del legislador que lo ha dictado, las necesidades políticas de su tiempo, las alteraciones por que ha pasado, y las causas que han provocado su existencia (35).

III. PLURALIDAD DE FINCAS. DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD

A) TEXTOS NORMATIVOS

El artículo fundamental es el 119 LH de 1946. Son también de interés los siguientes artículos 120 a 125. El art. 246 LH es un corolario del citado art. 119.

Como es sabido, la historia legislativa hipotecaria se condensa en cuatro leyes, la inicial de 1861, la de 1869, la de 1909 y la de 1946, producto de la reforma de 1944. Estas cuatro leyes jalonan dicha historia sin perjuicio de existir además varias modificaciones concretas de mayor o menor alcance.

Pues bien, la primera conclusión que se obtiene es que la redacción de los arts. 119 a 125 de la primitiva LH 1861 ha alcanzado sin variación el texto de 1946 (36). En efecto, los citados artículos de la LH de

(35) Citado por LASSO GAITE, ob. cit., I, p. 9. La cita corresponde al debate parlamentario del Código Civil, sesión en el Congreso del 18 de junio de 1885 –se debatía sobre las legislaciones forales– y su original puede verse en *El código civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, editado por el Senado, 1989, tomo I, p. 693, p. 5186 del Diario núm. 176, de 18 de junio de 1885.

(36) Las variaciones son de acento o nimias, como cualquier por cualquiera o asegurada por garantida. Los textos se toman de *Leyes hipotecarias...*, citada.

1861 no fueron modificados por la LH de 1869 (37); la LH de 1909 reprodujo la redacción (38); tampoco los modificó la ley de reforma de 10 de noviembre de 1944 y por ello alcanza esa redacción inalterada el nuevo texto y vigente aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946.

Cada uno de los textos legales ha sido desarrollado por diversos reglamentos y en estos sí ha habido alguna modificación en la materia que nos va a ocupar de la forma de llevar a cabo la distribución de responsabilidad hipotecaria.

El Reglamento general para la ejecución de la LH 1861, de fecha 21 de junio de 1861, bajo la rúbrica "De las hipotecas en general y de las voluntarias", indicaba al respecto:

"art. 99: Los registradores no inscribirán ninguna hipoteca sobre bienes diferentes, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes o por mandato del Juez, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca debe responder".

"art. 100: Las partes podrán acordar la distribución prevenida en el artículo anterior, en el mismo título que se debe inscribir, o en otro diferente, que podrá ser escritura pública o solicitud dirigida al registrador, firmada o ratificada ante él por los interesados..."

El artículo 101 excluía de esos dos artículos a la anotación preventiva excepto cuando se convirtiera en inscripción definitiva de hipoteca y grave diferentes bienes.

El Reglamento general para la ejecución de la LH 1869, de fecha de 21 de diciembre de 1870, no recoge modificación alguna de los citados arts. 99 y 100 y solo retoca el 101.

El Reglamento para la ejecución de la LH 1909, de fecha 6 de agosto de 1915, recoge el contenido de los indicados arts. 99 y 100 en el art. 189 bajo la rúbrica "De las hipotecas en general y de las voluntarias" con la siguiente redacción: "No se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales ó porciones ideales de unas y otros, afectos á una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, ó por mandato judicial en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción ó derecho deba

(37) Ley de 21 de diciembre de 1869.

(38) Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909.

responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible ó en otro documento público, ó en solicitud dirigida al Registrador firmada ó ratificada ante él" (39).

Por Decreto de 14 de febrero de 1947 se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 1946 y su art. 216 es el texto vigente, texto inalterado en la importante reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959 manteniéndose todos los artículos de la rúbrica "distribución del crédito hipotecario", excepto el art. 219, en el que se introducen los núms. 2.º y 3.º.

B) SOLIDARIDAD E INDIVISIBILIDAD. PAGO PARCIAL

Hecho este recorrido por los distintos textos normativos, conviene aclarar algunas ideas.

El art. 119 LH que venimos comentando recoge la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria cuando se hipotecan varias fincas en garantía de un crédito.

Este principio viene a ser respuesta a la expulsión de lo que se viene denominando como hipoteca solidaria (40), es decir, que todas las fincas respondan por el total de la responsabilidad hipotecaria.

Distinto a ello es el principio de indivisibilidad, del que resulta que la hipoteca subsistirá íntegra hasta que no se haya pagado la totalidad del crédito, principio que se recoge en el art. 1860 CC y en el art. 122 LH.

La distribución y la indivisibilidad afectan a dos esferas distintas y no deben confundirse. Aquella no es concepto opuesto al de la indivisibilidad, sino al de la hipoteca solidaria. Una vez se produce la distribución, en especial cuando media un tercero, se puede apreciar el dibujo de tantas hipotecas cuantas fincas respondan y la indivisibilidad actuará con relación a cada finca.

La precisión antecedente no es inoportuna por cuanto en alguna ocasión se ha debatido y en un momento de interés.

En efecto, podemos recordar la discusión parlamentaria en el Congreso entre ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER.

(39) A la exclusión de las anotaciones preventivas aludía el art. 191.

(40) CANALS BRAGE considera esta terminología de bastante desafortunada ("Reflexiones sobre la distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas mediante solicitud dirigida al registrador [art. 216 RH]"), *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 33, enero de 1998, p. 21).

El primero (41), crítico con el texto, consideraba que una de las causas que había impedido la gran reforma codificadora era la lucha entre dos escuelas: la histórica, que quiere conservar los fueros especiales, y la filosófica, que quiere resumirlos todos en un mismo Código. Después de considerar que no había dificultad en confeccionar un código en que estén representadas ambas escuelas, entendía que no era oportuna una ley hipotecaria sin un previo código civil; "Sin el Código Civil es imposible que se hagan las demás"; "El día que venga el Código Civil, ¿para qué servirá la ley hipotecaria?". Tras estas consideraciones y tras decir que la ley hipotecaria "es de especialidad y publicidad", considera que ese retrato era incompleto, destacando seis grandes caracteres, uno de ellos el de la divisibilidad.

"Hasta ahora –decía– era un principio eterno entre nosotros que el que tenía derecho a una hipoteca, que el que tenía hipotecadas unas fincas por 4, 6, ú 8.000 duros, tenía el mismo derecho sobre todas y cada una de las diferentes fincas hipotecadas para reclamar el pago de todo el capital, ó parte de él y de sus réditos. Este es un verdadero principio de justicia, y hoy se echa por tierra en esta ley, estableciendo la divisibilidad, en virtud de la cual si se hipotecan 8, ó 10, ó 20 fincas, es menester que se señale a cada una de ellas la cantidad de que ha de responder" (42).

Considera inconveniente la divisibilidad, "principio nuevo en España, principio contrario, no solamente a nuestra antigua legislación, sino al proyecto de Código Civil" (43).

En la siguiente sesión, del lunes 7 de enero de 1861, una vez concluido el interrumpido discurso del Sr. ORTIZ DE ZÁRATE de la sesión anterior, replicó el Sr. PERMANYER y en el punto concreto de la divisibilidad señaló que la nueva ley recogía el principio contrario, "la nueva ley sanciona la indivisibilidad, la define, establece sus efectos, y lo hace perfectamente, de acuerdo con las buenas doctrinas y con lo que se hallaba establecido en el derecho actual, y aun en el que ya nos trasmi-

(41) *Discusión parlamentaria sobre la autorización para plantear como ley el proyecto de la ley hipotecaria*. Versión digital (Iuris Digital, Biblioteca virtual de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), pp. 180 y ss. También puede verse la discusión parlamentaria en "Leyes hipotecarias...", cit., tomo I, vol. II, 1989.

(42) *Discusión parlamentaria...*, cit., p. 184.

(43) *Ibídem*, p. 185.

tieron los romanos, quienes conocieron el derecho de hipoteca, aunque respecto de él hubiesen dejado ese gran vacío, la falta de publicidad, única cosa en que ha debido completarse esa institución” (44).

Consideró que se confundía entre divisibilidad y solidaridad: “confundió [refiriéndose al Sr. ORTIZ DE ZÁRATE] la indivisibilidad propiamente tal, con la que debe llamarse y se llama en derecho solidaridad de obligaciones, por la que cuando un solo crédito se asegura en garantía con varias fincas han de responder todas y cada una por el todo del crédito asegurado. Esto, y en ello convendrá el Sr. ORTIZ DE ZÁRATE, no es propiamente indivisibilidad, es solidaridad, y esto es lo que el proyecto de ley ha condenado y prohibido en beneficio del crédito territorial, en utilidad del mismo propietario que trate de gravar sus bienes” (45).

Ciertamente, el Sr. ORTIZ DE ZÁRATE, al contestar y ejemplificar la divisibilidad, cita, entre otros, los arts. 119, 120, 121, 124, pero no el art. 122.

Expuestos estos antecedentes parece oportuno retomar el inicio de este epígrafe acerca de la solidaridad y la indivisibilidad y, además, hacer alguna reflexión sobre la eventualidad de un pago parcial.

El art. 119 LH condensa, como hemos dicho, el principio de determinación de modo que cuando se hipotecan varias fincas “a la vez” (46) en garantía de un crédito hay que determinar la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder. Tal norma se contrapone al de la hipoteca solidaria, que es una hipótesis de hipoteca sobre varias fincas y todas ellas responden de la totalidad del crédito.

Distinta perspectiva, como apuntamos antes, ofrece el principio de indivisibilidad de la hipoteca, que se puede traducir en el sentido de que hasta que no se pague la totalidad del crédito la cosa hipotecada

(44) *Discusión parlamentaria...*, cit., p. 214.

(45) *Ibíd.*, p. 215.

(46) La expresión “a la vez” no debe entenderse solo cuando la hipoteca sobre varias fincas tiene lugar en un mismo acto. La resolución de 3 de mayo de 2000 así lo entiende y con base a una interpretación teleológica considera que no cabe una nueva garantía hipotecaria sobre una nueva finca en garantía de un crédito ya garantizado con hipoteca, “se excluye así una segunda garantía hipotecaria por el total de una obligación ya garantizada hipotecariamente en su integridad”, y lo congruente sería una redistribución. El supuesto era una hipoteca sobre cuatro fincas distribuyéndose la responsabilidad; cuatro meses después se hipoteca una quinta finca en garantía de la misma obligación, fijando una cifra de responsabilidad para esa finca.

no pierde tal condición de hipotecada y ello aunque se reduzca la cantidad adeudada o se reduzca la cosa hipotecada. Es decir, si una finca garantiza 100 y el deudor paga 30, la hipoteca sigue íntegra sobre la finca; no es que el deudor siga debiendo 100, sino que debe 70, pero la hipoteca sigue gravitando sobre la totalidad de la finca (47).

Si en garantía de 100 se hipotecan cuatro fincas, el principio de determinación exige precisar la cantidad de que cada una responda (por ej., 25 cada una); en tal caso, pagadas 20 no se puede pedir la cancelación parcial; en caso de pagar 25 y poder exigir la cancelación de una de ellas (arg. art. 221 RH) no estaríamos ante una cancelación parcial, sino total con relación a esa finca.

Estamos en esferas distintas; de un lado, la proscripción de la solidaridad; de otro, la indivisibilidad.

Aquella proscripción surge de la reforma hipotecaria de 1861 mientras que la indivisibilidad es un principio general de la hipoteca que encuentra raíces en el Derecho romano y que no solo se acoge en el art. 122 LH, sino que, por esa tradición, también se recoge en el Código Civil en su art. 1860 (48).

(47) Es tradicional la máxima acerca de la indivisibilidad de la hipoteca: *tota in toto et tota in qualibet parte*.

(48) Sobre el art. 1860 puede verse MANRESA: *Comentarios al código civil español*, tomo XII, 1907, pp. 393 y ss. (Pixelelegis. Biblioteca digital de la Universidad de Sevilla), GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, 1979, XXIII, pp. 372 y ss.; sin embargo, el autor dice que la LH se aparta de la indivisibilidad en el caso del art. 119 LH, criterio, sigue diciendo, que “aparece también ratificado en el artículo 216 del Reglamento Hipotecario y revela que el legislador ha dado preferencia en este punto al principio de especialidad sobre el de indivisibilidad” (ob. cit., p. 377); no obstante, nosotros venimos oponiendo el principio de determinación del art. 119 LH al de solidaridad; lo que sucede es que antiguamente cabía una aplicación cumulativa, la solidaridad y, además, la indivisibilidad sobre la totalidad de las fincas. GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO se plantean en qué medida el principio de distribución de responsabilidad hipotecaria atacaba al viejo principio de indivisibilidad de la hipoteca, manteniendo, aludiendo a la EdeM de 1861, que permanecía intacto; “la distribución se impone como previa... que va a dar lugar a la ficción legal de entender constituidas tantas hipotecas como fincas gravadas. Pero una vez inscritas, la indivisibilidad actúa respecto de cada finca con plena eficacia” (“Algunos problemas...”, cit., p. 142). En efecto, la EdeM de 1861, después de referirse al principio de determinación dice que “[e]l derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo que fue en-

No obstante, la proscripción de la hipoteca solidaria se produce cuando se pretende *a priori*, por cuanto sí cabe *a posteriori*; en efecto, cuando una finca hipotecada se divide estamos ante una hipoteca solidaria, dado que no hay distribución salvo cuando medie acuerdo (art. 123 LH).

La norma parece lógica. La hipoteca es un acto dispositivo pero no es una enajenación, al menos no es una enajenación actual y pura; estamos ante una enajenación latente, que está dormida, y despierta en caso de incumplimiento, de modo que si este no se produce la enajenación no despertará nunca. Si con la hipoteca no hay enajenación, y el propietario sigue desplegando sus facultades dominicales (uso, frutos, etc.), incluso puede vender y esta venta despliega sus habituales efectos si la obligación garantizada se paga, parece lógico que pueda desarrollar actos de menor intensidad como una división de la finca hipotecada.

Sin embargo, por otra parte, hay que preservar los intereses del acreedor y estos no deben verse perturbados por tales actos; como la división de la finca puede dañar al acreedor y lógicamente este acto no debe perjudicarlo se establece que no hay distribución de la hipoteca entre las nuevas fincas salvo que medie acuerdo (art. 123 LH) (49).

Una expresión que se maneja con frecuencia resulta ser que cuando hay distribución de responsabilidad se constituyen tantas hipotecas como fincas. Así, por ejemplo, se pronuncia ROCA SASTRE, sin embargo, de inmediato aclara que “quizá no sea del todo cierto que siempre se constituyan varias hipotecas independientes las unas de las otras, porque en rigor sólo hay una hipoteca; lo que sucede es que cuando no se trata de efectos entre los contratantes, sino frente

tre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa”. Por ello, los autores citados, GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, consideran excesiva la afirmación de la resolución de 12 de marzo de 1936 de que la determinación de la responsabilidad hipotecaria de cada finca “trunca el principio de indivisibilidad, para someterse al de especialidad” (ob. cit., p. 142, nota) (el supuesto era de una hipoteca subsidiaria).

(49) Conforme al art. 46 RH, al dividirse la finca, en las nuevas inscripciones se expresará la procedencia de las fincas, “así como los gravámenes” que tuvieran antes de la división. Para la segregación puede verse el art. 47 RH.

a terceros, es cuando actúa la limitación que la distribución envuelve, de manera que ante éstos, prácticamente es como si la hipoteca única se dislocara en tantas hipotecas como fincas" (50).

Se comprende esta aclaración al observar el art. 120 LH: fijada la parte de crédito de que debe responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos "con perjuicio de tercero", sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos. Es decir, si no hay tercero, la hipoteca distribuida puede funcionar como una hipoteca solidaria (51). Si hay tercero, la distribución despliega su eficacia (52).

Ello significa, pues, que si no hay tercero, el deudor, aunque haya pagado la parte de que responde una finca, no puede pedir la cancelación pues, repetimos, la distribución no actúa.

Si hay tercero (53), el art. 221 RH habilita para pedir tal cancelación, si bien un importante sector doctrinal exige el vencimiento del crédito por cuanto el plazo se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor (art. 1127 CC).

Visto sucintamente el principio de determinación y la proscripción de la solidaridad *a priori* y su admisibilidad *a posteriori*, quizá debiéramos, también de modo sucinto, aludir a la división de finca hipotecada; en tal caso hay solidaridad salvo acuerdo de distribución.

En efecto, como hemos indicado, en tal caso no hay distribución obligatoria sin perjuicio de que la pueden acordar conforme al art. 123 LH. Parece plenamente aplicable el art. 124 LH, de modo que si media división de la hipoteca y se paga parte del crédito "se puede exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca". Recordemos, además, el art. 1860, párrafos 4 y 5, del Código Civil, en cuya virtud se establece que cuando hay varias fincas y cada una garantiza una porción determinada del crédito "el deudor" tendrá derecho a la cancelación de la hipoteca a medida que se satisfaga la parte de deuda de que responde.

(50) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, cit., IV, 1.º, p. 543.

(51) Vide MORELL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1930, tomo 4.º, p. 16.

(52) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, cit., IV, 1.º, p. 542.

(53) La STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 947) contempla un caso de pago parcial, inferior al crédito, pero, además, el que pagó era una sociedad a la que se aportaron los bienes, y se da por probado que ese pretendido tercero fue una creación ficticia y por tanto no había tercero.

Interpretados literalmente estos preceptos resulta que en el caso de división el deudor puede pedir la "cancelación parcial" (realmente sería totalmente sobre una finca). Sin embargo, un sector autorizado de la doctrina mantiene la necesidad de concordar esta normativa con la del CC y en concreto la imposibilidad de compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación (art. 1169 CC) (54).

ROCA SASTRE, comentando el art. 124 LH, que también aplica al caso de determinación del art. 119 LH, considera que hay que combinar los artículos de la LH con el art. 1169 CC y 221 RH, de manera que aunque el art. 124 LH señala que pagada la parte de crédito de que responde una finca puede pedirse "por aquel a quien interese" la cancelación parcial, ello solo será así si el acreedor ha aceptado voluntariamente el pago o se le impone, bien por realizarse con base a un acuerdo previo, bien por efectuarlo un tercer poseedor, siempre que esté vencido el crédito garantido; en definitiva la determinación de responsabilidad hipotecaria o la distribución entre las fincas divididas no destruye la unidad del crédito total garantizado, a salvo un pacto especial (55). Continúa diciendo que a la Ley Hipo-

(54) Si hay división de la finca y no ha mediado acuerdo para la división de la hipoteca plantea también un problema en caso de que el acreedor quiera cancelar parcialmente la hipoteca en cuanto a una o algunas de las fincas resultantes de la división. Lo mismo que el deudor no puede distribuir la responsabilidad sin consentimiento del acreedor (art. 123 LH) tampoco puede el acreedor proceder a la cancelación en cuanto a una finca sin consentimiento del deudor y de los eventuales terceros poseedores; la DG considera que cuando hay división de la finca y no se distribuye la responsabilidad, no solo median relaciones jurídicas entre el titular del derecho real y cada uno de los dueños resultantes de las nuevas fincas, sino también entre los distintos dueños de estas fincas afectadas por el mismo gravamen (*vide* resolución de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 15 de junio de 1993 y 15 de octubre de 1999 –en esta última resolución se dan circunstancias especiales y se admitió el recurso–; comentan críticamente las tres primeras resoluciones CARBONELL SERRANO y NAVARRO DÍAZ en RCDI, julio-agosto de 1989, núm. 593, pp. 1276 y ss.).

(55) ROCA SASTRE (ob. cit., 1968, IV-1, p. 546) cita la resolución de 25 de noviembre de 1935, que parece ir en línea de que la distribución lleva consigo la división del crédito al declarar ineficaz el pacto de renuncia a la cancelación parcial; sin embargo, no la considera argumento decisivo. Aunque la resolución no es clara se mezcla con la posibilidad del "legítimo interés del adquirente de las fincas, quien puede obtener la cancelación parcial".

tecario no le preocupa de ningún modo la división del crédito, sino la concreción de la responsabilidad hipotecaria; la legislación hipotecaria limita su competencia al sector de los derechos reales y no altera el derecho de obligaciones. Cuando el art. 1169 CC indica que no cabe compeler al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación, esta regla subsiste cuando media distribución de responsabilidad hipotecaria, pues esta no autoriza pagos parciales; cuando se dice a veces que con la distribución hay tantas hipotecas como fincas se refiere a las hipotecas, no al crédito (56). Cuando el art. 221 RH permite al tercer poseedor pagar y exigir la cancelación confirma la regla general, puesto que limita la facultad de imponer un pago parcial al caso de que la finca haya pasado a un tercer poseedor, lo que prueba, a juicio de este autor, que cuando no es el tercer poseedor el que paga el acreedor no está obligado a aceptar el pago (57).

También DE LA RICA se inclina por la coordinación y señala, en apretada síntesis:

a) Al acreedor no se le puede obligar a aceptar pagos parciales, salvo pacto en contra.

b) Si el acreedor, por cualquier causa, recibiere el pago parcial, estará obligado a consentir la cancelación parcial.

(56) La DGRN en sus resoluciones de 1 y 17 de octubre de 2001 y 13 de enero de 2003 ha señalado que el principio de determinación exigido por el art. 119 LH “no implica división del crédito asegurado en tantos créditos como fincas se dan en garantía; el crédito conserva su unidad originaria y con ella la facultad del acreedor de excluir pagos parciales (cfr. art. 1169 del Código Civil) y la facultad de exigir el todo al deudor (cfr. art. 1157 del Código Civil)”, cuando el acreedor, sigue diciendo la DGRN, insta la ejecución de las fincas dadas en garantía no está haciendo valer hipotecas diferenciadas de créditos independientes, sino la garantía real única de un único crédito sin perjuicio de que del precio de remate no se destine para pagar al acreedor una cantidad superior a la fijada. Los hechos de las resoluciones se refieren a hipotecas distribuidas sobre varias fincas; se ejecuta la hipoteca y se rematan por importe inferior, *en su conjunto*, al importe de lo reclamado pero, sin embargo, por *importe superior a la responsabilidad de alguna de las fincas*. Puede verse con relación a las de 2001 un comentario de GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS en *La Notaría*, noviembre-diciembre, 2001, vol. I, pp. 205 y ss. (si la distribución –dice– solo es eficaz respecto a terceros, “entre deudor y acreedor hipotecario la hipoteca de varias fincas funciona de alguna manera como una «hipoteca solidaria»”).

(57) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, cit., 1968, IV-1, pp. 544 y ss.

Estas normas son para las relaciones inter partes pero cuando surge un tercero hipotecario cobran preferencia los preceptos hipotecarios y el acreedor no sufre perjuicio con la cancelación parcial, pues no podrá repetir en perjuicio de tercero, sino por la cantidad o parte de gravamen de que responda y de ahí el art. 221 RH (58).

De lo expuesto podemos concluir que no se puede inscribir una hipoteca que garantice un crédito cuando la hipoteca grava varias fincas sin que se determine la cantidad de que responde cada finca. En consecuencia, la regla general es la expulsión de la inscripción de una hipoteca solidaria (59).

Pero esta regla es para inscribir una hipoteca. Sin embargo, una vez inscrita una hipoteca, por acontecimientos ulteriores, puede devenir en solidaria. Así lo expresa el art. 123 LH: si una finca hipotecada se dividiera en dos o más “no se distribuirá” entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor.

La distribución es, pues, un requisito previo para la inscripción de la hipoteca, pero no cuando la pluralidad de fincas surge *a posteriori*. Es requisito esencial para su nacimiento, pero no para su existencia.

No significa, pues, que la distribución sea requisito estructural para la hipoteca, sino que se trata de una expresa elección del legislador.

Por último, cabe decir que la indivisibilidad resultante del art. 122 LH y concordantes puede ser alterada por pacto con el acreedor, pues está en su beneficio. En tal caso de pacto, una vez distribuida de nuevo rige la indivisibilidad sobre las nuevas fincas por cuanto creemos que la determinación se compatibiliza con la indivisibilidad.

(58) DE LA RICA: “Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”, en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, 1976, I, pp. 383 y ss.

(59) Como señala ROCA SASTRE, la necesidad de esta distribución previa es insoslayable como regla general y de *ineludible efectucción*, no siendo admisible renuncia ni estipulación alguna en contrario, siendo indiferente que en caso de tratarse de un crédito pluripersonal sea este mancomunado o solidario; que los bienes pertenezcan a un mismo propietario o a varios; que las fincas estén situadas en el mismo o en distintos Registros; que a cada finca se le señale una parte del capital, intereses correspondientes y porción proporcional por costas, o bien que unas fincas respondan por el capital e intereses, y otras, por las costas; como la distribución es por fincas es indiferente que la finca esté en varios Ayuntamientos (ob. cit., tomo IV, vol. 1.º, pp. 524 y ss.).

C) FORMAS DE DISTRIBUCIÓN

C.1. Introducción

Resulta fundamental en este punto el art. 216 RH, conforme al cual "No se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. La misma norma se aplicará a las inscripciones de censos y anticresis.

Lo dispuesto anteriormente no será aplicable a las anotaciones preventivas".

La redacción, como hemos señalado, procede del RH de 14 de febrero de 1947, donde se introduce la posibilidad de que se canalice por la vía de una solicitud con firmas legitimadas.

La cuestión que vamos a plantear es si este artículo es aplicable solo al supuesto previsto en el art. 119 LH (distribución previa a la inscripción) o si es también de aplicación al del art. 123 LH (eventual distribución *a posteriori*).

Este último supuesto tiene gran importancia y frecuente actuación por cuanto es muy habitual en caso de división del préstamo hipotecario tras una división horizontal.

Si hacemos un recorrido por la jurisprudencia registral no encontramos muchas resoluciones de relieve y menos que se planteen el tema que nos ocupa (60).

(60) RODRÍGUEZ LÓPEZ señalaba en el año 2000 que no era un caso frecuente la distribución en documento privado ("La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: el artículo 216 del Reglamento Hipotecario", *La Buhaira*, CER Andalucía Occidental, núm. 18, 15 de febrero de 2000. También en *Lunes cuatro treinta* núm. 300, 1.ª quincena mayo de 2001). Probablemente el supuesto empezó a incrementarse rápidamente si bien el seguro aluvión de casos se frenó por la toma de postura de la DGRN en su resolución de 7 de enero de 2004, que se estudia en el texto. Pero es cierto que históricamente la distribución hipotecaria no ha provocado multitud de resoluciones de la DGRN donde se haya planteado de frente

Es posible –seguro– que en el curso de la cuestión haya tenido notable influencia el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) en esta última modalidad –actos jurídicos documentados (AJD)–, especialmente cuando recientemente se duplicó el tipo impositivo para los documentos notariales (cuota variable).

También en esta cuestión tiene su incidencia la forma financiera de acometer la construcción de nuevos edificios. En efecto, es frecuente que el promotor, una vez comprado el solar, formalice un préstamo con garantía hipotecaria sobre el solar que se extenderá a las edificaciones que se efectúen. Una vez concluida la obra y formalizada la división horizontal se procede a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los diferentes departamentos resultantes de la división horizontal.

Este supuesto entra en la órbita del art. 123 LH y concordantes y por tanto tal distribución, es un acto voluntario entre el dueño del edificio y la entidad financiera.

y como cuestión de fondo (sin entrar en tipos especiales de hipoteca como la cambiaria).

Ello se deduce de la *Jurisprudencia registral* de ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, 1862 a 1963, y en el Apéndice 1964-1977. De las resoluciones que cita bajo la rúbrica “hipoteca (de varias fincas por un solo crédito)” puede deducirse (en algún caso se cita alguna resolución no recogida bajo tal epígrafe):

— Alguna alude a la distribución de pasada o dándola por supuesto o exigiéndola, como en las resoluciones de 31 de enero de 1863; 7 de julio de 1863; 29 de septiembre de 1877 (en garantía de precio aplazado; también, en caso de precio aplazado, la resolución de 4 de noviembre de 1968); 20 de diciembre de 1877; especialmente rigurosa se muestra la de 10 de mayo de 1878 con cierto reproche al notario autorizante (este quiso considerar como una finca lo que eran 27 suertes de tierra); la de 20 de noviembre de 1884 (al ser varias fincas y no alcanzar su agrupación se precisa la distribución); la de 28 de octubre de 1886 (es cancelación de hipoteca distribuida); 16 de enero de 1893; 20 de junio de 1901 (necesidad de distribuir conforme al art. 119 LH y 12 y 22 de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos a Registro); 24 de enero de 1916; 13 de febrero de 1936.

— En alguna se trata una cuestión de pura mecánica registral, como en la resolución de 7 de abril de 1863; 18 de agosto de 1863 (arancelaria), 8 de octubre de 1880 (15 fincas que fueron indebidamente inscritas como una).

— Alguna tiene particular interés por tratar cuestiones especiales, como la de 17 de diciembre de 1863, en que se plantea un caso de derecho transitorio sobre una hipoteca de 1858, cuando no se exigía la determinación, y

Sin embargo, aunque es un acto voluntario, en la práctica se hace necesaria tal distribución, pues de otro modo sería muy difícil encontrar compradores de pisos que tuvieran una carga de una enorme cantidad pues, en definitiva, sería la del total del préstamo –usualmente, una elevada cantidad.

Se precisa, pues, dividir el préstamo hipotecario entre los diferentes departamentos asignando a cada uno de ellos una cantidad por razón de principal y accesorias.

La disyuntiva en tal caso está en otorgar la pertinente escritura con tal finalidad o suscribir un documento privado.

Sin duda, el mejor recurso documental es el de la escritura pública, pero en tal caso surge un inconveniente económico de notable importancia: el impuesto de AJD. Si tenemos en cuenta que de ordi-

una cesión de 1863 (el art. 383 de la LH 1861 atribuía el derecho a pedir la división pero no era obligatorio su uso), también la de 1 de febrero de 1887.

También nos parece de especial interés la de 18 de abril de 1879 (no recogida en el citado índice de ROCA-MOLINA pero de especial interés para el caso que tratamos). En la escritura de hipoteca sobre tres fincas no hay distribución. La DG señala que tal omisión “impide la inscripción de éste [se refiere al instrumento público] mientras no se subsane en la forma que previene el art. 100 del Reglamento General para la ejecución de la Ley Hipotecaria”, reiterando, líneas después, que el “defecto podrán subsanar los interesados en la forma prevenida por el art. 100 del Reglamento” (lógicamente se refiere al de 1870, que coincide en este punto con el de 1861, pues la escritura era de 1877); también es de interés la de 9 de febrero de 1898, reiterada el 19 de febrero de 1904 (se constituye hipoteca sobre cuatro fincas, tres de ellas responden de una cantidad por principal e intereses y la cuarta de la cantidad fijada para costas; la DG señala que se puede hacer la distribución como se estime pertinente y no se exige que cada finca responda de parte de todos los conceptos –principal, intereses y costas–); la de 24 de diciembre de 1906 (constituida por el titular de la nuda propiedad y por el titular del usufructo, no es preciso determinar responsabilidad que afecta a cada uno de los citados derechos); la de 31 de diciembre de 1924 (interesante, aún no recogida en el citado índice, en cuanto se otorga una escritura con distribución de responsabilidad pero esta tiene lugar en una relación sin firma inserta en la escritura; la DG señala que debe quedar clara la lectura y prestación del consentimiento); la de 12 de marzo de 1936 (en la que se desliza que la determinación de la responsabilidad trunca el principio de la indivisibilidad para someterse al de especialidad).

— Alguna carece de relevancia, a nuestros efectos, como la de 29 de octubre de 1866 (en garantía de aixovar); 6 de diciembre de 1892 (se mezclan cuestiones fiscales); la de 5 de abril de 1907.

nario estamos en presencia de préstamos de elevada cuantía, de ahí resulta que la cuota por tal impuesto también es relevante.

Asistimos, pues, a un supuesto, que no es el único, donde razones de índole fiscal pueden obligarnos a hacer una reflexión donde priman consideraciones económicas.

La cuestión que surge, pues, es si el documento privado (art. 216 RH) es recurso ambivalente tanto para la distribución *a priori* como para la distribución *a posteriori*; como queda apuntado, no estamos solo ante un debate puramente sustantivo, sino que tiene una importante relevancia fiscal y, por ende, económica.

C.2. Resolución de 7 de enero de 2004

La doctrina se ha mostrado discrepante y realmente en la actualidad el debate está de momento calmado desde el punto de vista de la práctica por cuanto el documento privado se usa e inscribe en los Registros de la Propiedad.

Ello es así por cuanto la DGRN se ha pronunciado en esta cuestión en su famosa resolución de 7 de enero de 2004. Si el documento privado tiene el “aval” de la DGRN y, además, es más económico, resulta difícil que una actuación *individual* notarial o registral haga revisar la “tesis oficial” (61).

Estas líneas difícilmente van a cambiar esa práctica –al menos si no media un cambio fiscal–, pero sí pretenden poner de manifiesto

(61) Con ello solo constatamos una realidad, sin entrar en el debate acerca del “carácter vinculante” de las resoluciones de la DGRN a que alude el párrafo 10 del art. 327 LH.

Sí que parece extraño que “una” resolución de un órgano administrativo dictada para un caso concreto pueda tener más fuerza que “una” sentencia del Tribunal Supremo que no alcanza el valor de jurisprudencia. Recientemente el TSJ de Madrid ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el “valor vinculante” de las resoluciones de la DGRN, si bien en el ámbito de expedientes sancionadores, pero matizando claramente ese carácter vinculante y reconduciéndolo a un acto administrativo singular declarando que carece de justificación atribuir mayor vinculación a las resoluciones de la DGRN que a las sentencias dictadas por los Tribunales sobre dichas resoluciones administrativas. Pueden verse las sentencias de dicho Tribunal, todas de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de enero [sección 3.ª, Westlaw JUR 2011\130763], de 13 de enero [misma sección 3.ª, JUR 2011\130723], de 17 de enero [sección 7.ª, JUR 2011\193278], de 20 de

que cabía esperar algo más del Centro directivo (62). Probablemente para redactar estas líneas nos guíe la idea de que para repetir la "tesis oficial" mejor es callar; creemos que es saludable revisar alguna idea aun a riesgo de no ser escuchado o leído.

enero [sección 3.ª, JUR 2011\130798], de 22 de febrero [sección 3.ª, JUR 2011\143908], de 24 de febrero [sección 3.ª, JUR 2011\170064].

Esa extrañeza ha permitido sacar del apuro a la Administración en materia de cancelación de embargos por cuanto la resolución de 21 de julio de 2005 declaró de modo sorprendente, siendo directora general la Sra. Blanco-Morales, que las anotaciones prorrogadas antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000 caducaban también a los cuatro años. Rápidamente la DGRN cambió de criterio (res. de 30 de noviembre de 2005), pero de ser cierto el criterio literal del citado art. 327,10 LH la doctrina vinculante seguiría siendo la de la cancelación, pues aquella resolución fue estimatoria del recurso y las restantes no. Por demanda presentada por el registrador (frente al criterio expresado reiteradamente por la citada directora general) se consiguió que el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Pontevedra, en sentencia de 31 de enero de 2007, revocara la resolución (la Audiencia Provincial, sección 3.ª, de Pontevedra por sentencia de 16 de octubre de 2007 desestima la apelación).

La verdad es que antiguamente el "carácter vinculante" de las resoluciones no se discutía, pues eran de una autoridad que, en general, no admitía discusión. De ahí que fuera citada y admitida en muchos casos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se la conociera como "jurisprudencia registral".

Como decimos, no es momento de entrar en ese debate que ha hecho correr ríos de tinta, sino constatar un hecho.

Ciertamente, el notario se ve en situación comprometida para no legitimar la firma y, en el fondo, mira con disfavor a un impuesto que grava su función. Por su parte, el registrador sabe que una calificación negativa acabará en un recurso y será revocada por la DGRN. Es a esta y a la Administración tributaria a quienes corresponde actuar aunque esta última puede que se vea frenada por cuanto tiene a veces un discurso equívoco, por un lado el fomento de la vivienda, por otro la búsqueda de nuevas hendiduras donde introducir el hecho imponible, la subida de bases o la duplicidad de tipos impositivos.

(62) Desde luego, nada más lejos de la realidad la concurrencia de cualquier idilio o complacencia del autor de estas líneas con un ensanchamiento del acceso de la documentación privada al Registro, como a veces se achaca desde ciertas posiciones notariales frente a registrales, por cuanto pensamos que el sistema de seguridad jurídica preventiva será más fuerte cuanto más lo sean los dos pilares, notarial y registral, que lo sostienen.

Quizá fuera bueno que los responsables de esos dos pilares se dedicaran a tal robustecimiento en lugar, a veces, de buscar y alentar grietas, incluso minando el otro pilar.

El supuesto de la citada resolución es el típico y frecuente de un préstamo concedido para financiar la construcción de un edificio; posteriormente, la propietaria otorga la escritura de obra y división horizontal, y formaliza con la entidad financiera un contrato privado de distribución del préstamo con las firmas legitimadas notarialmente, dándose además la circunstancia de que se libera de responsabilidad algunos de los departamentos.

El registrador califica negativamente considerando, entre otros defectos, que no interesan a nuestros efectos, que tal documento privado no es documento formal idóneo para hacer la distribución y menos para liberar de la hipoteca algunos de los departamentos de la división horizontal.

La propietaria del edificio, a través de su letrada, interpuso recurso gubernativo con una interesante y extensa fundamentación, alegando, en apretada síntesis:

- Que el art. 216 RH es título válido y suficiente y supone una excepción al requisito de escritura pública.

- Esa interpretación la fundamenta en la propia redacción gramatical; en una interpretación sistemática (ubicación del art. 216 RH dentro de la regulación de la “distribución del crédito hipotecario”); su interpretación doctrinal (alude a la res. de 16 de enero de 1893 y “la doctrina más autorizada”) (63); la interpretación lógica del art. 216, que responde al principio de especialidad.

(63) Con independencia de que, como es lógico, no todos los argumentos tienen la misma entidad, sí parece que la interpretación doctrinal resendiada en la res. de 16 de enero de 1893 y la “doctrina más autorizada” es extremadamente débil o abstracta.

En efecto, la citada resolución se refiere a una escritura de préstamo hipotecario sobre “varias fincas” sin haberse procedido a la distribución. Se presenta una solicitud para la distribución y la discusión versa acerca de la legitimación del notario para recurrir y acerca de si esa solicitud es suficiente para que se “subsane el defecto”, siempre en el ámbito del art. 119 LH. En todo el recurso los artículos que se mencionan son el 119 LH y los arts. 57 (que trata de faltas subsanables y de las que no lo son) y 100 (antecedente del vigente 216 RH), ambos del Reglamento Hipotecario.

En definitiva, si algún parentesco tiene esta resolución es con la hipótesis del 119 LH y no la del 123 LH (probablemente medió error en la cita o en la transcripción en la resolución).

La alusión a la “doctrina más autorizada” ciertamente impresiona y produce un parón para nueva reflexión, pero falta la expresión nominal

- Hay varias y variadas excepciones al principio de titulación pública.
- Que no hay propiamente liberación de cargas, sino distribución entre las fincas y a algunas no se le asigna ninguna cantidad.

El registrador, en su informe, tras considerar que la documentación pública es la regla general, señala que es necesario distinguir el supuesto del art. 119 LH y el del art. 123 LH. En aquel resulta necesaria la distribución para inscribir la hipoteca y si no se ha efectuado en el mismo título de constitución de hipoteca, el art. 216 RH brinda a los interesados el modo para suplir esta omisión. Sin embargo, en el art. 123 LH la distribución opera no para inscribir la hipoteca, sino sobre una hipoteca ya inscrita. El registrador entendió que el art. 216 RH solo es de aplicación al caso del 119 LH y, además, que para cancelar la hipoteca en los veinte de los cuarenta y un departamentos en que se dividió el edificio se precisaba de un asiento de cancelación que requiere escritura pública o resolución judicial firme.

Debemos reconocer que el debate entre el registrador y la letrada recurrente era de relevante interés. Por ello, defrauda sobremanera la resolución, que revoca la nota con el siguiente fundamento: «visto el artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

»Se debate en el presente recurso sobre si la distribución de la responsabilidad hipotecaria que recaía sobre la finca matriz entre las varias resultantes de su división, puede inscribirse en virtud de documento privado ratificado ante el Registrador; y al respecto ha de señalarse que dicha cuestión viene expresamente resuelta en sentido afirmativo en el Reglamento Hipotecario en su artículo 216, y a tal pronunciamiento ha de estarse ahora, sin que a tal conclusión pueda objetarse el que algunas de las fincas resultantes queden libres de toda responsabilidad, pues no se ve por qué ha de ser distinto el tratamiento en las hipótesis de reducción parcial y en las de

de aquella y, además, en el comentario crítico que de la resolución se hace por BERMUDO en la RCDI núm. 685, que se cita después en el texto y que participó en el recurso, cuando cita la doctrina ciertamente es autorizada pero en general la tesis mantenida es la contraria. Queda, pues, esa expresión en el ámbito de un recurso –que permite argumentos o expresiones en beneficio de la tesis defendida–, más que en la esfera de la argumentación científica.

La debilidad, a nuestro juicio, de esta concreta fundamentación no impide reconocer que está por encima de la ofrecida por la DGRN.

reducción total cuando, en definitiva, lo relevante es que la suma de las responsabilidades a que quedan afectas las distintas fincas resultantes sea igual a la de la originaria finca matriz».

La verdad es que la pobreza, más bien indigencia, argumental es clara (64). Decir que la cuestión viene “expresamente” resuelta en el art. 216 RH sorprende a cualquier lector y lo primero que provoca es si el texto que se manejó respondía a un texto oficial o no. Ni una cita de una norma con rango de ley, ni una cita jurisprudencial, ni una argumentación mínimamente fundamentada en derecho.

Quizá esa pobreza argumental conviviera con la duda en la solución. De otro modo no se explica la solución de esa resolución con el posicionamiento mantenido en la Audiencia Provincial de Valencia.

En efecto, la sentencia de esa Audiencia, sección 7.^a, de 30 de septiembre de 2004 (Westlaw JUR 2005\13008), se cuestiona un supuesto de distribución; al parecer, según los hechos relatados, se trata de una hipoteca *ab initio* sobre 17 fincas distribuyéndose la responsabilidad entre ellas; posteriormente una de ellas se divide y se redistribuye entre las resultantes en documento privado. Ante la calificación negativa presenta demanda la prestataria frente a la Caja de Ahorros prestamista y la DGRN; estimada la demanda resulta que el abogado del Estado, en representación de la DGRN, formula recurso de apelación, que se desestimó.

Si el juicio verbal lleva como número de autos el 762-03, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número dieciséis de Valencia es de 23 de marzo de 2004, si la resolución citada es de enero de 2004 y si la sentencia de la Audiencia es de septiembre, parece que hay una coincidencia cronológica entre dicha resolución y el planteamiento del recurso de apelación, aunque el posicionamiento es distinto.

Aunque hay una cierta diferencia en el supuesto de hecho, pues en el de la sentencia se trata de una distribución sobre otra distribución anterior, no resulta claro que esa matización pueda llevar a soluciones contrapuestas (65); más bien parece una falta de segu-

(64) Crítico con la falta de fundamentación también se ha pronunciado recientemente DÍAZ CADÓRNIGA (“La liberación de finca hipotecada: aspectos sustantivos y fiscales”, *Boletín informativo notarial de Andalucía*, enero 2011, pp. 12 y ss.), aunque es tónica general de quienes se han ocupado de tal resolución, como no podía ser de otro modo por su evidencia.

(65) MERINO apunta que tal vez sea el indicio de cambio de criterio en

ridad en la solución o una falta de coordinación, en ambos casos no plausible.

La Audiencia tampoco es generosa en fundamentación, pues tras dar por reproducida la del Juzgado de Primera Instancia –que no se recoge–, se limita a reproducir el art. 216 RH, el 123 LH y la resolución de 7 de enero de 2004, añadiendo con base en ello que si un documento privado es título suficiente para inscribir en el Registro la distribución de la responsabilidad hipotecaria, ello implica que puede serlo, tanto para el caso de constitución de hipoteca sobre varias fincas sin distribuir la responsabilidad, como para hacer esta distribución entre una finca hipotecada y las resultantes de su división, sin que el art. 216 citado exija que esta distribución no haya tenido lugar en el título constitutivo.

La resolución ha sido objeto de crítica, parcialmente favorable, por BERMUDO VALERO (66), lo que es razonable, pues él, junto con su esposa, fueron los recurrentes. Parcialmente, porque critica la tardanza en la solución, crítica en la que tiene toda la razón; presentado el recurso el 2 de diciembre de 1999, se resuelve por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el 14 de enero de 2000 (curiosamente esta fecha no aparece en el BOE –de 17 de febrero de 2004–, ¿para ocultar la tardanza de la DGRN?) y se resuelve por el Centro directivo el 7 de enero de 2004 (67), con una fundamentación de doce líneas

la DG (*Distribución de responsabilidad hipotecaria en documento privado*, www.notariosyregistradores.com de 3 de octubre de 2008). El autor disiente de la citada resolución de 7 de enero de 2004 tanto en la forma como en el fondo. En cuanto a la forma, por la inusitada pobreza de argumentos y el no apoyarse sino en un mero precepto reglamentario. En cuanto al fondo, por considerar convincente la argumentación del registrador. “En la práctica –concluye el autor–, lo que verdaderamente pasa es el interés por ahorrarse el concepto de Actos Jurídicos Documentados del ITP. Y la presente Resolución le da cobertura”. Tiene razón y al final produce pesar que la argumentación más que científica es de bajo costo, expresión que en versión inglesa inunda la publicidad.

(66) BERMUDO VALERO: “La distribución de la carga hipotecaria en documento privado y sus efectos. El artículo 216 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 2004, RCDI, núm. 685, septiembre-octubre, pp. 2417 y ss.

(67) Es conocida la reciente STS de 3 de enero de 2011 (RJ 426), por la que el Tribunal Supremo en unificación de doctrina declara que el plazo de los tres meses que la DG tiene para resolver el recurso conforme al art. 327 LH

–tres líneas por año–. Sin embargo, la argumentación del autor –reco-gida sustancialmente en la resolución– no es definitiva. La interpretación literal, que dice no necesitar mayor comentario, no nos parece convincente, como veremos, la sistemática de estar encuadrado el art. 216 dentro de la regulación de la “distribución del crédito hipotecario” tampoco parece definitiva; la doctrina presenta dualidad de posicionamiento y la lógica de que el principio de especialidad exige perfecta concreción del derecho que se inscribe es verdad, pero ello no demuestra lo que se pretende de que sea en documento privado. Es cierto que al Registro pueden acceder documentos privados, hay “numerosas excepciones”, como el autor dice, pero son, por tanto, excepciones.

Ciertamente este procedimiento se traduce en un menor coste pero también si se utilizaran en la edificación materiales de peor calidad.

No creemos que el art. 216 RH se refiera al supuesto del art. 123 LH. Alguien podrá pensar de *lege ferenda* que sería bueno, que en este caso hay ahorro fiscal, etc., pero que el art. 216 RH esté abarcando la hipótesis del art. 123 LH lo vemos dudoso.

Creemos que el art. 216 RH hace clara referencia a determinadas circunstancias que no coinciden con el art. 123 LH. Luego expondremos un desarrollo de ellas al exponer nuestra opinión.

C.3. Doctrina

La doctrina no se mostraba con unanimidad con anterioridad a esa resolución de 7 de enero de 2004.

ÁVILA NAVARRO, probablemente el primero que aborda directamente la cuestión (68), mantiene que la distribución fue obsesión de la LH 1861

determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución posterior. No es momento de analizar y valorar esta doctrina, pero sí de dejar constancia de su existencia.

(68) Anteriormente, entre otros, MORELL Y TERRY parece relacionarlo con la subsanación al señalar que se subsana un defecto y, además, al concordar los arts. 119 LH con el art. 119 RH 1915 (semejante al actual art. 110 RH) (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1930, 4.º, pp. 6 y 13). Esta idea se encuentra también en varios autores clásicos; así, por ejemplo, en CAMPUZANO: “de no aparecer en el título la distribución del crédito, el Registrador suspenderá la inscripción solicitada, calificando dicha falta como subsanable...” (*Legislación hipotecaria*, 2.ª ed., 1948 –por LÓPEZ TORRES–, tomo II, p. 109); GALINDO Y ESCOSURA decían: “Si la escritura de préstamo se hubiese omitido la división de

para evitar las hipotecas solidarias y que la distribución por principal, intereses y costas, no tiene por qué ser proporcional, incluso reconoce que a alguna finca se le puede imputar la totalidad por principal y a otra la totalidad por costas –aunque no es habitual–; tras esto señala que el art. 216 RH previene el caso de omisión de la distribución y “establece la forma de subsanar la falta; convenio, en las formas indicadas [en el art. 216 RH], o mandamiento judicial. Pero si, convenida una hipoteca sobre un edificio o sobre una finca que luego se divide, se pretendiese después hacer la distribución entre los distintos pisos o parcelas, sería necesario el convenio entre las partes en escritura pública” y ello porque no procedería el mandamiento judicial, pues no hay obligación para la distribución y porque la instancia es simplemente subsanatoria; “En este sentido, el art. 216 RH es aplicación de la regla general del art. 110 RH... Fuera de este caso, el negocio autónomo de distribución exige escritura pública” (69).

GARCÍA GARCÍA parecía estar encuadrado en esta línea, si bien la doctrina de la resolución de 7 de enero de 2004 parece haberle influido. Con anterioridad, por ejemplo en 1990, al anotar y concordar el art. 216 RH relacionaba la solicitud con el art. 110 del RH y señalaba que la falta de distribución se configura como defecto subsanable (70).

Después de esa resolución, este autor, en 2004, después de la idea expuesta se cuestionaba si la instancia era viable para distribuir la responsabilidad de una hipoteca ya inscrita. Indicaba que esa hipótesis planteaba mayores problemas y podía interpretarse, por un lado, que no cabía la distribución con base en ese precepto, que se refiere a la inscripción de la hipoteca misma, pero al propio tiempo cabía entenderse que para la subsanación ya estaba prevista la instancia subsanatoria en el art. 110 RH, por lo que si el art. 216 ha de tener alguna explicación es sobre la base de una aplicación amplia a todo tipo de

la hipoteca, ha de suspenderse la inscripción del documento hasta tanto que se subsane esta falta...” (*Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo IV, 1884, p. 166).

(69) ÁVILA NAVARRO: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, 1990, pp. 138 y ss. Comparte la tesis de ÁVILA, PÉREZ GURREA, a quien la res. de 7 de enero de 2004 le “rompen los esquemas” (“La distribución de responsabilidad hipotecaria cuando son varias las fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito”, *Lunes cuatro treinta*, núm. 424, enero de 2007, pp. 27 y ss.).

(70) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2.ª edic., 1990.

distribución de responsabilidad hipotecaria, “sea la que se produzca por subsanación de un defecto, o por rectificación –sic– del título ya inscrito”; por otra parte, añade, la aplicación analógica del precepto a este otro caso de rectificación ulterior es evidente: “si la instancia privada es posible para distribuir la responsabilidad hipotecaria entre «varias fincas que se hipotecan», no se ve razón alguna para no admitirla también para hacer una distribución respecto a las «varias fincas formadas por segregación o división de la finca ya hipotecada»” (seguidamente recoge la resolución de 7 de enero de 2004) (71).

Creemos que esta resolución ha podido influir y aunque admite la instancia no podemos olvidar cómo comienza su tesis: “mayores problemas plantea...”. Quizá la justificación basándose en que la instancia subsanatoria está regulada en el art. 110 RH pueda tener alguna explicación, sin perjuicio de que a veces nuestro ordenamiento contiene repeticiones o contradicciones, al menos aparentes. Debe recordarse que el art. 216 RH, como hemos explicado, tiene su origen en el primer Reglamento de 21 de junio de 1861 (arts. 99 y 100), mientras que el art. 110 RH entra en escena por la vía del art. 119 del RH de 6 de agosto de 1915, en desarrollo de la LH de 1909. Esto no quiere decir que no se reconociera ese medio subsanatorio, sino que ese RH de 1915 lo acepta, y establece una regla general (72). Por otra parte, no vemos claro que estemos ante una rectificación, que conlleva una idea de salvar una inexactitud, ni tan evidente que haya analogía por cuanto en un caso la distribución es necesaria *para* la inscripción de la hipoteca, y en el otro no estamos ante un acto *para* la inscripción de la hipoteca, sino ante una *ya* inscrita y, además, no es necesario para la vida de la hipoteca.

JIMÉNEZ PÉREZ se pronuncia en contra de la aplicación del documento privado a la distribución *a posteriori*.

Considera que la LH establece un doble supuesto sobre la distribución hipotecaria, uno, el regulado en el art. 119 (distribución necesaria), otro, el art. 123 (distribución optativa). Partiendo de esta inicial disyuntiva considera que el art. 216 RH, por su dicción, finalidad e historia está pensado para la distribución necesaria aunque reconoce que en la práctica también se aplica a veces para la optativa.

(71) Mismo autor y obra, edición 4.^a, de 2004. Igualmente en su edición 6.^a, de 2009.

(72) *Vide* MORELL Y TERRY: *Comentarios...*, cit., 1928, tomo 3.^o, pp. 267 y ss.

Tras recoger diversas opiniones doctrinales concluye que la solicitud del art. 216 RH es una aplicación de la regla general contenida en el artículo 110 RH, de instancia subsanatoria, pero no puede ser título inscribible ni ejecutivo.

Reconoce que en la práctica es frecuente que un promotor hipoteque un solar que luego construye y divide en régimen de propiedad horizontal; ante la disyuntiva de una distribución en escritura con su repercusión fiscal por acto jurídico documentado o en documento privado escapando de esta, no parece difícil adivinar la solución sin perjuicio de que a juicio de JIMÉNEZ no es lógico que un mismo contenido pague o no en función de la vestidura documental.

Junto al aspecto registral también muestra el autor su preocupación por la eventual ejecución de tal hipoteca distribuida, en especial en orden a si cabe que tal instancia privada contenga el tipo fijado para la subasta contestando negativamente, por cuanto el art. 682 LEC exige que conste en escritura tal tipo para la subasta de la finca sobre la que se hace efectiva la acción hipotecaria (73).

Su preocupación hizo que formulara a la DGRN consulta, que tuvo entrada en el Ministerio de Justicia el 29 de marzo de 2001, que, como es conocido, no ha tenido respuesta (y parece que no la tendrá); ciertamente tal DGRN se pronunció en la res. de 7 de enero de 2004.

Lamentablemente se optó por esta vía en lugar de responder a la consulta, que necesariamente debía tener una mejor argumentación.

CANALS también se ha pronunciado sobre esta materia.

En un primer estudio (74), contra la tesis de ÁVILA, considera que el art. 216 RH no tiene simple vocación subsanatoria (75). Conside-

(73) JIMÉNEZ PÉREZ: "Distribución de hipoteca y ejecución hipotecaria. Problemática que plantea el artículo 216 del Reglamento Hipotecario en sus aspectos fiscal, notarial, hipotecario y ejecutivo", *Rev. Juríd. Notariado*, núm. 38, abril-junio 2001, pp. 101 y ss.

(74) CANALS BRAGE: "Reflexiones sobre la distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas mediante solicitud dirigida al registrador (art. 216 RH)", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 33, enero de 1998, pp. 15 y ss.

(75) CANALS BRAGE entiende que hay "otros supuestos en que el Reglamento Hipotecario contempla una solicitud idéntica a la que nos ocupa [la del 216 RH] sin que pueda encontrarse tampoco en ella razón subsanatoria alguna. Es el caso del art. 238..." (ibidem, pp. 17-18). A nuestro juicio, quizá puedan verse diferencias, pues en el 238 se trata de un hecho futuro y en el art. 216, relacionado con el art. 119 LH, es un problema nacido en el origen; de otra

ra que la determinación de la cantidad o parte de gravamen de que cada finca debe responder no deja de ser “una escueta cifra dineraria, que en sí misma no modifica ni al crédito que cuantifica ni a la hipoteca que lo garantiza” pero, añade, si tal distribución no supone alteración ninguna ni de la hipoteca, ni del crédito, tal distribución en el caso de que proceda por división de la finca hipotecada “necesita de un acuerdo previo de trascendental importancia, como es el de transformación de la hipoteca única recayente sobre la finca matriz en hipoteca plural sobre las fincas resultantes de la división”.

Entiende que cabe distinguir por un lado el supuesto del art. 119 LH; cree que el art. 216 RH está pensando en la hipoteca de varias fincas, en cuyo caso se precisa la distribución.

Distinto es el supuesto de hipoteca sobre una finca que luego se divide donde no se impone la división de la hipoteca sobre las varias fincas resultantes, sino que tal división requiere el acuerdo (en su defecto surge una hipoteca solidaria, terminología habitual si bien el autor la considera bastante desafortunada, pues la solidaridad no pertenece al ámbito de los derechos reales, sino al de obligaciones). Ese acuerdo de división requiere la documentación pública.

Tras estas consideraciones se plantea el supuesto especial de hipoteca de solar que se construye y se constituye en régimen de propiedad horizontal. En tal caso, se plantea si cabe que en la escritura de constitución de hipoteca se articule una disposición en cuya virtud se pacte que cuando se divida en propiedad horizontal se entienda dividida la hipoteca entre las fincas resultantes y esa determinación de responsabilidad hipotecaria se canalice con un documento privado.

El mismo CANALS, cuatro años después (76), se replantea la cuestión sosteniendo sustancialmente las mismas ideas, una vez ya conocidas las tesis de JIMÉNEZ –ya aludida– y RODRÍGUEZ LÓPEZ, que veremos a continuación.

parte, en el 238 se trata de acreditar el hecho condicionante mientras en el 216 estamos ante un acto voluntario que nació incompleto y no digamos si lo relacionamos con el art. 123 LH.

(76) CANALS BRAGE: “Relectura de las reflexiones sobre un artículo del Reglamento Hipotecario aparentemente contra legem (art. 216: solicitud privada de distribución de responsabilidad hipotecaria) a la luz de la STS (sala 6.^a) de 31 de enero de 2001, que ha declarado la ilegalidad de parte de la reforma del Reglamento Hipotecario (RD 1867/1998) y de otras circunstancias menos penosas”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 79, enero de 2002, pp. 30 y ss.

Analiza los dos elementos económicos que se encuentran en el derecho real de hipoteca: el crédito y la responsabilidad hipotecaria. El crédito (que puede distinguirse de la obligación garantizada, como claramente se percibe cuando esta es una obligación de hacer) no forma parte del derecho real de hipoteca, aunque sea el objeto por este garantizado, de cuya existencia necesita; de esta manera el crédito no es objeto de inscripción, lo que justifica que su constancia registral no requiera el cumplimiento del art. 3 LH y de ahí que la reducción del crédito no altere el derecho real de hipoteca.

La responsabilidad hipotecaria aparece como el objeto de la garantía y mediante la fijación de aquella en realidad se está determinando el crédito. El autor considera que la responsabilidad hipotecaria no es propiamente un concepto jurídico, que se diferencie del crédito, es tan solo una cifra, una cantidad con la que los terceros pueden contar, como límite máximo que les pueda afectar. "La responsabilidad hipotecaria no es un concepto jurídico, es un resultado ... es una pura cifra económica, sin sustantividad...".

Distingue los dos supuestos de "distribución de responsabilidad hipotecaria", la necesaria y la voluntaria, y recoge la idea generalizada de que uno y otro caso (una vez establecida la división de la hipoteca del segundo supuesto) producen los mismos efectos.

El autor reitera la idea mantenida cuatro años antes y distingue entre la división de la hipoteca y la distribución de responsabilidad, de modo que cabe que se pacte la división (futura) de la hipoteca que grava un solar (que pasará a recaer como hipotecas distintas sobre los departamentos resultantes de la división horizontal) y la concreción de la distribución, la cual puede resultar de otro documento público o de una solicitud o imponerse por mandato judicial.

RODRÍGUEZ LÓPEZ claramente se manifiesta a favor de considerar que el art. 216 RH se refiere al art. 119 LH. Se plantea el supuesto de una hipoteca que afecta a un edificio y que tras su división en régimen de propiedad horizontal aquella se distribuye entre los distintos departamentos, cuestionando también el caso de liberarse de responsabilidad alguno o algunos de esos departamentos.

Parte de la regla general, a efectos del Registro, de la documentación pública (art. 3 LH) y aunque hay excepciones, estas "no son sino eso: excepciones a una regla general". Este principio, que es de aplicación rigurosa cuando se trata del documento principal, puede

aplicarse más flexiblemente cuando se trate de documento complementario, aclaratorio o subsanatorio.

Este autor distingue el supuesto del art. 119 LH y el del art. 123 LH; supuestos distintos y diferenciados, pues mientras que la distribución de responsabilidad del art. 119 LH es obligatoria, referida a una hipoteca aún no inscrita y donde puede existir una dualidad documental (la escritura de constitución de hipoteca y el documento complementario de distribución), en la del art. 123 LH se trata de una distribución voluntaria, referida a una hipoteca que ya está inscrita, y por tanto con asiento registral protegido por los Tribunales, y hay un solo documento, que es el de distribución de responsabilidad.

Partiendo de esa dualidad, el autor considera que el art. 216 RH se refiere al caso del art. 119 LH, según se deduce de su terminología, su ubicación normativa y su rango normativo. A su juicio, la terminología del art. 216 RH es clara:

- “No se inscribirá ninguna hipoteca”, luego está aún sin inscribir.
- “Hipoteca sobre varias fincas”, se trata de una hipoteca sobre varias fincas y no “una finca hipotecada” que se divide en dos o más, que es el caso del art. 123 LH.
- Sobre “porciones ideales”, lo que considera que se refiere a un momento anterior a la inscripción de la hipoteca.
- “Por convenio entre las partes o por mandato judicial”; no se concibe recurrir al mandato judicial cuando es un acto puramente voluntario.
- “Se determine previamente la cantidad de que cada finca... deba responder”, el término previamente debe referirse a la inscripción.
- “Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento...”; ese otro documento puede ser público o privado y aquí es donde actúa el documento privado que es complementario o subsanatorio del título principal.

El autor también considera que la ubicación también favorece su tesis; reconoce que la norma está encuadrada en la rúbrica genérica de la “distribución del crédito hipotecario”, pero, añade, que también es cierto que la práctica totalidad de los preceptos de esa rúbrica hacen referencia a la distribución como hecho necesario.

Finalmente, el rango normativo también favorece su tesis, pues no es admisible que un reglamento deje sin efecto los preceptos de la Ley.

Lógicamente, el autor hace referencia al argumento fiscal del abaratamiento de costes, especialmente de los fiscales, pero entiende que esa razón no debe nunca constituir el fundamento de una interpretación, sin entrar en que tal abaratamiento implica un perjuicio para la Hacienda Pública que debe ser tenido en cuenta por el registrador (77).

Si estos razonamientos son válidos con carácter general, aún le parece a este autor más complicado de admitir el documento privado cuando arroja una cancelación sobre alguno de los departamentos resultantes de la división horizontal. Entiende que estamos en el terreno de las formas registrales y que el Derecho registral es esencialmente formalista y en este ámbito registral la cancelación queda sujeta a documento público (78).

C.4. Nuestra opinión

Creemos que el art. 216 RH contempla específicamente la hipótesis del art. 119 LH.

La opinión formulada en el párrafo anterior a buen seguro está condenada al fracaso desde el punto de vista de la práctica si no media un cambio fiscal, dado que va en contra de la res. de 7 de enero de 2004, la cual avala una tesis más barata, especialmente desde el punto de vista fiscal, y es lógico pensar que los habituales afectados por una distribución hipotecaria, de ordinario sociedades mercantiles y, en todo caso, salvo raras excepciones, personas físicas o jurídicas con legítimo ánimo de lucro, sean proclives a utilizar los resortes jurídicos más económicos en lugar de debates interpretativos (79).

Esto es totalmente cierto, lo mismo que de ordinario un coche de "alta gama" es más caro que un utilitario, pero generalmente

(77) A nuestro juicio, una cosa es intentar abaratar los costes utilizando uno de los distintos cauces articulados legalmente y otra forzar en exceso una interpretación para escapar de un hecho imponible.

(78) RODRÍGUEZ LÓPEZ: "La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: el artículo 216 del Reglamento Hipotecario", *La Buhaira*, CER Andalucía Occidental, núm. 18, 15 de febrero de 2000; también en *Lunes cuatro treinta*, núm. 300, 1.ª quincena, mayo de 2001, pp. 18 y ss.

(79) Como dijimos antes, constatamos una realidad sin entrar en el debate del discutible "carácter vinculante" de las resoluciones de la DGRN.

es mejor; lo mismo que los coches de Fórmula 1 tienen unos desarrollos mecánicos que muchas veces no pueden ser percibidos por el común de los mortales, a los que nos basta un coche de serie y, en todo caso, un buen coche de serie, mucho más barato, también debemos intentar con las normas alcanzar unos desarrollos interpretativos de calidad.

No podemos, pues, aceptar como definitiva la tesis de la DGRN, pues, como se ha señalado, tiene una argumentación paupérrima.

Pretendemos hacer una interpretación estrictamente jurídica y desde esta perspectiva creemos que ni el sentido propio de las palabras, ni los antecedentes históricos, ni la interpretación racional abogan por aplicar el art. 216 RH fuera del supuesto del art. 119 LH.

Anteriormente, bajo el epígrafe relativo a la resolución de 7 de enero de 2004, dijimos que el art. 216 RH hacía clara referencia a determinadas circunstancias que no coinciden con el art. 123 LH y nos remitíamos a un desarrollo posterior; ahora es momento de desarrollar la idea.

En primer lugar, se señala que “no se inscribirá” ninguna hipoteca sobre varias fincas sin que haya distribución. Parece claro que tal referencia no puede aludir más que al supuesto del art. 119 LH, pues el del art. 123 LH parte de una hipoteca “ya inscrita”.

En segundo término, y en la misma línea, se dice que “previamente” a la inscripción se debe proceder a la distribución.

En tercer lugar, se admite que uno de los vehículos formales sea el mandato judicial. Ello puede tener lugar en el caso del art. 119 LH, pues estamos ante un “acto debido”; quien concede una hipoteca debe prestarse a todos los actos que sean necesarios para la inscripción. Pero en la división del art. 123 LH estamos ante un acto voluntario y difícilmente puede jugar en hipótesis ordinaria un mandato judicial.

Parece, pues, que el art. 216 RH contempla el supuesto del art. 119 LH y no el del art. 123, y como señala CORDERO LOBATO: “Pese a que en ambos casos se utilice el término «distribución», los arts. 119 y 123 LH regulan realidades bien distintas” (80).

(80) CORDERO indica que el art. 119 LH “sólo exige que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito *se determine* la parte de gravamen de que cada una responda, mediante la distribución formalizada en cualquiera de los modos establecidos en el art. 216 RH [obsérvese que

Alguno podría decir que lo dicho se refiere al primer inciso, pero el segundo inciso, que es el que contempla el documento privado, se refiere a ambos supuestos y cuando dice que los interesados podrán acordar la distribución contempla ambos planteamientos.

Sin embargo, no creemos que sea razonable. En primer lugar, por la razón de que sería de técnica pésima que los "interesados" del segundo inciso estén desconectados de los regulados en el inciso primero.

Pero, además, los antecedentes normativos están claramente en contra. En efecto, según veíamos, el antecedente del inciso primero del actual art. 216 RH lo encontramos en el art. 99 del RH de 1861 y, como hemos indicado, el art. 100 de ese RH indicaba que se podía acordar "la distribución prevenida del artículo anterior" en el mismo título o en otro diferente, que podía ser escritura pública o solicitud dirigida al registrador, firmada o ratificada ante él.

Creemos, pues, que los supuestos del art. 119 y del 123 son diferentes. Mientras el art. 119 LH es previo y obligatorio para la inscripción, el 123 LH es posterior y voluntario.

En ese sentido, como es responsabilidad del notario al autorizar un instrumento público inscribible que no contenga ningún defecto que impida la inscripción, se tuvo bien presente la idea resultante del art. 119 LH en la redacción de los instrumentos públicos.

Resulta de interés en este sentido la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro de 12 de junio de 1861. En su art. 28 señala que no se otorgará ninguna escritura de hipoteca, sobre fincas diferentes, sin señalar en ella la parte de capital de que ha de responder cada una y los escribanos exigirán de los otorgantes que hagan la distribución, norma que se reitera en la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 en su artículo 22.

Dentro de esa interpretación literal también debemos referirnos a la resultante de la rúbrica (que no creemos tenga carácter científico) donde se incardina, por cuanto uno de los argumentos utilizados

vincula el art. 216 RH con el 119 LH]. Pero esta distribución-determinación no es una división del crédito, pues *inter partes* se puede repetir por la cantidad no cubierta (art. 120 LH), de modo que no se trata de una distribución-división del crédito, que impidiera al acreedor a repetir contra las demás fincas (cfr. Art. 123 LH)", CORDERO LOBATO: *Tratado de los derechos de garantía*, de CARRASCO, CORDERO y MARTÍN, 2008, p. 763.

para extender el 216 RH al caso del art. 123 LH es la rúbrica donde se recoge tal art. 216: "Distribución del crédito hipotecario".

Ciertamente la rúbrica es esa, pero no creemos que sea argumento decisivo, ni siquiera, con respeto a las posiciones contrarias, argumento en sí mismo.

En primer lugar, no puede desbocarse la fuerza de un argumento en función de la rúbrica; no nos parece decisivo aunque sí debe reconocerse un cierto criterio interpretativo.

En segundo término, hay que recordar que el art. 216 RH tiene su origen en los arts. 99 y 100 RH de 1861, los cuales estaban comprendidos dentro de la rúbrica "De las hipotecas en general y de las voluntarias".

Pero, a nuestro juicio, resulta relevante el análisis del contenido de esa rúbrica, "Distribución del crédito hipotecario".

Dejando de lado al art. 216 RH cuestionado, el art. 217 RH contempla un desarrollo del propio 119 LH. Este establece que cuando se hipotequen "varias fincas" debe determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder; el art. 99 del RH 1861 lo desarrollaba en el sentido de no inscribir ninguna hipoteca "sobre bienes diferentes" sin cumplir esa regla; el RH 1915 cambia el tenor literal y en lugar de "bienes diferentes" dice que no se inscribirá ninguna hipoteca "sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros" sin esa determinación (81);

(81) MORELL Y TERRY se preguntaba si la regla de determinación del art. 119 LH debía entenderse extensiva a cada derecho hipotecado y contestaba que así se venía entendiendo exagerando más de lo necesario el precepto legal, pero el art. 190 RH de 1915 introdujo una "saludable excepción" (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1930, 4.º, p. 10); ROCA SASTRE señala que a veces el art. 217 RH se presenta como una excepción a la regla de la determinación hipotecaria, pero en realidad no es así. Si un propietario hipoteca la mitad o el usufructo que tuviera sobre varias fincas tendría que distribuir la responsabilidad; sin embargo, el caso planteado es diferente, pues se refiere a varias cuotas o derechos de una misma finca; es decir, hay una sola finca y varios hipotecantes titulares de cuotas o derechos. Ello supone una ventaja, pues es probable que en una eventual ejecución hipotecaria haya más postores si se subasta la finca entera que si se subastan cuotas o derechos sobre la finca (*Derecho hipotecario*, cit., 1968, IV-1.º, pp. 535 y ss.); GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO señalan que la norma vino a rectificar la doctrina que iba sentando la DGRN ("Algunos problemas actuales...", cit., pp. 166-167).

el artículo siguiente, el 190, al considerar que la ejecución sobre cuotas puede ser menos beneficiosa que si recae sobre la finca y teniendo en cuenta que el art. 119 LH se refiere a la finca, aclara lo que decía el artículo anterior: hay que distribuir cuando se hipotecan varias fincas, derechos reales o porciones ideales, salvo que se quiera constituir una hipoteca sobre la totalidad de la finca, que es lo exigido en el art. 119 LH (82).

(82) Una cuestión que se ha planteado resulta ser cuando varios comuneros constituyen hipoteca; esta puede ser con distribución de responsabilidad entre cada cuota o bien una sola hipoteca conforme al art. 217 RH. El supuesto es muy frecuente: compra por dos solteros, o casados en régimen de separación de bienes, e inmediatamente hipotecan; en estos ejemplos de ordinario se contempla la finca como una unidad y aunque no se diga que se constituye “una” hipoteca conforme al art. 217 RH, la redacción suele ser suficientemente clara y explícita de la voluntad de las partes (res. de 21 de febrero de 1994).

Un supuesto muy especial y frecuente es el de distribuir la responsabilidad entre varias cuotas de un local en sótano cuyas cuotas dan derecho al uso de una determinada plaza de garaje. Las resoluciones de 5 y 7 de enero de 1998, con ocasión de la venta de una cuota y asignación de responsabilidad, consideraron que no se había producido una verdadera división material del art. 123 LH, sino una transmisión de una cuota. Sin perjuicio de las especialidades de caso (no había realmente distribución “total”) y siempre que haya delimitación descriptiva suficiente, parece que cabe la distribución de responsabilidad entre las diferentes cuotas con adscripción de uso de una plaza de garaje (“Comentario” de CUÉLLAR MARÍN en RCDI, septiembre-octubre 1998, núm. 648, pp. 1737 y ss.); sobre esta distribución de responsabilidad sobre cuotas de garaje puede verse también GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO en *Comentarios...*, cit., p. 426. De interés también es la resolución de 19 de abril de 2004, que plantea la venta de una vivienda y de una cuota de un local cuya cuota da derecho a usar dos plazas de garaje y un trastero; en escritura de número posterior de protocolo se otorga escritura de constitución de hipoteca y se distribuye la responsabilidad entre la vivienda y la cuota indivisa; la registradora abre folio a cada plaza y trastero, y califica negativamente la escritura de préstamo hipotecario por haberse constituido como fincas independientes las plazas de garaje y el trastero y no haberse distribuido la responsabilidad entre dichas fincas independientes. La DGRN considera que no pueden desconocerse las circunstancias y que esa forma de practicar la inscripción, con la finalidad de descongestionar el Registro, no puede impedir el reflejo de la total responsabilidad hipotecaria, en los términos en que se ha convenido por las partes, en cada una de las inscripciones independientes.

El art. 218 RH puede entenderse en la órbita del que hemos explicado inmediatamente antes, el 217, en el sentido que ante una 'comunidad' admite una hipoteca sobre esa 'finca en comunidad'. Explicamos la idea.

El art. 218 RH procede del RH de 1947, antes, pues, de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960. La propiedad horizontal estaba insuficientemente regulada en el art. 396 CC en la redacción dada por Ley de 26 de octubre de 1939, que modifica también los arts. 8 y 107 LH permitiendo la inscripción como fincas independientes de los departamentos y su hipoteca.

Pero hay que recordar que el Tribunal Supremo, en especial antes de esa Ley de 1939, se inclinaba, como hemos expuesto en otro lugar, más por la perspectiva de la naturaleza de comunidad que por la de propiedad privativa con el efecto pernicioso de la *actio communi dividundo* (83), y ciertos tintes comunitarios subsistían y por ello prevé la hipótesis de la hipoteca sobre el edificio como una hipoteca sobre una cosa comunitaria y, como se recogía en el art. 217 RH, no precisa de distribución. En este sentido, DE LA RICA señala que el nuevo Reglamento (se refiere al art. 218 de 1947) se ha inspirado en la excepción a la distribución del art. 217 RH, y la ha extendido al caso de que los propietarios de todos los pisos de una casa quieran constituir una hipoteca unitaria sobre la totalidad de esta; equivale –dice el autor– a “una hipoteca normal sobre una casa impuesta por todos los *condueños* de la misma” (84) (la cursiva es nuestra).

El núm. 1 del art. 219 RH procede también del RH de 1947. Señala DE LA RICA que la norma que establece ese núm. 1 (fijación del importe de la obligación asegurada con la hipoteca o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada) había sido sancionada por la jurisprudencia de la Dirección General y reclamada por los tratadistas y que era tan elemental y lógica que era innecesaria.

(83) VENTOSO: “Propiedad Horizontal”, *Manuales de Formación Continua*, Consejo General del Poder Judicial, 45, 2008, pp. 26 y ss.

(84) DE LA RICA: “Comentarios al nuevo reglamento hipotecario. Innovaciones”, en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, 1976, pp. 373 y ss. Sobre el art. 218 RH puede verse también ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, cit., IV-1.º, pp. 538 y ss. Este precepto plantea dudas interpretativas y, el apartado c, extrañeza hoy, cuyo examen detenido no procede en este momento.

ria una especial justificación (85). Desde luego lo que sí resulta claro es que es una norma de carácter general y no específica de la distribución.

Aún menos específica de la distribución lo constituye el núm. 2 (acción de devastación arrendaticia) o el núm. 3 (cláusulas de estabilización) de ese art. 219 RH, cuyas redacciones proceden de la reforma llevada a cabo por el Decreto de 17 de marzo de 1959.

Creemos que la acción de devastación arrendaticia encuentra en el art. 219 RH una pista para un aterrizaje de emergencia recordando antiguos enclaves. Nos explicamos. La acción de devastación viene recogida en el art. 117 LH, el cual es traslado del art. 188 RH de 1915 (a su vez del art. 97 del RH de 1861); es sabido que al articular el TR de la LH por Decreto de 8 de febrero de 1946 fueron "trasladados al nuevo texto algunos preceptos reglamentarios, de indudable jerarquía legislativa" (exposición de ese Decreto); entre esos artículos, uno de ellos fue el 188 del RH de 1915, que pasó al art. 117 LH (86). La reforma reglamentaria de 1959 es un desarrollo específico para el ámbito arrendaticio de la general acción de devastación y encuentra acomodo en ese art. 219 reglamentario con el propósito de evitar artículos 'bis' (87). Recordemos que la acción de devastación en general se recogía en el art. 188 RH de 1915 y en el 189 la necesidad de distribución (actuales 219,2 y 216), pero su rúbrica no era "Distribución del crédito hipotecario", sino "De las hipotecas en general y de las voluntarias".

Lo dicho con relación con el RH de 1915 cabe reproducirlo con el RH de 1861 con solo cambiar la numeración: la acción de devastación en el art. 97, la distribución en los arts. 99 y 100, bajo una rúbrica igual que en 1915.

El núm. 3 del art. 219 RH, también introducido por la reforma reglamentaria de 1959 (88), tampoco tiene relación sistemática con la rúbrica y dado que se quería evitar los artículos 'bis', había que encontrarle algún acomodo. En cierto modo tiene relación con la acción

(85) DE LA RICA: *Ibídem*, pp. 376 y ss.

(86) DE LA RICA: "Comentarios al nuevo...", cit., p. 984.

(87) DE LA RICA: "Comentarios a la reforma del reglamento hipotecario", en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica Arenal*, citado, II, p. 130.

(88) MARTÍNEZ DE LA CUEVA: "La cláusula de estabilización de valor en la hipoteca", RCDI, enero-febrero de 1961, núms. 392-393, pp. 273 y ss.

de devastación; esta, ante un deterioro voluntario de la finca, que se puede proyectar con un acto arrendaticio (art. 219,2 RH), y la cláusula de estabilización pretende evitar una "devastación" por un cambio brusco de valor. La existencia de esa relación, la necesidad de encontrar acomodo y la "ajeneidad" que supondría incluirla bajo las otras rúbricas del RH hicieron de ese art. 219 RH un cierto cajón de sastre.

El art. 220 RH establece: "Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades". Respecto al tema que nos ocupa, de la argumentación derivada de la rúbrica, sería interesante conocer la relación que existe entre este precepto y la "distribución del crédito hipotecario". Se trata de nuevo de localizar una pista para un aterrizaje de emergencia, pues realmente estamos ante una norma de alcance general.

Este art. 220 ve la luz en el vigente RH a consecuencia y complemento del art. 114 LH.

Como es sabido, la LH de 1909 extendía la garantía hipotecaria, en cuanto a los intereses, a los de "los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente" (art. 114) y articulaba un complejo mecanismo de ampliación en el artículo siguiente.

La reforma de 1944 (Ley de 30 de diciembre de 1944) modifica el art. 115 con la redacción de los dos primeros párrafos del vigente art. 115 LH (89).

En ese escenario no puede desconocerse la existencia de dos importantes resoluciones, la de 14 de febrero y la de 15 de marzo, ambas de 1935, con la misma doctrina (la segunda se limita a reiterar la de 14 de febrero por coincidencia sustancial de antecedentes, calificación y discusión). La DG establece como "indiscutible el derecho de los interesados a pactar que la hipoteca responda de los intereses de todo el tiempo de duración del contrato" al amparo de la libertad de contratación, si bien se debe determinar la cantidad a que alcance la responsabilidad.

El texto refundido de la LH de 1946 recoge expresamente la posibilidad de pacto, pero se limita el alcance de los posibles intereses a

(89) Sobre ese art. 115 de la Ley de reforma de 1944 puede verse SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945, pp. 347 y ss.; DE LA RICA: "Comentarios a la ley de reforma hipotecaria", en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, 1976, pp. 89-90.

garantizar al plazo de cinco años, en contra, pues, de la indicada tesis de la DG.

Con estos antecedentes, cuando se redacta el RH de 1947 se considera procedente complementar el art. 114 LH en el sentido de que el límite de los intereses garantizados no puede superar los correspondientes a un plazo superior a cinco años (art. 114 LH) o al importe correspondiente a cinco años (art. 220 RH) (90).

Finalmente, el art. 221 RH, que también tiene su origen en el RH de 1947, sí tiene relación con la cuestión que nos ocupa de la distribución y a él nos hemos referido en algún otro párrafo. Es un precepto que ha planteado discusión en especial relacionándolo con un eventual pago parcial. Parece que de forma resumida puede entenderse que *inter partes* no cabe el pago parcial, salvo aceptación por el acreedor, pero cuando la finca se adquiere por un tercer poseedor, este puede realizar un pago parcial y abonar la cantidad de que responde la finca adquirida y pedir la cancelación de la hipoteca en cuanto a esa finca (91). Como señala CANALS BRAGE, si el crédito está vencido y si el acreedor no puede reclamar del tercer poseedor un importe superior a la responsabilidad hipotecaria correspondiente a su finca, parece elemental norma de economía procesal invitar al tercero a realizar el pago (92).

Lo expuesto con relación a los artículos 216 a 221 RH parece que permite concluir que la rúbrica reglamentaria que los acoge (Distribución del crédito hipotecario) no permite deducir una interpretación que englobe al caso que debatimos, pues carece de precisión.

Creemos, pues, que los antecedentes, el sentido propio de las palabras y una interpretación racional apoyan, a nuestro juicio, la tesis propuesta.

Parecería normal que una norma con tanta tradición a sus espaldas no debería estar en un debate tan antagónico.

Creemos que el art. 216 RH, como norma especial frente a la titulación pública, está contemplando el art. 119 LH. Hay que recordar que la LH 1861 introduce como novedad clara y expresamente ex-

(90) *Vide* DE LA RICA: "Comentarios al nuevo reglamento hipotecario", cit., pp. 381-382.

(91) *Vide* DE LA RICA: "Comentarios al nuevo reglamento hipotecario", I, pp. 383 y ss.; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, cit., IV-1.º, pp. 544 y ss.

(92) CANALS BRAGE: "Relectura de las reflexiones...", cit., p. 50.

puesta en la propia EdeM Ley 1861 la de la determinación hipotecaria del art. 119 LH; sin embargo, el principio de indivisibilidad del art. 122 LH, sin perjuicio del acuerdo voluntario en contrario del art. 123 LH, era un principio que se venía arrastrando desde antiguo y tan incrustado en el sistema que se recoge también en el art. 1860 CC.

Podríamos admitir lo indicado por CANALS en el sentido de que da la impresión el legislador reglamentario de no estar demasiado convencido de que el mandato del legislador legal que imponía la distribución fuera a ser cumplido, o quizá temiera que, dado el giro copernicano que suponía en la concepción de la hipoteca, tardara en ser recibido por los escribanos (recuerda que la Ley del Notariado es de 1862) y quizá por ello, además de reconocer la posibilidad de impetrar el auxilio judicial, permite resolver el “olvido notarial” en otro documento público o una solicitud (93).

Decimos que podríamos admitir esa tesis, sin suponer desdoro alguno para el Notariado dado que, como bien dice el autor, la Ley del Notariado es de 1862, pero también podríamos entender la normativa como un sistema facilitador que a veces se produce cuando se verifica un importante cambio normativo y desde luego debemos precisar que la “solicitud” a que se refiere el primitivo RH de 1861 difiere notablemente de la solicitud con firmas legitimadas del actual RH.

Con relación a esa facilitación para cumplir el art. 119 LH podemos hacer alguna observación.

No es de extrañar que, en general, los cambios normativos vengán acompañados de ciertas reglas que sirvan de báculo para aquellos. Si ello es normal en general, debemos recordar que una preocupación de los legisladores de la LH 1861 fue articular un reglamento de manera que se fue elaborando al mismo tiempo que la Ley y por los autores de esta, siendo una de sus finalidades la de facilitar la comprensión a los notarios (94) y, de ahí, también, la Instrucción de 12 de junio de 1861 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro con 70 artículos, que para una Instrucción no puede calificarse de reducida (95). La preocupación por la implantación de las novedades estaba, pues, ínsita en la reforma (96).

(93) CANALS: “Reflexiones...”, cit., pp. 16-17.

(94) *Vide* OLIVER, ob. cit., pp. 260 y ss.

(95) *Vide* art. 28 de la Instrucción.

(96) Como es sabido, las innovaciones de la LH 1861 eran importantes

Además, debemos recordar que esa novedad legislativa no solo tenía proyección de futuro, sino que se pretendía también aplicarla, con unos límites, a las antiguas. En efecto, el art. 383 LH de 1861 establecía: «El que a la publicación de esta Ley tuviere gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo o una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos, tendrá derecho a exigir que se divida entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital, con arreglo a lo prescrito en el artículo 119.

»Si una sola de las fincas gravadas bastare para responder de dicha suma, también podrá exigirse que se reduzca a ella el gravamen.

»Si dos o más de las mismas fincas hubieren de quedar gravadas, cada una de ellas deberá ser suficiente para responder del triplo de la parte de capital que se le señale» (97).

Este artículo 383 (98) estaba incluido en el Título XIII, "De la liberación de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes", y

y en ese contexto podemos enmarcar la preocupación de articular un Reglamento y la Instrucción citada en el texto. Pero, además, hay que recordar que se estableció una *vacatio* de hasta un año, que pronto se advirtió que era escasa para el cambio del antiguo al nuevo sistema. Por Real Decreto dado el 11 de julio de 1862 (*Gaceta de Madrid* núm. 195, de 14 de julio) se establece que la Ley y el Reglamento empezarán a regir el 1 de enero de 1863 (*vide* OLIVER: ob. cit., pp. 417 y ss.; SERNA VALLEJO: ob. cit., pp. 480 y ss.).

(97) El art. 385 establecía en caso de que las fincas no alcanzaran el triplo: "Si los bienes acensuados ó hipotecados en la forma espresada en el art. 383 no bastaren para cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, solo se podrá exigir la división de dicho capital entre los mismos bienes, en proporcion á lo que respectivamente valieren, pero no la liberación de ninguno de ellos".

(98) GALINDO y ESCOSURA señalaban que el art. 383 era un remedio aplicable a los que tuviesen sus bienes gravados antes de la publicación de la Ley Hipotecaria; en los posteriores es obligatorio que conste la parte del capital de que respondan los bienes (art. 119), y si no constare, el registrador suspenderá la inscripción hasta que se subsane la falta (*Comentarios a la legislación hipotecaria...*, cit., tomo VI, 1886, p. 196). *Vide* también PÉREZ PEDRERO y SIDRO SURGA (*Repertorio de legislación hipotecaria de España ó sea la Ley Hipotecaria*, tomo III, 1861, pp. 419 y ss.). SERNA VALLEJO señala que uno de los aspectos relevantes de la nueva Ley era coordinar la irretroactividad con la urgencia de hacer público el estado de la propiedad inmobiliaria; en esa coordinación cabe incluir los arts. 383 a 388 LH de 1861 (ob. cit., pp. 459 y ss.).

la EdeM de 1861 entendió que no se debía limitar “á la liberación de hipotecas ocultas ó que estuvieran constituidas á favor de personas desconocidas: ha fijado tambien su atencion en los bienes que estan colectivamente gravados con censos ó con hipotecas voluntarias, cuyo capital no se halla dividido entre los mismos, ignorándose, por lo tanto, hasta qué punto está gravada cada finca [...] propone la comisión que quien al publicarse la ley tuviese gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos bienes, pueda exigir que se reparta entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital, que si una de las fincas basta para responder del capital, pueda exigirse que se reduzca á ella el gravámen, y que si dos ó mas fincas hubieren de quedar gravadas, cada una debe ser suficiente para responder de la parte del capital á que quede afecta. Mas cuando los bienes acensuados ó hipotecados no basten á cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, solo podrá exigirse la división del capital entre los mismos bienes en proporcion á lo que valgan, pero no la liberacion de ninguno”.

Con esta normativa se concede un derecho nacido de la misma y tiene interés el conducto formal para ello. El art. 386 de esa LH de 1861 determina que la división y reducción de que tratan los artículos anteriores “se verificarán por acuerdo mutuo” entre todos los que puedan tener interés en la subsistencia de los censos o las hipotecas. Si no hubiere conformidad (o alguno fuera una persona incierta) la división y reducción se decretarán por el juez (recuerda, pues, al art. 99 del RH de 1861, antecedente del vigente 216).

Pero el art. 387 dice: “Verificándose la división y reducción del censo ó hipoteca de conformidad entre los interesados, se hará constar por medio de escritura pública”; aquí no aparece rastro de un documento privado, lo que parece lógico. Se trata de una nueva posibilidad de división o reducción no reconocida anteriormente, luego no cabe subsanar el “olvido” del notario o entenderlo como complemento de un título anterior.

Sí es cierto que cabe su exigencia por vía judicial, a diferencia del art. 123 LH, pero ello es consecuencia lógica del surgimiento de un nuevo derecho.

De lo manifestado creemos razonable entender que el principio de indivisibilidad se recoge en el art. 122 LH siguiendo la tradición; si ello es así parece igual de razonable aplicar la regla general: titulación pública.

Sin embargo, la reforma introduce la novedad de la determinación en el art. 119 y sin alterar esa regla general de titulación pública la flexibiliza para cumplir con esa innovación y, por tanto, de obligado acatamiento. Las partes debían conocer la necesidad de la determinación y si no la cumplen están otorgando un documento ininscribible, lo que tiene especial transcendencia en la hipoteca (aunque en la LH 1861, el art. 146 requiere la inscripción para que pueda perjudicar a tercero, a diferencia del vigente art. 145 –válidamente establecida– y del art. 1875 CC).

Igual de razonable resulta exigir la titulación pública cuando la determinación surge como un derecho nuevo del hipotecado con relación a hipotecas constituidas antes de la nueva Ley. Aunque tiene una diferencia sustancial con el acuerdo del art. 123 LH (voluntariedad aquí) lo cierto es que en ambos se da una hipoteca inscrita y luego se precisa de un ‘nuevo’ acuerdo.

Sin embargo, en el supuesto del art. 119 LH la determinación, aunque cabe distinguirla del acuerdo para hipotecar realmente no hay total autonomía: sin determinación no hay hipoteca inscribible.

Después de lo expuesto creemos de interés hacer unas consideraciones sobre el supuesto más habitual de distribución de responsabilidad hipotecaria: proceso de financiación de la construcción en nuestros días, esto es, el promotor compra un solar que posteriormente hipoteca por una importante cantidad que se deposita en una cuenta de la que no se puede disponer si no es para pagar la construcción.

En aquella hipoteca se pacta expresamente que se extiende a la edificación (arts. 110 y ss. LH).

Posteriormente, en un momento determinado durante esa construcción se otorga la escritura de obra nueva y la constitución del régimen de división horizontal (99).

Resultado de ello es que tenemos un solar, hipotecado, sobre el que se ha construido una edificación (gravada con la hipoteca) y su constitución en propiedad horizontal y equis departamentos inscritos en folios registrales independientes gravados también, por el arrastre de cargas, con aquella hipoteca –de importe generalmente cuantioso en comparación con el valor de cada piso–, en definitiva una hipoteca solidaria (art. 123 LH).

(99) No es momento de plantear temas relativos a la llamada prehorizontalidad, ni compra de terceras personas durante esa fase.

Y aquí surge la cuestión, ¿cabe distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los equis departamentos por documento privado con firma legitimada?

Vamos a realizar un paralelismo. Imaginemos que esa propiedad horizontal la componen solo cuatro departamentos. Siguiendo ese ejemplo imaginario vamos a plantear un desarrollo paralelo.

Una finca rústica, hipotecada por 400, se divide en cuatro fincas semejantes –no se plantea cuestión alguna de ilegalidad rústica o urbanística– y el titular quiere distribuir la responsabilidad entre las fincas resultantes de manera que una responda de 200, otra de 100 y las dos restantes de 50 cada una, o una de ellas 100 y la otra queda liberada de responsabilidad. Es obvio que la hipoteca se arrastraría a las cuatro fincas y que para que ello no ocurra debe contar con el consentimiento del acreedor hipotecario (art. 123 LH), consentimiento que depende de la exclusiva voluntad del mismo y que obviamente no cabe el mandato judicial del art. 216 RH. Además, no vemos cuál es el fundamento para no aplicar la regla general del art. 3 LH.

Tendría poco sentido que la división de la finca requiriera escritura pública y la distribución hipotecaria no. Es más, creemos que la doctrina se habría pronunciado de este modo al menos hasta la resolución de 2004.

En ese ejercicio de ejemplo imaginario, vamos a trasplantar la cuestión al caso típico planteado de construcción con dinero derivado del préstamo.

En principio, la respuesta debe ser la misma, pero hay una diferencia fundamental que nos obliga a matizar.

Nos parece de interés la idea de CANALS antes expresada en el sentido de que es válido un pacto en la escritura de constitución de hipoteca en orden a la división futura entre los diferentes departamentos y esa concreción puede tener lugar en escritura pública, en una solicitud o imponerse por mandato judicial.

No tenemos duda que cabe el pacto en virtud del cual se articule una distribución futura pero, además, en el caso concreto que estudiamos ese convenio existe aun sin documentación expresa. Es un acuerdo que impregna la concesión del préstamo y diversas cláusulas van en esa línea. Así, normalmente, se dice que la finalidad es para construir un edificio, se hace referencia a las licencias, a la necesidad de concluir la edificación en un plazo, a carencias durante

un período que se extingue cuando se vendan los departamentos, entrando en ese momento en amortización, condiciones para que los adquirentes se subroguen –frecuentemente el tipo de interés es diferente–, domicilio para notificaciones –el domicilio de la prestataria y, cuando se vendan, la finca hipotecada–, etc. Basten estas cláusulas para “visualizar” el acuerdo de distribución de responsabilidad hipotecaria aunque “no se lea”.

Creemos que si la entidad prestamista no se prestara a firmar la distribución, esta podría exigirse judicialmente por cuanto media acuerdo para ella; la cuestión es puramente de concreción. El consentimiento, que debe estar en documento público, está en la escritura de constitución y ahora se trata de su concreción en un documento complementario. Aquí no estamos ante una pura subsanación, sino en un documento complementario.

Lo expuesto no es algo desconocido, ni siquiera extraño.

Salvando las diferencias específicas de cada supuesto podríamos citar el caso de heredero único (art. 14,3 LH o art. 79 RH); a veces, se cita el supuesto de heredero único como inscripción de un documento privado excepcionando al art. 3 LH, sin embargo, a nuestro juicio, no hay tal por cuanto lo que se inscribe es la transmisión mortis causa cuyo título sucesorio viene determinado en el art. 14,1 LH y cumplirá la regla general y esa instancia de heredero único será documento complementario.

Igual puede ocurrir en el supuesto de una fusión por absorción, donde cabe determinar en instancia privada la relación de fincas pero se precisa del título público de la fusión por absorción.

Los ejemplos pueden ser varios y variados pero no hay tantos en los que un documento privado por sí mismo sea inscribible.

Los ejemplos expuestos nos sirven para apoyar que la distribución de la responsabilidad hipotecaria en caso de división de finca hipotecada requiere convenio entre las partes y ese convenio documentación pública.

Ese convenio puede llevarse a cabo al momento de la división de la finca hipotecada o en un momento ulterior pero también cabe que venga acordado en un momento anterior previendo la ulterior división de la finca; la cuestión se centrará en si esa previsión de ulterior división contiene los datos necesarios para que esa división sea un puro desarrollo o no los tenga; en definitiva, si es factible mediante la actuación judicial el cumplimiento específico o no.

En el supuesto que estamos estudiando de división horizontal creemos que si la entidad prestamista no firma el documento, en caso de acudir a los Tribunales parece que la lógica impone que se haría una distribución en función de la cuota que en definitiva sirve de módulo con relación al total del inmueble (art. 3 Ley Propiedad Horizontal). Creemos que una distribución de responsabilidad en función de la cuota no es más que un complemento (100).

Pero, ¿se puede cancelar la hipoteca con relación a un departamento? Me parece que si el promotor demanda a la entidad prestamista solicitando la liberación de una finca de la responsabilidad hipotecaria por puro deseo particular del deudor sin que haya ningún acuerdo que lo habilitara, va a tener difícil obtener un fallo favorable.

IV. CONSIDERACIONES FISCALES

Es claro que en el planteamiento y desarrollo de la cuestión sobre la viabilidad de la distribución de responsabilidad hipotecaria por documento privado interviene un importante factor de naturaleza fiscal a consecuencia del art. 31 del RDleg 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 (TPyAJD).

(100) La DGRN, aun de pasada, no es ajena a esta idea. En la resolución de 27 de marzo de 1989 se debate acerca de una hipoteca sobre una finca en la que se construye un edificio al que por pacto se extiende la hipoteca sin que se distribuya. El acreedor otorga una cancelación parcial liberando a uno de los departamentos. No se inscribe por cuanto, como hemos dicho anteriormente al hablar de la indivisibilidad, tal cancelación parcial plantea un problema en las relaciones entre los distintos dueños de las diferentes fincas resultantes de la división, pero es de interés lo que apunta la DG en el sentido de que previamente a la cancelación parcial se podía haber consentido la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todos los pisos y locales "tal como resulta de la asignación de cuotas por el régimen de la propiedad horizontal, pues ciertamente dichas cuotas sirven para delimitar, a todos los efectos, desde la propiedad del edificio, la participación en las cargas" (véase también la resolución de 15 de junio de 1993). Creemos que es un apunte muy interesante y que responde a la normativa en cuanto al resultado, aunque más dudoso es que se pueda llegar a esa solución en el ámbito extrajudicial sin consentimiento expreso de todos los interesados.

El núm. 2 de ese artículo señala: «Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del art. 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la ley 21/2001 de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.

»Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50%, en cuanto a tales actos o contratos».

En definitiva, las primeras copias de las escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad y no estén sujetas a TP, tributarán al 0,50%, que en general se ha ido duplicando en cada Comunidad al 1% (101).

Podemos anticipar que ese acto de distribución de responsabilidad hipotecaria entre los diferentes pisos derivados de la constitución en propiedad horizontal, supuesto típico y ordinario, formalizado entre el promotor y la entidad financiera, queda atrapado en el ámbito de tal impuesto por la modalidad de AJD.

No obstante, no es aventurado destacar, aun de modo sumario, alguna observación sobre tal Impuesto de AJD.

Lo primero que resulta curioso es la determinación del hecho imponible.

En efecto, el art. 27 de tal TR del Impuesto TP y AJD dice que se sujetan a gravamen: a) los documentos notariales, b) los documentos mercantiles y c) los documentos administrativos. Añade que el tributo se satisfará mediante cuotas variables o fijas, atendiendo a

(101) OLIVARES ZARAGOZA señala que el texto carece de propiedad, pues la referencia a cantidad o cosa valuable no debe ser a la escritura o al acta, sino al acto o contrato, como se decía en el texto de 1964 y la refundición de 1967 ("El impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados", *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, p. 247).

que el documento que se formalice, otorgue o expida, tenga o no por objeto cantidad o cosa valuable en algún momento de su vigencia. Finalmente indica que los documentos notariales se extenderán necesariamente en papel timbrado.

Seguidamente desarrolla los tres tipos documentales citados, pero cuando el art. 28 fija el hecho imponible de los documentos notariales dice: "Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales en los términos que establece el artículo 31", y en este art. 31, que establece la cuota tributaria, es donde indica que los documentos notariales se extenderán en folios de 0,15 € por folio (o 0,30 € por pliego) (cuota fija) y, además, la cuota variable si se dan los requisitos antes indicados. Ciertamente, resulta curiosa esta forma de fijar el hecho imponible mediante su definición dentro de la cuota tributaria.

Algún autor ha puesto de manifiesto su discrepancia sobre tal Impuesto de AJD, aunque hay que reconocer que es una figura que tiene tradición y que se recoge en otros Derechos, si bien, a veces, como un impuesto sobre la registración (102).

(102) TEJERIZO LÓPEZ se muestra crítico, si bien dice que un impuesto sobre la registración es perfectamente admisible ("El impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados: ¿unidad de tributo o impuestos distintos?", en *El impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1983, pp. 51 y ss.); DE JUAN PEÑALOSA señala que el impuesto le produce "una cierta perplejidad, no exenta de admiración, por su capacidad de sobrevivencia. Es un impuesto viejo, nace con los albores de nuestra historia, casi prehistoria, fiscal hace unos siglos y perdura en el sistema tributario con un nombre u otro"; "[e]l refrán sajón de «impuesto viejo, impuesto bueno» creo –dice el autor– que no se cumple en este caso. El Impuesto documental resulta anacrónico en un sistema fiscal moderno" (moderador del coloquio sobre el gravamen sobre los actos jurídicos documentados, en esa *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1983, pp. 215 y ss.; el Ponente de ese coloquio, FERNÁNDEZ FLORES, indica que tal Impuesto de AJD puede ser considerado como un tributo obsoleto aunque con ciertas matizaciones, ibídem p. 223); VILLANUEVA SEGURA considera que el Impuesto sobre AJD, por su anacronismo, "sólo críticas merece su instauración" ("La contratación inmobiliaria y el impuesto sobre actos jurídicos documentados", en la citada *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, p. 302). PALAO TABOADA señala que el IAJD no es un impuesto de moda, ni el producto de elegantes construcciones de los hacendistas; por el contrario, puede decirse que es una especie de superviviente de épocas fiscalmente

Recordemos que el requisito de la inscribibilidad se introdujo en la Ley 32/1980, de 21 de junio y recogido en el RDleg 3050/1980, Texto Refundido.

La acogida en los términos sustancialmente actuales procede de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de reforma del sistema tributario, en cuya Exposición de Motivos se indicaba que “incorpora la Ley a este impuesto (se está refiriendo a TPYAJD) el gravamen de determinados actos jurídicos que por razón de su solemnidad o de su reflejo en la vida patrimonial no deben quedar al margen de la tributación, y que, por el contrario, pueden completar el área de este impuesto”.

El impuesto de TPYAJD aparece en ocasiones como una figura de cierre (103) para evitar escapes que en cuanto a AJD a veces no se entiende muy bien (104).

remotas. Sin embargo, continúa, se resiste a su extinción con sorprendente capacidad de resistencia y adaptación al medio y es posible encontrarlo, en alguna de sus variedades, en casi todos los sistemas fiscales, incluidos los de los países más desarrollados (“El impuesto sobre actos jurídicos documentados a examen”, *Rev. Jurídica del Notariado* (continuadora de la *Rev. Der. Notarial*), núm. 4, octubre-diciembre de 1992, p. 172. PALACIOS GIL DE ANTUÑANO señala que “[l]a ausencia de escritura pública no impide la inscripción que es el auténtico «hecho imponible»” (“Liquidación de las instancias privadas de distribución de responsabilidad de los préstamos hipotecarios con firmas legitimadas, es decir, con testimonio notarial de legitimación de firmas”, *Lunes cuatro treinta*, núm. 380, 2.ª quincena, octubre 2004, p. 34.

Como se indica, algún autor lo reconoce en algún derecho como un impuesto sobre la registración. A nuestro juicio, en nuestro derecho cabría replantearse este impuesto y quizá no tenga especial sentido contra el documento público ni contra la registración, sin perjuicio de que en los momentos actuales de crisis parece impensable que se elimine.

(103) La Exposición de Motivos del proyecto de la Ley sobre ITPYAJD aludía a que constituía “un tributo proyectado a modo de cierre de sistema tributario al dar acogida a figuras no gravadas por otros impuestos, pero que por su importancia no deben quedar al margen de aquél” (*Bol. Oficial de las Cortes* de 20 de julio de 1978, núm. 131). *Vide* FERNÁNDEZ FLORES: “El impuesto y los actos jurídicos documentados”, en *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, citado, pp. 227 y ss.

(104) Las dificultades surgen en cuanto a la cuota variable, que puede tener importante relieve económico. Distinta naturaleza nos parece la cuota fija del uso de papel especial a través del cual se visualiza mayor garantía documental, en especial hoy en día, cuyo papel notarial no está en el circuito de venta al público como ocurría hasta finales del siglo xx.

A quien pagó por la adquisición de un bien (TP o IVA) y paga por su tenencia (IBI, IRPF, en su caso) no le vemos mayor capacidad económica por el otorgamiento de una escritura de división de tal inmueble si lo comparamos con otra persona en igualdad de situación pero que no divide el inmueble (art. 31 de la Constitución) (105).

Sin embargo, como decíamos, tal impuesto goza de tradición (106), aunque con otros matices y embebido dentro del Impues-

(105) Ello no impide reconocer que el TC, en sentencia 7/2010, de 27 de abril (RTC 2010\7), se plantea la cuestión del principio de capacidad económica pero no entra a fondo porque el supuesto era de una ley autónoma (valenciana) y los elementos del impuesto vienen articulados en una ley estatal; sin embargo, hay que recordar los autos del TC núms. 24/2005, de 18 de enero (RTC 2005\24 auto) y 223/2005, de 24 de mayo (RTC 2005\223 auto). En aquel auto 24/2005, citado en el de 24 de mayo de 2005, se entiende cumplida la exigencia del principio de capacidad económica cuando existe riqueza o renta real o potencial proscribiendo solo riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpressivas de capacidad económica. Con todo, algún autor ha puesto en duda el test de la constitucionalidad (IBÁÑEZ GARCÍA: "El impuesto sobre los actos jurídicos documentados a la luz del artículo 31 de la Constitución y la posibilidad de que los Tribunales económico-administrativos planteen cuestiones de inconstitucionalidad", *Actualidad Tributaria*, núm. 36, 2-8 octubre de 1995, pp. 1233 y ss.).

(106) Puede verse BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN: "Evolución histórica del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", en obra colectiva *Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto Estudios Fiscales, vol. II, 1977, pp. 117 y ss.; GARCÍA LOSADA: "La unificación de la carga tributaria en la actividad jurídica formalizada en instrumento notarial", misma obra colectiva, pp. 337 y ss.; VILLARÍN LAGOS, en una de las escasas monografías sobre AJD, señala que el primer antecedente del Impuesto de Timbre en España, al menos en lo que se refiere a la tributación de los documentos notariales, se encuentra en la llamada Renta del Papel Sellado, creada por la Pragmática de Felipe IV de 15 de diciembre de 1636, aunque la gestación pudo ser anterior; continúa diciendo que en la época en que se estableció el tributo era práctica frecuente utilizar instrumentos y escrituras falsas y el uso del papel sellado pretende atajar tal situación, de ahí que fuera un tributo documental que gravaba el documento en su dimensión de soporte físico. La autora recuerda los textos más importantes en la evolución y los cambios más significativos (la dimensión de soporte físico se altera cuando se implantan los timbres móviles o el pago en metálico). La estructura actual puede decirse que parte de la Ley de reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1964 –tuvo un precedente muy importante en la Ley Ge-

to sobre el Timbre (también el que gravaba las Grandezas, Títulos, Honores y Condecoraciones). Quizá, no obstante, puede ser que su mantenimiento se deba a mantener los niveles de presión fiscal o no adelgazar los ingresos fiscales (107).

JIMÉNEZ PÉREZ hace una interesante reflexión cuando señala que la razón por la que el legislador fiscal no sometiese a tributación los documentos privados parece estar en que al no ser en principio inscribibles, no reunirían nunca dicho requisito, "ya que no es pensable que buscase penalizar la documentación pública, ni eximir el contenido inscribible de la privada"; y añade: "Si el impuesto grava-

neral Tributaria de 28 de diciembre de 1963-, con cuya reforma se va a provocar la sustitución del Texto Refundido de la Ley del Timbre de 3 de marzo de 1960 (art. 238 citada Ley de 11 junio de 1964); a consecuencia de ella aparece por primera vez el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados con tal denominación por Decreto 1018/1967, de 6 de abril (aunque aparece en la rúbrica también la referencia a las sucesiones); la estructura actual quedó configurada prácticamente por la Ley 32/1980, de 21 de junio, en cuya Disposición Final 3.^a se ordenaba la elaboración de un Texto Refundido que fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, que fue sustituido, entre otras razones, por la necesidad de armonizar la normativa española con la comunitaria, por el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que es el vigente. Aquella Ley de 21 de junio de 1980 fue fruto de la reforma del sistema tributario iniciado por la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma Fiscal de 14 de noviembre de 1977, que pretende un cambio fiscal en el nuevo Estado democrático cuya andadura estaba comenzando (*La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, 1997, pp. 17 y ss.).

(107) Recordemos que antes de la actual situación de crisis económica, cuando se tramitó parlamentariamente la Ley 41/2007, algún grupo parlamentario quiso, a través de la correspondiente enmienda al proyecto de ley, que se declarara exenta la distribución de responsabilidad hipotecaria. Así, la enmienda 70 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y las núms. 89 y 109 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, serie A, de 9 de mayo de 2007), aunque, probablemente, sin mucha fe por cuanto el Grupo Parlamentario Catalán retiró la enmienda (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones. Economía y Hacienda, del 16 de octubre de 2007), quizá por la razón de afectar a los ingresos de su Comunidad Autónoma. El Grupo Parlamentario Popular en el Senado reiteró sus enmiendas en esta Cámara, núms. 55 y 81 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, de 6 de noviembre de 2007).

se el «documento de contenido inscribible» se hubiera evitado esta desigualdad” (108).

Los avatares históricos y dogmáticos nos pueden alentar a cuestionar la bondad de la tributación por la distribución de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, parece más pertinente en el ámbito de este estudio partir del estado actual de la cuestión.

Desde esta perspectiva hay que dar noticia de que la distribución de responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de una división está sujeta al Impuesto sobre TPyAJD en la modalidad de AJD.

La Dirección General de Tributos (DGT) en varias consultas se ha pronunciado en este sentido.

La resolución núm. 1246/2005 (consulta vinculante), de 27 de junio, de la DGT (Westlaw JUR 2005\84398) se plantea si una escritura pública de distribución de la responsabilidad hipotecaria tributa por AJD, concluyendo lo siguiente:

1.- La distribución de responsabilidad hipotecaria entre los inmuebles resultantes de la división de la finca matriz (pisos y locales resultantes de la división horizontal, o nuevas fincas o parcelas, en caso de división) debe tributar por la modalidad de AJD.

2.- Debe rechazarse la afirmación de que la tributación de la escritura pública de distribución de la garantía hipotecaria suponga una doble tributación por la cuota gradual de AJD por haber tributado ya la escritura de constitución del préstamo hipotecario (109).

Además, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse con doctrina de especial valor por cuanto lo fue en recurso de casación en interés de la Ley.

El supuesto se refería al otorgamiento de una escritura de división horizontal de una finca, de cancelación parcial de un préstamo, y distribución y modificación de otro préstamo hipotecario de otra escritura anterior de constitución y división de préstamo hipotecario entre los diferentes pisos y locales en distribución horizontal (parece, pues, que hay redistribución de una previa distribución).

(108) JÍMEZ PÉREZ: “Distribución de hipoteca...”, cit., pp. 111-112.

(109) La tesis es reiterada por otras consultas. Puede verse *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras* núm. 12, mayo-junio de 2008, pp. 50 y ss.; misma *Revista*, núm. 22, enero-febrero de 2010, pp. 68 y ss., o el núm. 23, marzo-abril 2010, pp. 63 y ss.; resoluciones de la DGT núm. 1397/2007, de 28 de junio (Westlaw JUR 2007\246125); núm. 1564/2007, de 16 de julio (JUR 2007\283313); núm. 672/2009, de 1 de abril (JUR 2009\254110), entre otras.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Cont.-Adm., sec. 2.ª) de 22 de enero de 2002 (Westlaw JT 2002\460), frente a la liquidación girada, estimó el recurso por cuanto entendió que en esa redistribución no existía un "acto novedoso".

Presentado recurso de casación en interés de la Ley, el TS, en su sentencia de 24 de octubre de 2003 (RJ 7844) fija la siguiente doctrina legal: las escrituras de distribución de la carga hipotecaria precedente entre los pisos y locales de un edificio sometido a división horizontal, constituyen actos inscribibles que tienen por objeto cosa valuable, no sujetos a las modalidades de Transmisiones Patrimoniales y Operaciones Societarias y por lo tanto están sujetos al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, conforme al art. 31.2 del RDleg 1/1993, de 24 de septiembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto TP y AJD (110).

Algún autor ha mostrado su mayor simpatía por la tesis del TSJ de Castilla-La Mancha en el caso concreto planteado (111), pero,

(110) La tesis de esa STS de 24 de octubre de 2003 ha sido reiterada por otras. Cabe citar la sentencia del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 28 de mayo de 2010 (Westlaw JUR 2010\251252), la del TSJ de Galicia de 27 de julio de 2010 (Westlaw JUR 2010\328022) o las del TS de 11 de octubre de 2010 (RJ 8110) y de 23 de septiembre de 2010 (RJ 6738). Esta última tiene la especialidad de que se constituyó hipoteca sobre 35 fincas e inmediatamente, el mismo día ante el mismo notario, se otorga, complementando la escritura, acta notarial de distribución; el TS entiende que hay dos convenciones, un crédito y la distribución se produce una vez constituido el crédito sobre la totalidad de las 35 fincas. Creemos que esta tesis no es indiscutible. En el texto opinamos sobre la unidad o pluralidad de convenciones.

Tiene interés la resolución del TEAC de 27 de mayo de 2011 (Westlaw JUR 2011\297745). Se amplía un préstamo y se distribuye. Hay dos hechos imponible, la ampliación y la distribución; pero la base de la distribución es por el importe del préstamo inicial, pues la distribución de la parte ampliada es un acto consustancial al préstamo al estar ya dividida la finca.

(111) RUBIO PILARTE: "Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Westlaw BIB 2004\354; GALAPERO FLORES: "División material de fincas, distribución de préstamo hipotecario, ¿generan estas operaciones el nacimiento del ITP, modalidad AJD?", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Westlaw BIB 2006\864; FALCÓN TELLA: "La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: una alternativa legal para eludir un gra-

a nuestro juicio, a los efectos de este estudio debemos partir de la práctica fiscal existente.

Sin embargo, quizá pudiera lanzarse al campo del debate la siguiente idea, aunque a la vista de la jurisprudencia examinada tenga difícil aceptación en la práctica.

Con independencia de las dudas que en general suscita el Impuesto sobre AJD en cuanto supone un disfavor frente a la escritura (112) y admitiendo a efectos de este discurso el gravamen en caso de distribución *a posteriori* podríamos plantear una distinción.

Se parte de que una hipoteca sobre cuatro fincas, por ejemplo, y obligada distribución, tributa una sola vez.

Asimismo, una hipoteca sobre una finca que luego se divide y distribuye la responsabilidad tributa en dos momentos.

Pues bien, la hipótesis a debatir sería una hipoteca sobre una finca que ya hay acuerdo en su distribución futura (supuesto habitual en propiedad horizontal). Realmente solo hay una convención (hipoteca distribuida cuando los diferentes pisos alcancen su materialidad) (estamos en una hipótesis pura, es decir, la distribución responde a valores objetivos –cuota u otro parámetro objetivo– excluyendo casos en los que la distribución se hace con otros criterios voluntaristas o excluyendo a algún piso de responsabilidad). En este sentido, el art. 4 del RDLeg. 1/1993 (TPyAJD) señala que “[a] una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho”; ciertamente continúa señalando que “cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas”, pero debemos recordar que una hipoteca *ab initio* sobre varias fincas con distribución solo tributa por un hecho imponible. En el supuesto planteado también estamos ante una hipoteca

vamen improcedente”, *Westlaw BIB 2004\1626*; YUSTE JORDÁN: “¿Están sujetas al IAJD las escrituras públicas de división de préstamos hipotecarios?”, *Westlaw BIB 2003\715*.

(112) Paradójicamente el art. 72 del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establecía un recargo sobre la cuota de un 20 % en las transmisiones de inmuebles y derechos reales que se formalizaran en documento privado. Antes, pues, se penalizaba el documento privado en algunos casos.

“dividida” *ab initio*, aunque se materialice cuando se materialicen los pisos que es condicionante de la distribución.

Recuerda también el supuesto de la constitución de una fianza (o una hipoteca, prenda o anticresis): tributa independientemente del préstamo, pero no cuando sea ‘simultánea’ con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de este estuviese ‘prevista’ la posterior constitución de la garantía (art. 25 RD 828/1995, de 29 de mayo, Reglamento del Impuesto TPYAJD).

En definitiva, si se nos permite un cierto relajo dogmático, en caso de hipoteca a promotor, esta nace ya distribuida, cuya distribución permanece en reposo hasta que se materializan los pisos. Obviamente, me estoy refiriendo a una distribución objetiva o con base en parámetros convenidos en la hipoteca; cuando la distribución no responde a ellos, más aún cuando algunos departamentos quedan liberados de responsabilidad por así convenirse en el futuro, estamos fuera del caso planteado (y como hemos dicho, del art. 216 RH).

V. SOLICITUD CON FIRMAS LEGITIMADAS

A) REGLA GENERAL PARA INSCRIBIR: TITULACIÓN PÚBLICA

Como fácilmente se adivina, la discusión acerca de la viabilidad de tal solicitud se debe a que la regla general para la inscripción es la titulación pública (art. 3 LH).

BERMUDO VALERO señala que un importante argumento para admitir la distribución en documento privado “lo constituyen las numerosas excepciones al principio general de la Titulación Pública existentes en nuestro Derecho” (113), enumerando a continuación a título de ejemplo una serie de casos.

No creemos sea momento para hacer un estudio detenido del principio de titulación pública (114). Sin embargo, sí parece que debemos hacer alguna observación de carácter general.

(113) BERMUDO VALERO: ob. cit., pp. 2422-2423.

(114) Vide ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, II, pp. 561 y ss.; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, I, 1995, pp. 413 y ss.; PAU PEDRÓN: “Comentarios al art. 3 LH”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, VII-3.º, 1999, pp. 288 y ss.

En primer lugar, hay que conocer cuál es la regla general y cuál es la excepción. Aquí parece que hay poco margen para la duda por cuanto aquella es la titulación pública (115) y es el primer eslabón para rociar al sistema de una película de legalidad que justifica la producción de importantes efectos; GARCÍA GARCÍA al respecto señala: "Con la titulación auténtica, el sistema hipotecario consigue que los documentos tengan una primera garantía de legalidad, por haber sido autorizados o expedidos por un funcionario público" (116).

Si esta es la regla general, los demás supuestos son excepciones cuya lista será más o menos amplia pero en todo caso son excepciones y ante la ausencia de una norma explícita es aplicable la regla general y no la excepcional.

En segundo término, creemos que las habituales listas de excepción a la titulación pública deben sufrir un importante recorte o matización.

Entendemos que el primer recorte o matización lo sufre si atendemos a la tipología del asiento registral por cuanto algún sector doctrinal considera que la indicada regla general se refiere al asiento de inscripción. Recordemos que el art. 3 LH dice que para que puedan ser "inscritos" los títulos expresados en el artículo anterior deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. PAU, al comentar este artículo, dice que "emplea el término «inscritos» en sentido estricto; es decir, se refiere al acceso de los títulos por la vía de inscripción, es decir, de un asiento positivo y definitivo" (117). GARCÍA GARCÍA considera que el art. 3 LH predica la titulación pública en relación con los asientos de inscripción, al igual que el art. 82 LH lo hace en relación con los asientos de cancelación pero, en cambio, para las anotaciones preventivas, fuera de los casos de anotaciones judiciales, no es aplicable la regla del art. 3 LH (118).

Debemos reconocer que los efectos no son los mismos respecto de un asiento definitivo que los de un asiento temporal como las

(115) Ni siquiera, como regla, cabe extender asiento de presentación de los documentos privados (art. 420, supuesto 1 del Reglamento Hipotecario).

(116) GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, 1988, pp. 550-551.

(117) PAU PEDRÓN: ob. cit., I, p. 291.

(118) GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario...*, cit., I, p. 556.

anotaciones preventivas, pero, además, creemos que se impone otro segundo recorte o matización y es que, a nuestro juicio, en gran número de esos casos de excepción que posibilitan la inscripción de un documento privado este se presenta acompañado de otro documento, generalmente público, o justificado en algún otro criterio.

Cuando se dice que cabe el documento privado en caso de heredero único debemos recordar que se basa en un título sucesorio que es público (art. 14 LH); ciertamente cabe el acta de protocolización de operaciones particionales (art. 80 RH), que al ser protocolización sigue siendo privado (art. 215 RN), pero no podemos olvidar que, además de existir un título sucesorio, hay un acto presencial ante un notario; también cabe la cancelación de hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso mediante solicitud, pero hay que recordar que deben acompañarse los títulos, inutilizados, es decir, si hay inutilización estamos ante un imposible para subsistir, por ello cuando en lugar de solicitud privada se otorga escritura también deben inutilizarse los títulos; cuando se cancela un usufructo vitalicio con mera instancia acompañada de certificado de defunción no se inscribe la instancia, sino el título material de la extinción por muerte del usufructuario (art. 513,1.º CC), que se acredita con el certificado de defunción; igualmente, cuando se cancela una condición resolutoria o hipoteca por prescripción conforme al art. 82,5 LH no se inscribe la instancia como tal, sino el resultado de la prescripción.

La misma exigencia de titulación pública se proclama para el Registro Mercantil. El artículo 18,1 del Código de Comercio indica que “[l]a inscripción en el Registro mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil”; el art. 5 del RD 1784/1996, de 19 de julio, Reglamento del Registro Mercantil (RRM), reitera que la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público y añade que solo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el RRM. Ciertamente en este ámbito mercantil hay varios supuestos de inscripción de documentos privados, uno de los más característicos es el de nombramiento de los administradores (art. 142 RRM), por cuanto se pueden inscribir mediante certificación del acta (en la práctica, no obstante, lo habitual es la escritura;

su costo es muy asumible y sus ventajas sobre la certificación son evidentes: el asesoramiento notarial, custodia del original, posibilidad de copias, etc.). Sin embargo, reconociendo que estamos ante un documento privado, creemos que es uno de naturaleza especial.

La DGRN no es ajena a esta consideración y así, en la resolución de 16 de junio de 1994 se plantea la cuestión de la veracidad de la fecha en que se tomó un acuerdo que se aludía en una certificación expedida por el secretario con el visto bueno del presidente de una sociedad anónima. La DGRN señala que la práctica societaria y los usos de comercio alumbraron un sistema de documentación de los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles a los que la Ley ha venido imponiendo una serie de exigencias como la obligación de consignarlos en actas, que han de trasladarse a libros, que deben cumplir unos requisitos; todo ello, dice la DGRN, "ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que las actas debidamente redactadas y aprobadas, hacen fe de los acuerdos y demás extremos en ella consignados, en tanto no se pruebe su inexactitud o falsedad", el contenido de las certificaciones ha de repuntarse "veraz y exacto".

Por la importancia de sus efectos, el RRM adopta la cautela de que el certificado debe ser expedido por quien tiene el cargo inscrito y cuando hay un nuevo nombramiento se adopta la cautela del art. 111 RRM (res. de 27 de julio de 1998).

Así pues, las excepciones al principio de titulación pública permitiendo el acceso registral del documento privado, aun existiendo, no son tan numerosas como a veces se dice si se toma en consideración un documento privado en su estado puro; en muchos casos, aparte de no ser asientos definitivos, tal documentación privada va acompañada de otros documentos o se basa en otros títulos o hechos.

B) TESTIMONIO DE LEGITIMACIÓN DE FIRMAS

Si se admite tal nivel documental quizá convenga conocer el mismo, aunque sea de modo somero, mediante una serie de observaciones.

En primer lugar, su calificación como testimonio notarial que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta o reconocida, a presencia del notario, o el juicio de este sobre la pertenencia a persona determinada (arts. 256 y 259 del Decreto de 2 de junio de 1944,

por el que se aprueba el Reglamento Notarial –en lo sucesivo, RN–, modificado de modo importante por el RD 45/2007, de 19 de enero).

Como testimonio que es, estamos ante un instrumento público (art. 144 RN) (119).

En segundo término, hay que recordar que los testimonios son un tipo de instrumento público de menor entidad que las escrituras públicas. Creemos que hay poca discusión si decimos que la escritura pública es el “documento notarial estrella” (120) donde la función notarial despliega toda su amplitud y vigor.

Junto a las escrituras otro tipo documental de especial relieve, en especial en materia probatoria, es el acta notarial. La lectura del art. 198 RN revela que la plenitud de la función notarial se encuentra en la escritura pública (121).

Hoy en día, tras la integración en un Cuerpo único de notarios, tanto de los notarios como de los corredores de comercio (Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), y la absorción de la forma documental de los segundos por la de

(119) La legitimación de la firma no altera la naturaleza del documento; como señala PAZ-ARES, Ignacio, al no alterar la naturaleza del documento cuyas firmas se legitima y de ordinario ser un documento privado, “el concepto de instrumento público solo podría predicarse en puridad del testimonio stricto sensu, esto es de la diligencia notarial” (“Apuntes sobre los documentos no protocolares [dimensión europea]”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 35, enero-febrero de 2011, pp. 166 a 171, también en versión digital).

(120) Díez GÓMEZ dice que “si la escritura es el hijo predilecto del Notariado, bien podríamos decir que el testimonio es la cenicienta” (“Los testimonios notariales”, *Rev. Der. Notarial*, julio-diciembre de 1970, núm. LXIX-LXX, p. 299).

(121) Como señala GARCÍA-BOENTE, es interesante, para ver la visualización del secundario papel del testimonio, la propia sistemática del RN. El título IV se rubrica como “Del instrumento público”, cuyo capítulo I se dedica a la naturaleza y efectos del instrumento público (dentro del cual están los testimonios), continúa un capítulo II con varias secciones en las que, tras unos requisitos generales, se ocupa de las escrituras matrices, pólizas, actas, copias y testimonios del Libro-Registro de las pólizas (el cap. II comprende más de 100 artículos). Tras esta normativa, el capítulo III desarrolla la regulación de los testimonios y legalizaciones bajo una expresiva rúbrica “De otros documentos notariales” (GARCÍA-BOENTE: “Testimonios notariales. Introducción”, *Jornadas de estudio sobre el nuevo Reglamento Notarial*, Alicante, 26-28 de abril de 2007, coord. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA).

los primeros, se reconoce en la legislación notarial la forma típica de los corredores de comercio –la póliza–. La limitación del ámbito de las pólizas (art. 144 RN) no desbanca el estrellato de la escritura pública.

No obstante, los citados tres tipos documentales tienen unos rasgos comunes, entre los que sobresale, a los efectos que nos interesa, que se impone la presencia notarial (desterrando la práctica llevada a cabo en alguna época, ya antigua, de no exigirla en el caso de las pólizas) (hoy art. 197 bis RN). También tienen como dato común la conservación de los originales por el notario (cambiando el sistema de las pólizas, que circulaban en original).

Sin embargo, estos dos rasgos no se dan, o no se tienen que dar necesariamente, en caso del testimonio de legitimación de firmas (122).

En efecto, tales testimonios no ingresan en el protocolo notarial, sin perjuicio de la llevanza de un libro indicador, que en la reforma por RD 45/2007 ha previsto la reproducción de los documentos (art. 264 RN).

Pero la diferencia fundamental es la posible ausencia de la presencia notarial.

Conforme hemos dicho, el art. 256 RN señala que la legitimación de una firma puede ser a presencia del notario o por que este emita un juicio acerca de la pertenencia a una persona (123). En algunos casos, se exige que sea presencial o reconocida ante notario (art. 259 RN), pero la regla es la disyuntiva expresada (124).

(122) Sobre el testimonio de legitimación de firmas puede verse: DÁVILA GARCÍA: "El testimonio notarial de legitimidad de firmas", *Rev. Der. Notarial*, enero-marzo de 1955, núm. VII, pp. 233 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: "Documentos privados", Legitimación de firmas y documentos públicos", *Rev. Der. Notarial*, enero-marzo de 1979, núm. CIII, pp. 349 y ss.; Díez GÓMEZ: ob. cit., pp. 295 y ss., esp. para el testimonio de legitimación de firmas, pp. 321 y ss.; después de la nueva LEC y de la Ley 55/1999, de integración de los corredores, puede verse OÑATE CUADROS: "El testimonio notarial de legitimación de firmas", *La Notaría*, abril de 2000, pp. 15 y ss.; después de la reforma del RN de 2007 puede verse GOMÁ LANZÓN, Ignacio, "Comentarios a artículos del RN sobre los testimonios notariales", en obra colectiva *Nueva legislación notarial comentada*, 2007, I, pp. 691 y ss., esp. 705 y ss.

(123) Algún autor ha puesto en relación la legitimación de firmas con las actas; si es presencial, con el acta de presencia; si no es presencial, con el acta de notoriedad. *Vide* DÁVILA GARCÍA: "El testimonio notarial...", citado, p. 243.

(124) Un supuesto especial es el de la legitimación de huella dactilar, que lógicamente debe ser presencial (art. 260 RN).

Ello supone, a nuestro juicio, un importante déficit de seguridad para provocar una inscripción registral y por tanto parece prudente que solo sea admisible cuando expresamente se admita.

¿El legislador de 1861 preveía este tipo documental en el precedente del art. 216 RH? La respuesta es negativa.

El art. 100 del RH de 1861 contemplaba “la escritura pública o solicitud dirigida al registrador, firmada o ratificada ante él por los interesados”. Tampoco el RH de 1915 recogía el supuesto; su art. 189 decía “en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él”. Comentando este artículo, MORELL decía que no bastaba que la solicitud estuviera firmada, sino que se exige que se firme ante el registrador y, en otro caso, se ratifiquen ante este los interesados; “el Registrador debe hacer constar que conoce a las personas que intervienen en la solicitud, esto es, afirmar su identidad o asegurarse de ella, y exigir en su caso los justificantes necesarios para apreciar la representación” (125).

Tal forma de actuar recuerda a la típica de la póliza o, salvando las distancias, la del Notariado anglosajón. Aunque no se esté en presencia de una escritura pública sí estamos ante un documento con presencia del registrador; es decir, aunque esa instancia firmada o ratificada ante el registrador no es una autorización de una escritura, sí tiene cierto parentesco con la intervención de una póliza (126) y, de cualquier modo, estamos ante un documento con firma

(125) MORELL Y TERRY: ob. cit., IV, p. 14.

(126) Sobre la diferencia entre la autorización de una escritura y la intervención de una póliza puede verse, RODRÍGUEZ ADRADOS: “Comentarios a la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado”, en obra colectiva *Nueva legislación notarial comentada*, 2007, I, pp. 73 y ss.; mismo autor “Naturaleza documental de la póliza intervenida”, Conferencia de 27 de octubre de 1994 en la *Academia Matritense del Notariado*, recogida en sus *Anales XXXV*, pp. 7 y ss. –también publicada en el *Diario La Ley*, días 14 y 15 de marzo de 1995–; mismo autor: “La nueva póliza intervenida”, Comunicación de 10 de diciembre de 2007 al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, recogida en la *Rev. Jurídica del Notariado*, núm. 65, 2008, pp. 275 y ss.; MARTÍNEZ SANCHIZ: “Comentario al art. 144 del Reglamento Notarial”, en la citada obra colectiva *Nueva legislación notarial comentada*, 2007, I, pp. 312 y ss.; este autor señala que el “otorgamiento de la póliza no es idéntico al de una escritura pública, pues la autorización y la intervención son distintas: la primera se presta en cosa

en presencia funcional, circunstancia que puede no concurrir en la legitimación de una firma.

Probablemente sea pertinente hacer algunas observaciones con proyección específica al caso que estudiamos.

En primer lugar, es posible que el RH de 1861 no hiciera referencia a la legitimación notarial porque, señala DÁVILA GARCÍA, la Ley orgánica del Notariado de 1862 no hablaba de ella (hay que tener en cuenta la cercanía cronológica de la LH de 1861 y la LN de 1862), si bien era conocida por los reglamentos y jurisprudencia del Centro directivo, haciendo referencia a la circular de la DGRN de 10 de febrero de 1863 reconociendo la posibilidad de los notarios de poder continuar legalizando documentos auténticos y privados como hasta ese momento (según el autor, el término de legalización se aplicaba indistintamente a actos privados y a instrumentos notariales) (127).

Una segunda observación que queremos hacer es que, conforme al art. 258 RN, solo pueden ser objeto de testimonio de legitimación de firmas aquellos documentos que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal pero, además, que esos documentos no sean de los comprendidos en el art. 1280 CC. Creemos que razones de liberar de tributar el supuesto de la distribución (que no sería difícil de justificar) fuerzan el test para superar el art. 1280,1 CC: actos que tengan por objeto "la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles" (128).

propia y la segunda en cosa ajena. La intervención y no la póliza es lo que en todo caso se autoriza" ("El negocio jurídico. Parte primera. Elaboración del concepto", en obra colectiva *Instituciones de Derecho Privado*, coord. DELGADO DE MIGUEL, tomo I, vol. 4.º, pp. 343 y ss. Especialmente antes de la unificación de notarios y corredores de comercio un tema clásico de debate era si la póliza era documento público, siendo un exponente de la discusión el art. 26 de la antigua Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

(127) DÁVILA GARCÍA: ob. cit., pp. 240 y ss.; igualmente VALLET DE GOYTISOLO: ob. cit., p. 362.

(128) GOMÁ LANZÓN, Ignacio, señala que la distribución de responsabilidad hipotecaria en documento privado con firmas legitimadas cuya posibilidad confirma la resolución DGRN de 7 de enero de 2004, aun siendo posterior a la hipoteca y aun liberando de responsabilidad alguna de las fincas, "es un supuesto claramente incluido en el artículo 1280,1 que no debería admitirse por la especialidad de las normas notariales, pero que

En tercer lugar, consideramos muy dudoso que se pueda legitimar sin la presencia notarial. El art. 259 RN señala que solo se pueden legitimar “cuando sean puestas o reconocidas en presencia del notario” determinadas firmas como las puestas en letras de cambio, pólizas de seguro, etc. y, en general, las de los documentos “que contengan declaraciones de voluntad”. Creemos que con base a esto parece que solo cabe la legitimación presencial (129).

Al hilo de esta reflexión podríamos plantear si la representación de las entidades financieras y de la promotora puede acreditarse mediante el juicio de suficiencia notarial en los términos del art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, según la redacción de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. Tal juicio de suficiencia, como es sabido, ha hecho correr ríos, caudalosos, de tinta, pero la formulación y requisitos de tal juicio no es la cuestión que queremos plantear, sino otro previo, y es si tal juicio de suficiencia es aplicable al caso del testimonio de legitimación de firmas. Creemos que el legislador no tenía *in mente* este testimonio, lo cual no debe sorprender si tenemos en cuenta que el cauce normativo fue el que se conocía como ‘Ley de acompañamiento’, de escaso valor científico y debate parlamentario.

se ha extendido por evitar la tributación por el impuesto de actos jurídicos documentados”, ob. cit., p. 721; JIMÉNEZ PÉREZ entiende que el art. 1280 CC se contradice con el art. 216 RH si se le da el pretendido alcance objeto de debate y hay que tener en cuenta que el Código Civil es norma de rango superior al RH (ob. cit., p. 114); OÑATE CUADROS señala que el art. 1280,1 excluye del testimonio, por principio, el tráfico inmobiliario en general, lo que impide legitimar la firma de cualquier acto o contrato por el que se pretenda una mutación jurídico-real, y que el art. 216 RH constituye una clarísima extralimitación reglamentaria por ser contrarios a los arts. 1280 CC y 3 LH y desconoce la regulación del RN; distinto, a juicio de este autor, sería, dado que el art. 216 RH alude a “otro documento público”, la protocolización del documento privado en acta notarial previa su presentación en Hacienda, lo que al no convertir a la instancia en documento público evitaría el problema y sería perfectamente inscribible (ob. cit., pp. 39-40). Nosotros, sin embargo, no vemos muy relevante el cambio documental, pues en ambos casos el acto se documenta en documento privado aunque ciertamente el rigor en un acta en general es superior al de los testimonios, también en general.

(129) JIMÉNEZ PÉREZ también se inclina por la presencial, para quienes admitan la solicitud con firma legitimada, pues el autor no es partidario de esta fórmula documental (ob. cit., pp. 115-116).

A nuestro juicio, hay dos términos relevantes en ese sentido. El primero de ellos es el de “otorgados” al hacer referencia a los instrumentos públicos. Tales testimonios son instrumentos públicos, pero no hay otorgamiento en el instrumento público, en la diligencia de legitimación de firmas.

El segundo término es al hacer referencia al notario “autorizante”. El pensamiento típico de autorización nos lleva a la escritura aunque sí es cierto que el notario autoriza y es autor de la diligencia de legitimación de firmas, es decir, autoriza en ese sentido el testimonio aunque no el documento y por ello en este no hay otorgamiento, término típicamente notarial.

En la práctica, sin embargo, se utiliza, y entendemos que es cuestión menor, especialmente si el puro juicio de suficiencia va acompañado de una relación somera de facultades, pues en definitiva este completaría aquel.

Finalmente queremos hacer una referencia a una novedad introducida en la reforma del RN de 2007. El art. 264 RN diseña un nuevo libro indicador. Anteriormente, el art. 283 RN suponía un libro donde se anotaban determinados testimonios. Con la reforma, tal libro tiene dos secciones, la segunda de las cuales se lleva mediante la incorporación de hojas numeradas en las que se reproducen los documentos testimoniados, entre ellos los de legitimación de firmas, y la incorporación de la reproducción al libro indicador presupone la dación de fe de coincidencia respecto del testimonio correspondiente por parte del notario (130).

Después de estas observaciones específicas del testimonio de legitimidad de firmas al caso que nos ocupa, si la firma o reconocimiento del documento debe ser presencial y hay reproducción del documento testimoniado, estamos en un tipo documental que recuerda en cierto modo a la póliza antes de su modificación del RN de 2007 –el fedatario no autoriza, sino que interviene; circulaba el original; era esencial la autenticidad de las firmas y la representación; se reproducía la póliza en un libro registro de operaciones– (131).

(130) Sobre el nuevo Libro Indicador, puede verse GOMÁ LANZÓN, Ignacio (Comentario al artículo 264 en la obra *Nueva legislación notarial comentada*, citada, pp. 744 y ss.), CRUZ GIMENO (“Libro indicador”, en *Jornadas de estudio sobre el nuevo Reglamento Notarial*, coord. GÓMEZ-FERRER, citado, p. 335).

(131) Hacemos una pura interpretación de la normativa y la reforma sin entrar en la valoración, que no procede en este lugar. No obstante, ha

De lo expuesto en este apartado sobre la solicitud con firmas legitimadas creemos que podemos concluir nuestra apreciación en el sentido de que la regla general para la inscripción registral es la titulación pública y la documentación privada constituye la excepción cuando así se admita.

En segundo lugar, entendemos que la aplicación de esa solicitud con firma legitimada al caso del art. 123 LH se antoja poco clara, fuera del supuesto de que la distribución viniera articulada al momento de la constitución, caso frecuente en propiedad horizontal.

Desde luego, la instancia privada con firma legitimada notarialmente (132) supone un déficit en la seguridad y, además, difícilmente supera el obstáculo dimanante del art. 258 RN en relación con el 1280 CC. Si además de la distribución se contiene una cancelación de la hipoteca respecto a determinadas fincas creemos que las dificultades suben de tono (133).

Sin embargo, admitiendo a efectos dialécticos (y la práctica lo impone ante la doctrina de la DGRN) que sea posible esa legitimación, parece que la misma debe ser presencial, bien porque se firme en presencia del notario, bien porque en tal presencia se reconozca la firma, y, además, se debe conservar una reproducción del documento cuyas firmas se han legitimado.

Lo expuesto nos lleva a plantear la siguiente cuestión. Sin perjuicio de la distinta función del notario y del registrador, lo cierto es que hay una cierta colindancia por todos conocida y en este punto no habría una sustancial diferencia entre su actuación en el sentido de que la instancia debe ser firmada o ratificada ante el registrador (art. 216 RH), que la conservará, e igualmente debe ser firmada en presencia del notario (o reconocida ante él) y también conservará una reproducción. Obviamente, de aceptar la tesis de que el art. 123 requiere escritura, estaríamos ante un ámbito excluido de la función registral.

sido constante en el Notariado destacar la idoneidad de la escritura y rebajar el nivel de otras actuaciones notariales para marcar distancia con el Notariado anglosajón.

(132) Lo mismo debería decirse si la firma tiene lugar ante el registrador.

(133) Desconocemos que se haya inscrito una distribución de responsabilidad con cancelación con base documental en una solicitud firmada o ratificada ante el registrador.

Sin embargo, como antes dijimos, en casos en los que no se requiere la legitimación directa (presencia notarial o reconocimiento ante notario), cabe que la legitimación de la firma proceda de un juicio del notario, con el distinto alcance que supone la dación de fe de que una firma es presencial o la emisión de un juicio.

Nos parece de interés remontarnos a la época de redacción de los respectivos reglamentos, notarial e hipotecario.

Como sabemos, el RN es de 2 de junio de 1944, sin perjuicio de ulteriores modificaciones de mayor o menor alcance; el RH es de 14 de febrero de 1947, igualmente con posteriores modificaciones de mayor o menor relieve. Es decir, cuando se promulgó el RH, poco antes había visto la luz el RN.

Un primer dato hay que resaltar: el art. 216 RH no ha sufrido modificación desde 1947; sin embargo, sí ha cambiado la regulación de la legitimación de firmas.

El RN de 1944 dedicaba a la legitimidad de firmas, específicamente, los arts. 256 a 264, con una regulación algo parca sin distinguir entre la legitimación directa o indirecta. Sin embargo, sí había un artículo dedicado a exigir la legitimación presencial, si bien reducido a ciertos documentos. En efecto, el art. 263 decía: "Las firmas de letras de cambio y demás instrumentos de giro, de pólizas de seguro y de reaseguro, talones de ferrocarril y, en general, de los documentos utilizados en la práctica comercial o regidos por disposiciones especiales, podrán ser legitimadas siempre que tales documentos reúnan las condiciones legales y sean puestas aquellas a presencia del Notario".

Esta era la redacción vigente cuando se promulgó el RH de 1947. Es decir, la solicitud podía estar dirigida al registrador, en cuyo caso debía ser firmada o ratificada ante él, o podía estar con firmas legitimadas notarialmente que no requería presencia notarial.

Si tenemos en cuenta que la redacción de tal RH fue encomendada por el Ministro de Justicia y notario, Sr. FERNÁNDEZ CUESTA, a una Comisión compuesta por dos letrados de la DGRN, dos notarios, cuatro registradores (uno de ellos, para los trabajos preparatorios), cuya presidencia la ostentó un notario y registrador (134), parece difícil de aceptar que tuvieran *in mente* que el acuerdo voluntario del art. 123 LH pudiera tener lugar en documento privado sin presencia notarial.

(134) *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo III, 1990, p. 413.

Tampoco tendría fácil explicación que el dictamen del Consejo de Estado (135) nada dijera si se estuviera pensando en el art. 123 LH, como tampoco la tendría el escaso relieve que DE LA RICA dedica al 216 RH de 1947.

En efecto, este autor, que no olvidemos formaba parte de esa Comisión redactora del RH de 1947, y por tanto gozaba de una privilegiada posición, cuando comenta la innovación del art. 216 RH se limita a decir, en el extremo que nos ocupa, que “[e]l artículo 216, en su primer párrafo transcribe fielmente al 189 del Reglamento anterior [...] sin otra modificación que la de admitir, cuando la distribución se haga por solicitud, que ésta, en vez de ser firmada o ratificada ante el Registrador, pueda también tener legitimación de las firmas que la autoricen” (136).

Para cerrar esta evolución debemos decir que la legitimación presencial ha pasado por altibajos. Como hemos indicado, el RN de 1944 la requería para unos determinados documentos, que hemos transcrito. Sin embargo, el Decreto 2310/1967, de 22 de julio, modificó varios artículos del RN y, en el extremo que nos interesa, “facilita la legitimación de determinados documentos” (preámbulo de ese Decreto) y modifica el artículo 263 suprimiendo el requisito de que las firman fueran puestas a presencia del notario.

El Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, modifica varios artículos del RN, entre ellos todos los relativos a la legitimación de firmas, con una redacción más adecuada (137) y, en el extremo que nos interesa, el art. 262 RN exige de nuevo la presencia a aquellos documentos que indicamos antes e introduce la novedad de un nuevo tipo: aquellos que contengan declaraciones de voluntad. La importante reforma del RN por el RD 45/2007, de 19 de enero, mantiene,

(135) Puede verse tal dictamen en *Leyes hipotecarias...*, tomo III, 1990, pp. 414 y ss.

(136) DE LA RICA: “Comentarios al nuevo reglamento hipotecario”, en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, 1976, p. 741.

(137) Sobre la reforma de 1984, puede verse RODRÍGUEZ ADRADOS: “La reforma de 1984 y el instrumento público”, en *Reglamento Notarial*, edic. Consejo General del Notariado, 1984, pp. XXVI y ss.; también en sus *Escritos Jurídicos*, III, 1996, pp. 574 y ss.; ÁVILA ÁLVAREZ: *El instrumento público en la reforma de 1984*, 1985, pp. 139 y ss.

en lo sustancial, la legitimación presencial para esos especiales documentos (suprime la referencia a los talones de ferrocarril y a los regidos por disposiciones especiales).

VI. FIJACIÓN DEL PRECIO PARA LA SUBASTA

Admitiendo, atendiendo a la realidad práctica o a efectos dialécticos, la tesis de la DGRN acerca de la viabilidad de la distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado, queremos plantear si junto a esa distribución por capital, intereses y costas cabe fijar en el mismo documento privado el precio en que los interesados tasan las fincas para que sirva de tipo en la subasta.

Parece que una primera idea sería la de su admisibilidad por cuanto si se admite la distribución en tal documento privado lo será con todas sus consecuencias.

Sin embargo, creemos que la tesis opuesta tiene mayor fundamento.

Cuando planteamos la cuestión estamos pensando en la ejecución habitual de la acción hipotecaria que tiene lugar a través del tradicionalmente denominado como judicial sumario, y en la actualidad la acción directa contra los bienes hipotecados.

El art. 682 de la LEC señala como requisito que "en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta". La misma exigencia se precisa en el art. 234 RH para el caso del procedimiento ejecutivo extrajudicial.

Nos inclinamos por la escritura pública por cuanto aquí no hay referencia alguna a un documento privado, sino que, por el contrario y expresamente, se exige escritura pública. De otra parte, hay que recordar que de ordinario las normas procesales tienen un marcado tinte imperativo (138).

(138) También se inclina por la escritura pública JIMÉNEZ PÉREZ; recuerda que el antiguamente denominado procedimiento judicial sumario se introdujo en la reforma de 1909 y por tanto es imposible pensar que el legislador de 1861 lo tuviera en cuenta; considera que no debe inscribirse y de haberse inscrito por instancia cabría que el deudor se opusiera por no constar en escritura; recoge, sin embargo, la tesis contraria de ÁVILA (JIMÉNEZ PÉREZ: "Dis-

Si ello es así con carácter general, en caso de que, conforme a la resolución de 7 de enero de 2004, se produzca una cancelación respecto de alguno o algunos de los departamentos, de la propia resolución resulta otro argumento.

Recordemos que la DGRN razona, aunque, a nuestro juicio, con poca solidez, que cabe cancelar la hipoteca respecto de alguna finca, pues “lo relevante es que la suma de las responsabilidades a que

tribución de hipoteca...”, cit., pp. 105 y ss., esp. 118 y ss.). Ciertamente el procedimiento judicial sumario se introdujo por la LH de 1909 y el extrajudicial alcanzó rango normativo en el RH de 1915, si bien la reforma de 1944 lo consagra en el art. 129 LH, aunque remitiéndose en sus trámites al Reglamento, fechas por tanto posteriores a la legislación hipotecaria de 1861.

Efectivamente, ÁVILA admite la instancia, pues entiende que otorgada la escritura de constitución, el procedimiento de acceso al Registro y, dentro de él, la subsanación de faltas, debe regirse por las normas generales (*La hipoteca...*, cit., pp. 202 y ss.). Nos parece discutible la tesis por cuanto el ordenamiento jurídico debe interpretarse como tal y no como compartimentos. También parece admitir la documentación privada CANALS BRAGE, aunque señala que el problema queda abierto (“Relectura de las reflexiones...”, cit., pp. 54-55).

También exigen que el valor de tasación para la subasta conste en escritura pública DÍAZ CADÓRNIGA y MARTORELL GARCÍA y apuntan una compleja solución (distribución en documento privado; poder recíproco para elevarlo a público, liquidación como no sujeto de ese documento privado; inscribirlo; elevarlo a público, que al estar inscrito ya no es susceptible de inscripción y por tanto ya no tributa por AJD) (“La peligrosa distribución de responsabilidad hipotecaria en documento privado”, *www.notariosyregistradores.com* de 1 de julio de 2009). No estamos seguros de la bondad de la solución, sí de que se debería imponer una solución más clara y sin inquina frente a la escritura.

Puede recordarse el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5.ª) de 11 de septiembre de 2006 (*Westlaw JUR 2007\77567*), que señala que el requisito de la tasación en escritura es un requisito para la admisibilidad a trámite de la demanda, así como el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 3.ª) de 17 de marzo de 2008 (*Westlaw JUR 2008\163926*) y el de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 4.ª) de 29 de septiembre de 2009 (*Westlaw JUR 2009\460412*), que estiman recursos de apelación frente a inadmisiones de demanda, discutiéndose el requisito del valor para subasta en escritura pública. Aunque se admite la demanda aun constando en documento privado creemos que en buena parte fue por su “homologación” registral –que creemos discutible–, pero en todo caso parece oportuna la recomendación de ZEJALBO de cautela ante este requisito (“Sujeción a AJD de la fijación del valor de tasación de las fincas hipotecadas”, *www.notariosyregistradores.com* de 13 de junio de 2011).

quedan afectas las distintas fincas resultantes sea igual a la de la originaria finca matriz”.

Si este argumento fuera definitivo impediría la tasación en documento privado en caso de cancelación respecto de alguna finca.

En efecto, si se produjera esa cancelación y esta afectara por ejemplo a dos fincas de las diez hipotecadas no sería lógico que las ocho valieran lo mismo que las diez (distinta hipótesis es el distinto valor que puede tener un edificio entero y la suma de todos sus departamentos, pero cuando se da un préstamo al promotor se está pensando en la venta individualizada de los pisos).

Si ello es así, lo lógico sería que la suma de los precios de los departamentos respecto de los que no se cancela la hipoteca fuera inferior a la total que constara en el Registro, pero en tal caso se quebraría el argumento de la resolución de que “lo relevante” es que la suma sea igual a la originaria.

Cabría pensar que estamos ante un requisito para la ejecución, pero no para la inscripción. Debemos recordar que una escritura de constitución de hipoteca que no tenga tal precio para la subasta es inscribible aunque no se podría ejercitar la acción directa, o ejecutar por el extrajudicial. Una cosa es la inscripción y otra la ejecución aunque, de hecho, sería difícil que un acreedor hipotecario se mostrara indiferente ante esa imposibilidad procedimental.

La DGRN, en su resolución de 7 de febrero de 2001, aunque referido al otro requisito específico para la acción directa y el extrajudicial del señalamiento de un domicilio (art. 682 LEC y 234 RH), señala que su omisión impedirá utilizar tales procedimientos pero no la inscripción.

Sin embargo, en nuestro caso, de ordinario, impedirá la inscripción. En efecto, lo normal es que en la escritura de constitución de hipoteca se hayan pactado tales procedimientos y cumplidos sus requisitos específicos, luego para inscribir la distribución se precisa tal requisito del precio para la subasta salvo que se renunciara al ejercicio de tales procedimientos, hipótesis verdaderamente irreal (de no renunciar tendríamos inscrito, en la inscripción de la hipoteca, la posibilidad de ejecutar por tales procedimientos, pero no tendríamos uno de sus requisitos, que es el valor de tasación individual tras la distribución).

Llegados a este punto cabe la siguiente pregunta. Si la distribución, conforme a la resolución de la DGRN, cabe en documento privado pero precisa de escritura pública la fijación de un precio para la subasta, ¿esta escritura está sujeta a AJD?

En muchas ocasiones no será precisa una escritura autónoma de fijación de valores para subasta, pues frecuentemente se incorpora a la escritura de constitución, lo que sucede es que, al inscribir esta, solo se inscribe el precio del total inmueble, pues la hipoteca está sin distribuir.

En el caso de no estar incorporado tal desglose en ninguna escritura y precisase de una otorgada a tal fin cobra todo su valor la pregunta indicada. Creemos de especial interés la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de mayo de 2009 (Westlaw JUR 2009\380388).

Se contempla una distribución de responsabilidad en documento privado que se complementa con una escritura tasando a efectos de subasta los predios resultantes de la división horizontal, y el TEAC considera que tal escritura “no tiene por objeto cantidad o cosa valuable porque no contiene un negocio jurídico nuevo que recaiga sobre objeto evaluable pues el contenido económico de la operación está en la redistribución de la hipoteca, ya que con ella se produce una novación objetiva del negocio hipotecario, no constituyendo la tasación a efectos de subasta una convención que modifique o altere los contenidos del negocio jurídico” (139).

(139) Sin embargo, la cuestión no deja de ser debatida y resuelta de modo diferente.

Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos (sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a) de 13 de mayo de 2011 (Westlaw JUR 2011\184831) consideró que el cuadro de valores de subasta incluido en una escritura es un concepto encuadrable en el art. 31,2 del RDLeg 1/1993.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a) de 31 de enero de 2011 (Westlaw JUR 2011\117021) liquida la escritura “pues el correspondiente valor de tasación para cada finca figura como documento unido a la escritura”.

Pueden verse distintas posiciones en ZEJALBO MARTÍN (“*Sujeción a AJD de la fijación del valor de tasación...*”, citado), donde, junto a posiciones de Tribunales, se recogen diferentes opiniones de Seminarios y Centros de Estudios Registrales.

VII. FINCA VINCULADA *OB REM* A OTRA

El supuesto es relativamente frecuente en el ámbito de la propiedad horizontal o en el caso de varias viviendas unifamiliares, en propiedad vertical o aislada, cada una de las cuales tiene vinculada *ob rem* una cuota indivisa en otra parcela donde se establecen ciertas instalaciones deportivas o de recreo (tenis, piscina, club social, etc.).

Vaya por delante la tesis mantenida en otro lugar: "en caso de hipoteca no ha lugar a distribución de responsabilidad, precisamente por la razón de que la hipoteca lleva larvada una eventual futura enajenación y ésta ha de ser conjunta..." (140).

En algún caso el dato fáctico de haber abierto (y seguir abierto) un folio registral para la finca vinculada y, en consecuencia, manejar dos números de finca registral, ha provocado algún error y se ha procedido a su distribución, lo cual, a nuestro juicio, es incorrecto por cuanto no cabe la ejecución aislada.

Entendemos que la DG está en la línea aquí mantenida.

Así, la resolución de 13 de diciembre de 2004 cuestiona acerca de una hipoteca sobre un piso y una dieciseisava parte de otro departamento. No se hace distribución de responsabilidad hipotecaria y se alega que hay vinculación. La DG exige la distribución porque con independencia de la corrección o no de los asientos registrales hay que estar a ellos y en el Registro no consta vinculación alguna (141).

Aunque la lectura *a sensu contrario* no siempre es pertinente, parece claro que la DG se hubiera decantado por la tesis contraria si hubiera mediado vinculación.

Lo mismo cabe deducir de la res. de 29 de noviembre de 2007. Se cuestiona sobre la inscripción de un préstamo hipotecario sobre una vivienda unifamiliar que tiene vinculada *ob rem* una participación indivisa de otra finca (que parece no se describe como incluida en la hipoteca, a juicio del registrador). La DG entiende que hay suficiente claridad y dice: "los elementos vinculados son titularidades *ob rem*, que no

(140) VENTOSO: "Propiedad Horizontal...", cit., p. 330; sobre la vinculación *ob rem* me remito a ese estudio, pp. 115 y ss. y 328 y ss.

(141) En la resolución de 8 de enero de 1998 se planteó la necesidad o no de la distribución, pero dado que en el Registro constaban como dos fincas independientes, la DG resuelve que es necesaria la distribución.

pueden seguir un régimen jurídico distinto que el elemento principal al que están adscritos, por lo que la hipoteca de la vivienda unifamiliar conlleva la de la participación indivisa que le está vinculada”.

La doctrina de esta resolución no parece permitir duda alguna.

Aunque, como se ha dicho, a veces, erróneamente, se procede a la distribución, tanto la doctrina (142) como la práctica generalizada siguen la tesis contraria (143).

En definitiva, pues, creemos que en la hipótesis planteada no procede la distribución de responsabilidad.

Sin embargo, podríamos plantear si cabe la inscripción de un título en que se hubiera articulado esa errónea distribución. Entendemos que se podría hacer una inscripción parcial.

Nos explicamos. Lo normal será que se haya constituido la hipoteca determinando las responsabilidades ‘totales’ de la hipoteca por los distintos conceptos de principal, interés y costas, para posteriormente fijarse las específicas de ‘cada finca’.

(142) La doctrina, no solo la práctica, también se pronuncia en el sentido propuesto: así GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO: *Comentarios...*, cit., p. 428; PÉREZ GURREA: ob. cit., p. 32.

(143) Así, *Práctica hipotecaria (repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral)*, tomo I, editor Gómez Gállico, 1994, cuestionándose una hipoteca sobre dos fincas, inscritas en folio diferente pero conectadas con titularidad *ob rem*, resuelve: “La solución es claramente contraria a la distribución de responsabilidad hipotecaria. No sólo no es necesaria tal distribución, sino que sería improcedente, puesto que iría en contra de la naturaleza de la titularidad *ob rem*, que excluye toda pretensión de separación de titularidades, que es a lo que conduciría la distribución en el futuro, al permitir erróneamente la enajenación por separado. Como eso no es posible, no cabe tampoco la distribución de responsabilidad” (p. 185).

En análogo sentido cabe citar las reflexiones articuladas en torno a esta cuestión recogidas en la *Revista Lunes cuatro treinta*, núm. 67, de 1990. Allí se resalta que es incorrecto distribuir la responsabilidad entre una finca, llamémosla principal, y la vinculada. Es más, para evitar cualquier error se propugna “matar el folio de la vinculada”, tesis que, por otra parte, supone un abaratamiento de costes por cuanto se hace una sola inscripción y no dos, una de ellas obligada e inútil (puede verse también en el *Boletín del Colegio de Registradores* núm. 278, de mayo de 1991, pp. 1031-1032).

También cabe citar en análogo sentido el Seminario de Derecho registral de Bilbao, sesión del 29 de abril de 2009 (www.notariosregistradores.com) o el Seminario de Derecho registral de Madrid (*vide Boletín del Colegio de Registradores* núm. 141, diciembre 2007, p. 3826).

En tal caso, a nuestro juicio, se podría inscribir la hipoteca con las responsabilidades totales y denegar las de 'cada finca'.

Con frecuencia también hay un precio global para la subasta para caso de ejecución y posterior desglose aunque, ciertamente, no es infrecuente que tal precio solo venga desglosado. Creemos que se podría mantener una calificación con cierta flexibilidad y sentido común y fijar como tal la suma de los valores desglosados.

Otro de los requisitos para utilizar la acción directa o el extrajudicial (art. 682 LEC y art. 234 RH) es la fijación de un domicilio. A veces se utiliza la "finca hipotecada". Aunque podríamos hacer de nuevo una interpretación flexible (la finca hipotecada es la principal y distinta es la vinculada), realmente, en la inmensa mayoría de casos (la finca vinculada es un garaje, un trastero, una cuota en la piscina, cancha de tenis, etc.) debemos rechazar la hipótesis –salvo error o inadvertencia–, pues el control notarial debería expulsar del título una cláusula de esa naturaleza.

En definitiva, creemos que en caso de finca vinculada *ob rem* no procede la distribución, aunque de haberse practicado puede inscribirse si se dan determinadas condiciones como las expresadas. Cuestión distinta es que deba o no solicitarse consentimiento para la inscripción parcial, aunque siempre será preferible inscribir, especialmente en el caso de la hipoteca de inscripción constitutiva, aunque la inscripción sea parcial, sin perjuicio de poder recurrir, que no inscribir sin perjuicio de recurrir.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁVILA ÁLVAREZ: *El instrumento público en la reforma de 1984*, 1985.
- ÁVILA NAVARRO: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, 1990.
- BARÓ PAZOS: *La Codificación del Derecho Civil en España [1808-1889]*, 1992.
- BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN: "Evolución histórica del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", en obra colectiva *Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto Estudios Fiscales, vol. II, 1977.
- BERMUDO VALERO: "La distribución de la carga hipotecaria en documento privado y sus efectos. El artículo 216 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 2004", RCDI, núm. 685, septiembre-octubre.
- BLANCO TRIGUEROS: *Hipoteca de varias fincas y derechos*, 1899, Pixelegis, biblioteca digital de la Universidad de Sevilla.
- CAMPUZANO: *Legislación hipotecaria*, 2.ª ed., 1948 –por LÓPEZ TORRES–, tomo II.
- CANALES E IBÁÑEZ: *Legislación hipotecaria española. Historia, concordancia y explicación filosófica y exegética de las Leyes de 1861 y 1869 y de los Reglamentos dados para su ejecución*, 1875, tomo II.
- CANALS BRAGE:
- "Relectura de las reflexiones sobre un artículo del Reglamento Hipotecario aparentemente contra legem (art. 216: solicitud privada de distribución de responsabilidad hipotecaria) a la luz de la STS (sala 6.ª) de 31 de enero de 2001, que ha declarado la ilegalidad de parte de la reforma del Reglamento Hipotecario (RD 1867/1998) y de otras circunstancias menos penosas", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 79, enero de 2002.
 - "Reflexiones sobre la distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas mediante solicitud dirigida al registrador (art. 216 RH)", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 33, enero de 1998.
- CARBONELL SERRANO y NAVARRO DÍAZ: "Comentario a Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989", RCDI, julio-agosto de 1989, núm. 593.
- CARRASCO, CORDERO y MARTÍN: *Tratado de los derechos de garantía*, I, 2008.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 1.º, 1975.
- CRUZ GIMENO: "Libro indicador", en *Jornadas de estudio sobre el nuevo Reglamento Notarial*, coord. GÓMEZ-FERRER.
- CUÉLLAR MARÍN: "Comentario a las Resoluciones DGRN de 5 y 7 de enero de 1998", RCDI, septiembre-octubre 1998, núm. 648.
- DÁVILA GARCÍA: "El testimonio notarial de legitimidad de firmas", *Rev. Der. Notarial*, enero-marzo, 1955, núm. VII.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, reproducción facsímil, edit. Civitas, en 1984 de edic. 1949.
- DE JUAN PEÑALOSA: "Gravamen sobre actos jurídicos documentados. Coloquio", *XXIX Semana de Estudio de Derecho Financiero*, 1983.

DE LA RICA Y ARENAL:

- “Contribución de la Legislación Hipotecaria a nuestro progreso jurídico”, conferencia 1951, *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, II, 1976.
- “Comentarios a la ley de reforma hipotecaria”, *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, 1976.
- “Comentarios al nuevo reglamento hipotecario. Innovaciones”, *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, 1976.
- “Comentarios a la reforma del reglamento hipotecario”, *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica Arenal*.
- “Meditaciones hipotecarias. Pervivencia del sistema registral”, RCDI, núm. 392-393, enero-febrero de 1961.
- “Una Legislación genuinamente española”, RCDI, núms. 394-395, marzo-abril de 1961.

DÍAZ CADÓRNIGA: “La liberación de finca hipotecada: aspectos sustantivos y fiscales”, *Boletín informativo notarial de Andalucía*, enero 2011.

DÍAZ CADÓRNIGA y MARTORELL GARCÍA: *La peligrosa distribución de responsabilidad hipotecaria en documento privado*, www.notariosyregistradores.com de 1 de julio de 2009.

DÍEZ GÓMEZ: “Los testimonios notariales”, *Rev. Der. Notarial*, julio-diciembre de 1970, núm. LXIX-LXX.

DÍEZ-PICAZO: “Los principios hipotecarios y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas”, *Leyes hipotecarias y registrales de España*, I, 1974.

DISCUSIÓN PARLAMENTARIA SOBRE LA AUTORIZACIÓN PARA PLANTEAR COMO LEY EL PROYECTO DE LA LEY HIPOTECARIA. (Iuris Digital, Biblioteca virtual de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).
EL CÓDIGO CIVIL: DEBATES PARLAMENTARIOS 1885-1889; editado por el Senado, 1989.

FALCÓN TELLA: “La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: una alternativa legal para eludir un gravamen improcedente”, *Westlaw BIB 2004\1626*.

FERNÁNDEZ FLORES:

- “El impuesto y los actos jurídicos documentados”, *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1983.
- “Gravamen sobre actos jurídicos documentados. Coloquio”, *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1983.

GALAPERO FLORES: “División material de fincas, distribución de préstamo hipotecario, ¿generan estas operaciones el nacimiento del ITP, modalidad AJD?”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, *Westlaw BIB 2006\864*.

GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo VI, 1886.

GARCÍA-BOENTE: “Testimonios notariales. Introducción”, *Jornadas de estudio sobre el nuevo Reglamento Notarial*, Alicante, 26-28 de abril de 2007, coord. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel:

- *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2.^a edic., 1990, edición 4.^a, de 2004, y edic. 6.^a, de 2009.
- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, 1988.

GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión edic. 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, 1974.

GARCÍA LOSADA: "La unificación de la carga tributaria en la actividad jurídica formalizada en instrumento notarial", *Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto Estudios Fiscales, vol. II, 1977.

GOMÁ LANZÓN, Ignacio: "Comentarios a artículos del RN sobre los testimonios notariales", en obra colectiva *Nueva legislación notarial comentada*, 2007, I.

GÓMEZ DE LA SERNA: *La ley hipotecaria comentada y concordada por la legislación anterior española y extranjera*, 1862, edic. facsímil 2009.

GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO:

- "Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos", RCDI, núm. 566, enero-febrero de 1985.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 6.^o.

GONZÁLEZ-MENESES y GARCÍA-VALDECASAS: "Comentario a Res. 1 y 17 octubre de 2001", *La Notaría*, noviembre-diciembre de 2001, vol. I.

GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, XXIII, 1979.

IBÁÑEZ GARCÍA: "El impuesto sobre los actos jurídicos documentados a la luz del artículo 31 de la Constitución y la posibilidad de que los Tribunales económico-administrativos planteen cuestiones de inconstitucionalidad", *Actualidad Tributaria*, núm. 36, 2-8 octubre de 1995.

JIMÉNEZ PÉREZ: "Distribución de hipoteca y ejecución hipotecaria. Problemática que plantea el artículo 216 del Reglamento Hipotecario en sus aspectos fiscal, notarial, hipotecario y ejecutivo", *Rev. Juríd. Notariado*, núm. 38, abril-junio 2001.

LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, 1984.

LAZZO GAITE: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación Civil [Génesis e historia del Código]*, vol. I, 1970.

LATOUR BROTONS: "Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria: su génesis, circunstancias y efectos de la misma", RCDI, núms. 410-411, julio-agosto 1962.

LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALAS DE ESPAÑA. Varios tomos y años.

MANRESA: *Comentarios al código civil español*, 1907, Pixelelegis. Biblioteca digital de la Universidad de Sevilla.

MARTÍNEZ DE LA CUEVA: "La cláusula de estabilización de valor en la hipoteca", RCDI, enero-febrero de 1961, núms. 392-393.

MARTÍNEZ SANCHIZ:

- "Comentario al art. 144 del Reglamento Notarial", en obra colectiva *Nueva legislación notarial comentada*, 2007, I.

MARTÍNEZ SANCHIZ:

- “El negocio jurídico. Parte primera. Elaboración del concepto”, obra colectiva *Instituciones de Derecho Privado*, coord. DELGADO DE MIGUEL, tomo I, vol. 4.º.

MERINO: *Distribución de responsabilidad hipotecaria en documento privado*, www.notariosyregistradores.com de 3 de octubre de 2008.

MORELL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1930, varios tomos y años.

NÚÑEZ LAGOS: “El Registro de la Propiedad Española (Memoria)”, RCDI, núm. 250, 1949.

OLIVARES ZARAGOZA: “El impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados”, *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*.

OLIVER: *Derecho inmobiliario registral*, 1892, 2.ª edic. de 2009.

OÑATE CUADROS: “El testimonio notarial de legitimación de firmas”, *La Notaría*, abril de 2000.

PALACIOS GIL DE ANTUÑANO: “Liquidación de las instancias privadas de distribución de responsabilidad de los préstamos hipotecarios con firmas legitimadas, es decir, con testimonio notarial de legitimación de firmas”, *Lunes cuatro treinta*, núm. 380, 2.ª quincena, octubre 2004.

PALAO TABOADA: “El impuesto sobre actos jurídicos documentados a examen”. *Rev. Jurídica del Notariado* (continuadora de la *Rev. Der. Notarial*), núm. 4, octubre-diciembre de 1992.

PAU PEDRÓN: “Comentarios al art. 3 LH”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, VII-3.º, 1999.

PAZ-ARES, Ignacio: “Apuntes sobre los documentos no protocolares (dimensión europea)”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 35, enero-febrero de 2011.

PÉREZ GURREA: “La distribución de responsabilidad hipotecaria cuando son varias las fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito”, *Lunes cuatro treinta*, núm. 424, enero de 2007.

PÉREZ PEDRERO y SIDRO SURGA: *Repertorio de legislación hipotecaria de España ó sea la Ley Hipotecaria*, tomo III, 1861.

Práctica hipotecaria (repertorio de casos de Derecho inmobiliario registral), edit. Gómez Gállico, tomo I, 1994.

ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968.

ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*, varios tomos y años.

ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, I, 1995.

RODRÍGUEZ ADRADOS:

- “Comentarios a la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado”, en obra colectiva *Nueva legislación notarial comentada*, 2007, I.

- “La reforma de 1984 y el instrumento público”, en *Reglamento Notarial*, edic. Consejo General del Notariado, 1984, y en *Escritos Jurídicos*, III, 1996.

- “La nueva póliza intervenida”, Comunicación de 10 de diciembre de 2007 al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, recogida en la *Rev. Jurídica del Notariado*, núm. 65, 2008.

RODRÍGUEZ ADRADOS:

—“Naturaleza documental de la póliza intervenida”, Conferencia de 27 de octubre de 1994 en la *Academia Matritense del Notariado*, recogida en sus *Anales XXXV* y en *Diario La Ley*, días 14 y 15 de marzo de 1995.

RODRÍGUEZ LÓPEZ: “La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: el artículo 216 del Reglamento Hipotecario”, *La Buhaira*, CER Andalucía Occidental, núm. 18, 15 de febrero de 2000; también en *Lunes cuatro treinta*, núm. 300, 1.ª quincena, mayo de 2001.

RODRÍGUEZ OTERO: *La Ley hipotecaria de 1861; sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)*, 2010.

RUBIO PILARTE: “Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, Westlaw BIB 2004\354*.

SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, 1945.

SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, 1996.

TEJERIZO LÓPEZ: “El impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados: ¿unidad de tributo o impuestos distintos?”, *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1983.

TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del derecho español*, 1983.

VALLET DE GOYTISOLO: “Documentos privados, Legitimación de firmas y documentos públicos”, *Rev. Der. Notarial*, enero-marzo de 1979, núm. CIII.

VENTOSO: “Propiedad Horizontal”, *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, 45, 2008.

VILLANUEVA SEGURA: “La contratación inmobiliaria y el impuesto sobre actos jurídicos documentados”, en la citada *XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*.

VILLARÉS PICO: “Hipoteca constituida sobre varias fincas”, *RCDI*, septiembre de 1935, núm. 129.

VILLARÍN LAGOS: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, 1997.

YUSTE JORDÁN: “¿Están sujetas al IAJD las escrituras públicas de división de préstamos hipotecarios?”, *Westlaw BIB 2003\715*.

ZEJALBO MARTÍN: *Sujeción a AJD de la fijación del valor de tasación de las fincas hipotecadas*, www.notariosyregistradores.com del 13 de junio de 2011.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA



Víctor Manuel Garrido de Palma

Los seis supuestos de hecho plantean problemas jurídicos: el acceso al Registro es denegado o es suspendido y la seguridad jurídica exige tratar el enfoque notarial y el criterio registral.

Primero. Escritura de renuncia abdicativa del dominio.

Lo que en principio parece sencillo, que el propietario renuncie a algo que es suyo, no accede al Registro de la Propiedad "porque la renuncia no está contemplada en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria".

Luego, en la defensa de la denegación, el registrador considera que la renuncia abdicativa del dominio de un bien inmueble contraría al orden público, pues es de interés general que estén los mismos inscritos y permitir el acceso registral a dicha renuncia equivaldría a su desinscripción; y además puede perjudicar a terceros como podrían ser los acreedores u otros interesados en la inscripción del bien.

La titular registral en su recurso parte del artículo 6, párrafo 2.º, CC, continúa con el artículo 7 RH, que al desarrollar el artículo 2 LH alcanza a "cualquier otro acto o contrato de trascendencia real...", y con la Ley de Patrimonio del Estado, que admite y reconoce la existencia de inmuebles de titularidad desconocida, regulando su inscripción a favor del Estado (bienes vacantes).

En esta línea, informó el notario autorizante de la escritura de renuncia, y el presidente del Tribunal Superior de Justicia de... revocó la nota del Registro, en esencia por la argumentación últimamente expuesta (expresando que el Registro ha de cumplir el mandato establecido en el art. 47 LPE).

Las resoluciones de 10 enero y 18 de febrero 2003 confirmaron el auto presidencial apelado por el registrador, basándose en la fundamentación jurídica que ya he señalado. Las mismas son paradigmáticas en sede de abandono.

Importa ahora plantear interrogantes a fin de profundizar en la renuncia abdicativa de la propiedad: no estamos ante una cosa *mueble* abandonada (art. 610), ni ante la renuncia “a la parte que le pertenece” al comunero en el dominio para así eximirse de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común (art. 395). ¿Es admisible la renuncia sin más, sin alegar causa?, ¿cuándo puede entenderse que contraría la renuncia al interés o el orden público o perjudica a terceros (art. 6.2 CC)?; *¿quid iuris* respecto a los acreedores o a los legitimarios ante la renuncia?; ¿no habrá de estudiarse caso por caso, dado que no todas las propiedades son iguales: pisos en régimen de propiedad horizontal; viviendas de protección oficial o libres; fincas incluidas en planes de ordenación urbana...?

Sin duda, hay que plantearse todo lo anterior (así lo hace ROMERO CANDAU al comentar las resoluciones citadas, para llegar a la conclusión de que no pueden ser reconocidos plenos efectos jurídicos a la renuncia por la sola manifestación del interesado hecha en escritura pública. Ciertamente –se dice en la última edición de ROCA– es difícil mantener hoy que una abdicación dominical no perjudique o que no suponga dejación de funciones sociales, ante el art. 33 de la Constitución). Tras hacerlo, expongo algunas apreciaciones a fin de dar perspectiva a la problemática.

1. El abandono de fincas –señala ROCA SASTRE– responde generalmente a la idea de liberación de cargas o prestaciones (contribuciones onerosas o que superan el rendimiento económico) o para no efectuar obras de reparación o para eludir excesivas responsabilidades hipotecarias...

Por otra parte, el fenómeno emigratorio a las ciudades ha hecho que no resulte inhabitual hablar de pueblos sin moradores, viviendas cerradas, tierras sin cultivar (GARCÍA CANTERO). Son realidades que al menos deben quedar constatadas.

2. Doctrinalmente el abandono de inmuebles se concibe como un negocio de disposición, unilateral, no recepticio e irrevocable, y que mientras no incida en la esfera registral no está sujeto a forma. Pero –como en el presente supuesto acaece– se exige escritura pública de renuncia.

3. No parece que el negocio de renuncia exija causa: para la resolución de 28 abril 1927 la renuncia abdicativa en el Derecho

Hipotecario aparece en sus efectos independiente de la causa. En el supuesto fáctico en estudio se renuncia “con carácter gratuito” y ROCA considera que la renuncia debe tener una causa cierta e idónea, pero está ya implícita en la declaración de voluntad de abandonar el derecho. A mi entender, la existencia y la validez de la causa deben presumirse; su inexistencia o ilicitud deberán probarse por el perjudicado, aplicando los principios generales que en este punto plasma el Código Civil.

Por último, se considera –con alguna excepción doctrinal– que los acreedores y perjudicados por la renuncia pueden ejercitar la acción pauliana.

Con lo expuesto no trato de dar solución a toda la temática, pero sí de plantear el campo problemático ante “la renuncia a los derechos reconocidos en la ley, válida si no contraría al interés o el orden público ni perjudica a tercero”. (Lo que no quiere decir que si perjudica a tercero tenga necesariamente que ser *nula*; he apuntado el efecto caso de acreedores; lo dejo abierto si de legitimarios se trata).

Termino. La DGRN, en las citadas resoluciones se ha expuesto cómo ha decidido la cuestión. Con ROMERO CANDAU considero que debería haber entrado a resolver cuándo sí y cuándo no es inscribible una escritura de renuncia abdicativa al dominio. Es lo que he tratado de dejar planteado, al menos, en este comentario. (*Vide* ROCA SASTRE, pág. 457 y ss., *Derecho Hipotecario*, 9.ª edición. Tomo I).

Segundo. Escritura de compraventa sujeta a condición suspensiva.

En el supuesto de hecho planteado los argumentos del registrador para suspender la inscripción han quedado reflejados en esencia. Voy a exponer los fundamentos de derecho alegados por el notario autorizante de la escritura:

1. La compraventa puede someterse a condición suspensiva y cabe su acceso al Registro: artículos 9.2 y 23 LH y 56 RH.
2. El artículo 1115 CC sanciona con la nulidad de la obligación si está sujeta a condición cuyo cumplimiento dependa de la *exclusiva* voluntad del deudor (particularización de lo que establece el art. 1256 respecto a los contratos en general).

La literalidad de ambas normas y la gravedad de las sanciones legales ha dado lugar a una interpretación restrictiva de las mismas: esas sanciones son de aplicación caso de condición potestativa pura,

dependiente de la sola voluntad del deudor, mas no si la condición es simplemente potestativa, no dependiente exclusivamente de aquélla (con cita de la sentencia TS de 13 febrero 1999).

Y es precisamente lo que acaece en el caso presente: el posible cumplimiento de la condición no depende de la pura arbitrariedad del deudor; depende de un conjunto de motivos e intereses que influyen decisivamente.

3. Además, la fijación de un plazo máximo de dieciocho meses desde el otorgamiento da certidumbre jurídica (en este sentido, señala, la R. de 15 febrero 2002), ha de tenerse en consideración.

Y 4. En el caso presente la entidad vendedora –cuyo objeto habitual es la promoción y venta de inmuebles– lo que quiere es asegurarse el cobro del precio de venta, por lo que facilita a la parte compradora su obtención de la manera reflejada en la escritura. No pretende apropiarse del objeto vendido; no se busca la finalidad propia del pacto comisorio (lo fundamental es atender a la causa del negocio).

La resolución de la DGRN al estimar el recurso –R. de 12 mayo 2010– contiene una fundamentación que vale la pena transcribir. Destaco –no porque objetivamente sea más importante– la claridad de las primeras consideraciones en torno a la posibilidad no solo de constituir nuevas figuras de derechos reales, sino también de alterar el contenido típico de los derechos reales legalmente previstos. Dice así:

Frente a las objeciones del registrador, cabe hacer las siguientes consideraciones. En relación a la primera cuestión, como reiteradamente ha señalado este Centro Directivo, es indudable en nuestro Ordenamiento que el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Código Civil). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto ju-

rídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia “erga omnes” de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. resoluciones de 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

Como señalan las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 1991 y 12 de junio de 1999, cuando lo que accede al Registro es una transmisión dominical sujeta a condición es conveniente distinguir dos hipótesis claramente diferenciadas: una, la que tiene lugar durante la pendencia de la condición si se señaló plazo para su cumplimiento, o mientras no accede al Registro la suerte de la condición, en el caso de que no se hubiera fijado un plazo para su desenvolvimiento; y otra, la que se produce una vez agotado el plazo fijado para que la condición se cumpla, sin que conste en el Registro su cumplimiento o incumplimiento. En el primer caso, el Registro refleja dos titularidades diferenciadas y contrapuestas –actual una, expectante la otra– pero complementarias, por cuanto su reunión agota la plena titularidad del derecho condicionalmente transmitido. En tal caso, para la verificación y consiguiente inscripción –pero libre de la condición impuesta– de actos dispositivos sobre el dominio objeto de la transmisión se precisará la actuación conjunta de ambos titulares. En el segundo, no podrá deducirse ya de los asientos del Registro la coexistencia de esas dos titularidades sino, por el contrario, la extinción de una de ellas y la consolidación de la otra, aunque resulte indeterminado en favor de cuál de los dos sujetos de la transmisión se produjo la consolidación. En esta hipótesis, los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo, así como el necesario respeto de la similar posición registral que corresponde al otro de los sujetos en cuyo favor pudo producirse la consolidación (artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), impedirán la inscripción de la posterior transmisión del dominio otorgada exclusivamente por uno de ellos en tanto no se acredite debidamente que el desenvolvimiento de la condición se realizó a su favor (*vid.* artículos 3 y 23 de la Ley Hipotecaria y 56 y 238 del Reglamento Hipotecario).

Estos extremos deben valorarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.2.^a de la Ley Hipotecaria, en el que se prevé expresamente entre las circunstancias que deben constar en la inscripción las “condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere” que consten en el título, ex-

tremo que reitera el artículo 51.6.^a del Reglamento Hipotecario. En su aplicación no concurre ningún obstáculo para que pueda acceder al Registro una transmisión sujeta a condición suspensiva, siempre que se fije un plazo en que dicha condición se haya de considerar cumplida o incumplida –a fin de evitar que las respectivas titularidades queden en permanente situación de pendencia (cfr. resolución de 22 de julio de 2004)–, facilitando con ello la concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral.

4. En relación con la segunda cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo preconiza una interpretación restrictiva del artículo 1115 del Código Civil, entendiendo que el precepto reseñado se está refiriendo a las condiciones puramente potestativas, no a las simplemente potestativas. Para el Tribunal Supremo se considera válida la condición cuando no depende del mero arbitrio del obligado (vid. sentencias de 13 de febrero de 1999, 16 de mayo de 2005 y 28 de junio de 2007, entre otras y resoluciones de esta Dirección General de 15 de febrero de 2002 y 22 de julio de 2004). En el caso que nos ocupa, no depende de la exclusiva voluntad del deudor ni subrogarse en el préstamo hipotecario inscrito ni obtener financiación, lo que en la época actual se revela evidente.

Por lo demás, no resulta ocioso señalar la existencia de una clara causa justificativa suficiente de la concreta condición suspensiva pactada en la actual situación socio-económica (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), por cuanto la eventual disminución del precio de los activos inmobiliarios puede producir un incremento del riesgo para el vendedor de ser requerido de pago en razón a la responsabilidad personal derivada del préstamo garantizado con hipoteca en la hipótesis de venta de la finca hipotecada con pacto de subrogación del comprador en la obligación personal garantizada, a que se refiere el párrafo primero del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, en el caso de que el acreedor no preste para ello su consentimiento expreso o tácito.

5. En relación con la tercera cuestión, si se admite que se trata de una condición suspensiva que afecta a la consumación del proceso transmisivo, no habrá pacto comisorio ya que el vendedor no dejará de ser propietario del bien en tanto no se verifique el pago del precio. Si, por el contrario, se considera que es una condición resolutoria, el pacto está expresamente reconocido en nuestro sistema en este supuesto (cfr. artículos 1504 del Código Civil y 59 del Reglamento Hipotecario).

Por otra parte, aunque la condición suspensiva estipulada no constituye propiamente un pacto de reserva de dominio, refuerza la argumen-

tación anterior la idea de que también en el caso –que no se da en este supuesto de hecho– de que se hubiese pactado esta reserva, tampoco podría prosperar la calificación recurrida. En efecto, doctrinalmente las posiciones mantenidas sobre la naturaleza jurídica de estos pactos son muy divergentes, si bien mayoritariamente se considera lícito el pacto. Así, una primera posición, considerada tradicional, configura al pacto de reserva de dominio como una condición suspensiva para la adquisición de la propiedad por parte del comprador. Otra entiende que el pacto de reserva de dominio entraña una auténtica condición resolutoria. Se ha sostenido también que la propiedad no corresponde al comprador ni al vendedor, estableciéndose entre ellos una especie de condominio temporal; también se ha tratado de subsumir este pacto dentro de las denominadas titularidades fiduciarias o con función de garantía o asimilarlo al dominio directo y útil para comprador y vendedor. Igualmente son diversas las posiciones que sobre este tema ha sostenido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pero sin cuestionar en ningún caso ni la validez y licitud del pacto, ni negar todo efecto de mutación jurídico-real al mismo (cfr. artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), y ello sin perjuicio del carácter limitado, temporal o condicional del derecho del comprador sujeto a tal pacto (cfr. sentencias de 16 de julio de 1993, 3 de julio de 1996, 10 de febrero de 1998, 28 de diciembre de 1999, 20 de junio de 2000, 14 de octubre de 2003, y 16 de marzo de 2007).

6. Resta por analizar el contenido concreto del documento presentado y si, a la vista de las anteriores consideraciones, es o no inscribible. Pues bien, en la cláusula primera se dice que la entidad propietaria “vende y transmite –sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula tercera siguiente–”, las fincas objeto del contrato a don M. A. C. S. y a doña G. T. B., “que compren y adquieren con carácter ganancial”, “transmitiéndoles la posesión”; por su parte, en la cláusula tercera se establece que “el perfeccionamiento de este contrato queda sometido a la condición suspensiva (...)”, para más tarde señalar que la condición es “esencial para el perfeccionamiento y no solo consumación del presente contrato”, y que “cumplida la condición quedará perfeccionado y consumado el presente contrato, adquiriendo la cesionaria la propiedad de la finca y participaciones indivisas de fincas vendidas”. Partiendo de la necesidad de interpretar las cláusulas de los contratos en el sentido más favorable para que produzcan efecto con base en el principio de “favor negotii”, contemplando la eficacia y haciendo primar el sentido teleológico de lo

convenido (cfr. artículos 1284 y 1285 del Código Civil), parece que lo que quiere condicionarse suspensivamente es la transmisión de la propiedad, siendo así que, con arreglo a la jurisprudencia y doctrina indicadas, no existe ningún obstáculo para ello y para su inscripción registral.

Tercero. ¿Cabe inscribir un derecho de uso...?

En el presente supuesto la resolución de 15 julio 2011 va directamente a la raíz de la cuestión: estamos ante un derecho personal no asegurado especialmente (art. 98 LH). Se trata de una relación de precario por la que se concede la posesión, concedida graciosamente por el propietario, sin cobrar merced y pudiendo reclamar la cosa a su voluntad.

Si el artículo 5 LH dice que: no son inscribibles los títulos relativos al mero o simple hecho de poseer, pactos como el presente, que se traducen en la atribución de un estado posesorio absolutamente claudicante, en tanto que libremente revocable por el concedente, no son inscribibles.

Cuarto. Propiedad horizontal *tumbada*.

Voy a transcribir en lo esencial el contenido de la resolución de 10 diciembre 2003, en la que la DGRN, al estimar el recurso interpuesto por los titulares registrales, aborda la propiedad horizontal *tumbada* y los complejos inmobiliarios privados (art. 24 Ley PH) en relación con la normativa reguladora del suelo de la Comunidad de Madrid ante la suspensión de la inscripción solicitada "por ser necesaria la licencia de parcelación o...". Dice así:

Hemos de acudir a la normativa sustantiva que resulte aplicable y, en consecuencia, habremos de estar a la Ley 9/2001, de 7 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, que aparecen enumerados en su artículo 151, entre los que el único que pudiera tener relación con el supuesto planteado es el 1.º a): "Las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación". Si los conceptos de segregación y división están acuñados en el Derecho privado y tienen evidente solera en la legislación hipotecaria, el de parcelación es más propio de la legislación urbanística al punto de que la misma Ley se ocupa de definirla en sus artículos 143 y siguientes en relación con las distintas clases

de suelo. Pues bien, el concepto genérico se contiene en el primero de tales preceptos cuando nos dice que “tienen la consideración de actos de parcelación, con independencia de su finalidad concreta y de la clase de suelo, cualesquiera que supongan la modificación de la forma, superficie o lindes de una o varias fincas”.

Habrà que decidir si encaja en dicho concepto la división horizontal, al menos, tal como se estructura la del supuesto de hecho planteado.

4. El régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, mantenido la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial que si bien en su artículo 2.º declara de aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5.º, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 CC pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también, a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal.

El artículo 24, que integra el nuevo Capítulo III de la Ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan solo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.

Por eso, bajo el calificativo de “tumbada” que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como “tumbadas” tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal.

La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto

de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito.

Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea “tumbada”, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma –la que se produzca será fruto de la edificación, necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas–, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Sería lo mismo que exigir licencia para la división horizontal en los frecuentes supuestos de edificaciones integradas por varias viviendas adosadas, construidas con una licencia que así lo autoriza sobre un solar indivisible según la misma ordenación. No puede ésta limitar el derecho del constructor o promotor a explotar o comercializar una construcción perfectamente legal e integrada por distintas unidades explotables o enajenables de forma independiente acudiendo a su división en régimen de propiedad horizontal.

Quinto. Partición por los herederos y cumplimiento de los deseos de la difunta, no expresados en su testamento.

“Deseo que...”; “me gustaría...”; “si les parece bien a mis...”. Son expresiones que con cierta frecuencia exteriorizan los testadores y ante ellas el notario pregunta acerca del nivel de importancia, interés, fuerza y decidida voluntad de aquéllos respecto a su manifestación, que en principio parece que queda al arbitrio de herederos o legatarios. Después de pensar con mayor reposo, en muchos casos terminan por expresar su voluntad en términos decididos, firmes: “es mi voluntad que...” (obligación de...; configuración acudiendo a condiciones, o a la carga modal reforzadora conforme al art. 797 CC); y en todo caso la plasmación de la manifestación del testador se realiza de modo acabado, completo, evitador de dudas, de posible oscura, deficiente, controvertida interpretación por los destinatarios *post mortem*.

No es ésta la cuestión que en el presente supuesto se plantea: *el deseo de la testadora (así lo manifiestan los herederos) no está expresado en el testamento, pero quieren cumplirlo y en consecuencia al partir y adjudicarse los hijos los bienes hereditarios, "adjudican también a una de ellas un derecho de habitación sobre el único bien relicto..."*.

La fundamentación jurídica del recurso interpuesto por el notario autorizante se basa en el artículo 1058 CC: "Los herederos... pueden distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente... cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad".

La resolución de 3 octubre 2011 estima el recurso con apoyo en el precepto legal citado, añadiendo: en el presente caso los herederos exteriorizan debidamente el completo negocio celebrado... y respecto al exceso de adjudicación existente... con el pago de la correspondiente compensación en metálico.

Y Sexto. Aumento de capital de SRL sin que conste la verificación del Balance por auditor de cuentas.

En el recurso interpuesto por el notario autorizante contra la calificación registral negativa, se alega lo que a continuación transcribo:

1.º Normativa legal. Es absolutamente cierto que el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, establece que la ampliación de capital con cargo a reservas disponibles, reservas por prima de asunción de participaciones o reserva legal requiere un balance aprobado por la junta general, referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses anteriores, verificado por el auditor de cuentas de la sociedad o por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviere obligada a verificación contable. Pero este requisito de la verificación del balance por el auditor es una novedad introducida por la mencionada Ley que no tiene base en la normativa anterior; esto es, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, solo exigía un balance, de tal antigüedad, aprobado en junta general, y del que resultasen reservas suficientes para la operación, pero en ningún modo exigía tal auditoría. Con esta nueva exigencia, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital se está apartando del encar-

go efectuado al legislador de "refundir" en un único texto la normativa, introduciendo un nuevo requisito que carece de apoyo legal. En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital establece que las Cortes Generales han encomendado al Gobierno la elaboración de un texto refundido de las normas legales sobre sociedades de capital, fijando los siguientes límites a tal encargo, que son: "la regularización, la aclaración y la armonización" de los textos legales, añadiendo que "regularizar significa ajustar, reglar o poner en orden"; "aclarar" es eliminar "las dudas de interpretación" y "la armonización impone la supresión de divergencias de expresión legal, unificando y actualizando la terminología e impone... superar las discordancias derivadas del anterior proceso legislativo". Ninguno de estos criterios encaja con la introducción, "ex novo", de un nuevo requisito antes inexistente como es la auditoría y sin que pueda alegarse que tal introducción es en aras de la unificación de ambos tipos societarios, porque es fundamental el mantenimiento de la distinción entre ambos tipos, como expresamente defiende el punto IV de la misma Exposición de Motivos. Lo expuesto podría dar lugar a la impugnación de la norma cuestionada, aunque el presente no es la vía adecuada para ello, siendo el objeto de este recurso la realización de una interpretación lógica que al explicar la finalidad y utilidad de la auditoría cuestionada, permita prescindir de la misma en los casos en que quede perfectamente protegido el interés de todos los que puedan resultar afectados por el requisito.

2.º Justificación de la exigencia de auditoría.

La primera cuestión que surge al observar la exigencia de la auditoría es su justificación, su razón de ser, lo que conduce más directamente a preguntar cuál es el interés protegido por esta auditoría. El interés protegido no puede ser otro que la protección de los acreedores sociales, la protección de otros terceros o bien, la protección de los propios socios.

a) En cuanto a los acreedores sociales, una operación de aumento de capital no puede sino beneficiarles. El capital social es fundamentalmente una cifra de garantía frente a los acreedores sociales y su aumento produce un aumento de tal garantía. Puede alegarse que el presente caso es un aumento puramente contable porque no se ingresan nuevos activos a la sociedad sino que solo se trasladan unos activos de una partida (reservas) a otra (capital). Efectivamente, eso es así, pero con todo, la garantía frente a los terceros acreedores aumenta, porque la partida de las reservas voluntarias puede ser dispuesta con amplia libertad, pero no así la partida del capital, para cuya disminución se requiere cumplir ciertos requisitos que no son de este caso.

La parte transcrita de la argumentación del recurso interpuesto no ha evitado su desestimación. En la resolución de 4 de octubre de 2011 (que he reiterado posteriormente) la DGRN argumenta en esencia lo siguiente:

1. El principio de realidad del capital social exige en la hipótesis de ampliación del capital con cargo a reservas la adecuada justificación de la efectiva existencia de esos fondos en el patrimonio social y su disponibilidad para transformarse en capital. De ahí la exigencia del artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Con anterioridad, la Ley SRL (art. 74.4) no exigía la verificación por auditor de cuentas (a diferencia de la Ley SA de 1989, art. 157.2), pero el actual texto legal refundido sí la exige, con justificación en el principio de realidad del capital social, y ello no solo en interés de los socios, sino especialmente en el de los acreedores sociales.

Lo anterior justifica lo que la Exposición de Motivos (Ley de Sociedades de Capital, de 2 de julio de 2010) anuncia: se introduce “una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital”.

El comentario a realizar podría terminar aquí, pero me parece oportuno prolongarlo con algunas consideraciones.

Ante todo, si he transcrito en parte la argumentación desarrollada por el recurrente se debe a que pienso con él que el requisito hoy exigido por el artículo 303 de la LSC desborda los límites del encargo del poder legislativo al poder ejecutivo: la regularización, la aclaración y la armonización de los plurales textos legales antes existentes. Existe extralimitación (en este sentido, también LÓPEZ-MULLER GÓMEZ).

Y es que la introducción *ex novo* de un nuevo requisito antes inexistente, la auditoría, supone partir de una premisa que anuncia la citada Exposición de Motivos: el sentido de la existencia de la SA y la SRL, dos formas sociales diferentes para unas mismas necesidades... (punto IV, que conviene leer con detenimiento de modo total, íntegramente).

La premisa es más que discutible y en todo caso ha supuesto partir en el texto refundido de un método, el de la regulación por materias (constitución, aportaciones, participaciones y acciones, órganos, cuentas, modificación de estatutos, separación y exclusión,

disolución y liquidación, obligaciones), que –con OLIVENCIA– considero saca de contexto las normas y diluye las características de cada tipo social. Y es que en puridad la necesaria regulación general de las sociedades mercantiles debe seguir el método, común en el Derecho comparado, de la regulación por tipos (del que, como afirma el citado autor, se ha separado con peligrosa originalidad el español en este *provisional* texto refundido).

En último término, y fijándome en la labor armonizadora que la LSC pretende, hay que afirmar –con FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS y PÉREZ DE MADRID CARRERAS– que está lejos de lograrla: conmina al intérprete a plantearse si el recurso a la analogía es de aplicación solo en los contados casos aceptados por la LSC o también en otros en los que pudiera apreciarse identidad de razón. En fin, en mi criterio, confusión e inseguridad que urgen el giro contrario al de *provisionales* como el aquí comentado.

Lo ahora apuntado de *lege ferenda*, no obsta desde luego al criterio de la DGRN en la resolución citada: hoy por hoy el artículo 303 LSC es de aplicación.

Lo que sí puede decirse –con vistas al futuro de la regulación legal, que debe estar próximo, ¿o no?, dada la proclamada *provisionalidad* de la Ley SC– es que, como sin duda la Ley de SRL de 1995 consideró al regular este punto en estudio, se tenga en cuenta la realidad empresarial en los supuestos que con mayor frecuencia acuden al tipo legal SL. Con las palabras que cierran la fundamentación del recurrente termino mis consideraciones: debe destacarse que, tratándose de pequeñas sociedades... generalmente reducidas a un pequeño círculo de familiares o socios, suele ser habitual no repartir beneficios dejándolos aplicados a las reservas, lo que constituye un colchón para malos tiempos, un ahorro para los socios que ven incrementarse el valor de sus participaciones sociales y un importante factor de crecimiento para las pequeñas sociedades. Este tipo societario suele hacer periódicamente aumentos de capital con cargo a las reservas cuando éstas han quedado consolidadas, lo que se efectúa para dejar constancia de tal consolidación en el balance societario con su reflejo en el Registro Mercantil. Difícilmente se van a reiterar estos aumentos si el gasto que supone a tales pequeñas empresas es considerable con relación al propio aumento de capital, lo que no viene a favorecer en modo alguno la marcha de la economía general.

Y ahora el nuevo DICTAMEN.

Primero. Doña Josefa y don Tadeo, ante notario, cedieron por alimentos a don Dimas, que adquirió para su sociedad conyugal con doña Francisca, dos fincas sitas en el término de Manises (Valencia). Se estableció que la cesión quedaba sujeta a la condición resolutoria de que el cesionario proporcionara manutención y asistencia a los cedentes en todo caso; y para el supuesto de que considerasen los mismos necesario, también vivienda.

En 2011, tres años después, los cedentes y el cesionario, de mutuo acuerdo, resuelven el contrato por imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas por el cesionario.

Inscritas las fincas a nombre del cesionario, para su sociedad de gananciales, el registrador suspende las inscripciones solicitadas sobre las dos fincas a nombre de Josefa y Tadeo: "por no constar el consentimiento del cónyuge de Dimas, Francisca, conforme al artículo 93, apartados 4, 2 y 3 Reglamento Hipotecario".

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segundo. Doña Mariana en su testamento instituye herederos a sus cinco hijos por partes iguales y encomienda la facultad de hacer la partición a don Severo.

Fallecida la testadora, el contador-partidor otorga una escritura en la que se eleva a público el cuaderno particional. En la partición y en la escritura pública se contiene lo que a continuación se expresa.

1. El único firmante del cuaderno particional que se eleva a público y el único otorgante de dicho instrumento público es el contador-partidor. En el encabezamiento del cuaderno se dice que lo lleva a cabo el contador-partidor testamentario.

2. En la escritura pública se dice que "los interesados hicieron una partición convencional confeccionando un documento que los interesados me entregan para su incorporación a esta escritura, tras firmarla en mi presencia, legitimando yo el notario sus firmas".

3. La partición es de todos los bienes hereditarios, realizándose también la adjudicación de las hijuelas o lotes formados por el contador-partidor. Uno de los herederos está incapacitado judicialmente.

Y 4. Posteriormente, en otra escritura pública que se presenta conjuntamente con la anterior, a la que complementa, una de las

herederas por sí y como tutora del otro heredero incapacitado judicialmente, reconoce que el inventario de los bienes hereditarios fue llevado a cabo con la conformidad de todos los interesados.

Presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad, su titular suspende la inscripción porque: "Aun cuando el único compareciente en la escritura de elevación a público es el contador-partidor, estamos ante una partición que han realizado los herederos y ratificado el contador-partidor, dados los términos en que se expresa la escritura pública (en su entrecomillado, antes transcrito).

En la presente partición convencional un heredero representa a otro (la tutora al incapacitado judicialmente) y la partición no se ha limitado a la adjudicación de los bienes por quintas e iguales partes en proindiviso, sino que hay adjudicación de bienes concretos. Por lo que es de aplicación el artículo 1060 CC que exige el nombramiento de defensor judicial y en su caso –en los términos del precepto– la posterior aprobación judicial de lo actuado".

El contador-partidor está disconforme, alegando que es él el que ha realizado íntegramente la partición, habiéndose cumplido con lo exigido por el artículo 1057 CC.

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Tercero. Fallecida intestada doña Vicenta, el cónyuge viudo, don Zenón, y las tres hijas del matrimonio realizan lo siguiente:

1. Hipotecan en garantía de un préstamo el piso, de naturaleza ganancial, sito en Sevilla, calle de Sierpes, 3, 5.º A. Se aporta acta notarial de declaración de herederos abintestato.

El registrador suspende la inscripción, porque: la sociedad de gananciales está disuelta, pero no liquidada, por lo que es necesaria la liquidación a fin de quedar especificados los derechos de cada uno de los interesados en el bien concreto que se quiere disponer.

2. Los mismos interesados otorgan escritura de aceptación de la herencia intestada de doña Vicenta y adjudicación parcial de la misma. En ella se adjudica una finca de carácter privativo de la causante a una de las hijas herederas en pleno dominio "a cuenta de su haber (por la herencia de su madre), sin defecto o exceso de adjudicación alguno. La partición total de la herencia –con adjudicación de bienes por igual valor en su conjunto a los respectivos haberes–

se realizará en un momento posterior. No existen deudas ni cargas hereditarias”.

El registrador suspende la inscripción porque: es necesaria la liquidación previa de la sociedad de gananciales, y completar el proceso particional con la constancia del inventario de todos los bienes del causante.

- En ambos supuestos se pregunta: ¿Quién tiene razón en Derecho?

Cuarto. Se otorga escritura pública de constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio –con dos bloques.

En los estatutos se definen los elementos comunes constando expresamente: “... las piscinas existentes o que en su día se ubiquen sobre las cubiertas de los edificios...”.

El registrador no inscribe esta cláusula porque: “en la obra nueva inscrita con anterioridad no se mencionan en la descripción del inmueble las piscinas referidas. Se trata de una obra que ha dotado al mismo de unas características que antes no tenía, discrepancia que exige la notificación previa de la obra nueva inscrita”.

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Y Quinto. Aumentado el capital de “Jardinería El Soto, S. L.” por la vía de la compensación de créditos que ostentaba uno de los socios, la registradora califica negativamente con base en: “a pesar de que el artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital puede suscitar la duda, los antecedentes legislativos –Ley de SRL, arts. 75 y 76– y el alcance limitado que debe tener un texto refundido (no debe modificar las soluciones arbitradas por la ley) hacen que deba respetarse el derecho de asunción preferente a fin de que los socios puedan mantener su mismo porcentaje de participación en el capital social”.

La sociedad “Jardinería El Soto, S. L.” interpone recurso ante la DGRN, alegando en esencia que: “el artículo 304 LSC confirma la voluntad normativa de excluir *ope legis* el derecho de preferencia en los aumentos de capital cuyo contravalor no consista en aportaciones dinerarias, como es el caso presente de compensación de créditos (art. 301)”.

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

SEIS HORAS.

ACTUALIDAD JURÍDICA



EL DERECHO DE ACRECER ENTRE COHEREDEROS

Laura Zumaquero Gil

Prólogo de Ana Cañizares Laso

Ed. Dykinson-Consejo General del Notariado

Colección Monografías de Derecho Civil

Madrid, 2011

Un volumen de 321 páginas

Por José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

La monografía referenciada tiene su origen en una tesis doctoral con mención de Doctorado europeo, por lo que, conforme al uso universitario, va precedida de un prólogo redactado por quien fue Directora de la Investigación.

También viene precedido el estudio de una introducción de la propia autora, en la que se pondera, sin exageración alguna, el interés y la dificultad del trabajo, al tiempo que se expone la metodología seguida, sobre la que cumple afirmar que ha permitido a la autora ofrecernos un estudio con numerosas aportaciones, como corresponde a una tesis doctoral, y que constituye un acabado ejemplo de aplicación de la historia de los dogmas, que conduce a un resultado de un rigor muy de agradecer en materia tan ardua.

Si a ello se añade la buena sistematización de las materias tratadas a lo largo de sus siete capítulos, y la prosa ágil y clara con que están escritos, nos encontramos de partida con un conjunto de virtudes que hacen muy aconsejable la lectura de la obra para conocer con detalle los problemas que plantea el derecho de acrecer entre coherederos en el Derecho español y sus soluciones.

Entrando ya en la descripción de la obra, el primero de los capítulos se dedica a los orígenes del derecho de acrecer en Roma, que se encuentran, según unánime opinión, en algunos de los principios rectores del Derecho sucesorio romano, como fueron la exigencia de institución de heredero que abarcase todo el as hereditario por una parte, y la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada por otra parte, aunque se discuta el momento de la consagración de tales principios. Entra después la autora en la distinción doctrinal que respecto del Derecho romano antiguo contrapone

el derecho de acrecer necesario o general y el derecho de acrecer especial surgido de la propia voluntad del testador, así como el planteamiento en el período clásico del derecho de acrecer entre colegatarios, así como las consecuencias en el mismo período de la aplicación de las leyes caducarias con una técnica semejante pero no idéntica.

Frente a esta evolución, en el período justiniano se pretende restablecer el antiguo Derecho, pero los compiladores fracasan en el intento confundidos por los textos relativos a las porciones caducas.

En el estudio del Derecho intermedio la autora destaca que la enorme complejidad de la materia no desaparece, aunque los glosadores centran su estudio en las *coniunctiones*, y su tipología (*re et verbis*, *re tantum* y *verbis tantum*), que conduce a soluciones contradictorias de la problemática que ofrece el acrecimiento sucesorio, descuidando la importancia del acrecimiento general o necesario, que es la única explicación de muchos textos.

Idéntico fenómeno aprecia la autora entre los posglosadores, pero para el caso del Derecho castellano que recibe el justiniano en P 6.3.14 y P 6.9.33, la autora sitúa el cambio más transcendental en la abolición del principio de incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada por la ley 1.^a del Título 19 del Ordenamiento de Alcalá del año 1348, que hizo perder todo su sentido al acrecimiento general o necesario.

Los autores castellanos posteriores y hasta el período de la codificación van a continuar planteándose el derecho de acrecer como un efecto de las *coniunctiones*, con alguna referencia a la pervivencia del derecho de acrecer general, que resulta zanjada en sentido negativo por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de julio de 1869.

De los sucesivos proyectos de Código Civil, destaca la autora como el más directamente relacionado con la regulación actual al Proyecto de 1851, que configura el acrecimiento como instituto que opera entre herederos y legatarios instituidos conjuntamente y sin distinción de partes, de modo que puede presumirse la voluntad del testador de disponer de la totalidad del bien o conjunto de bienes, lo que prefigura sin duda la redacción del Anteproyecto de 1882 y la futura regulación del Código Civil, sin que pueda detectarse, según la autora, influencia alguna de los Códigos Civiles americanos.

El capítulo segundo aborda la conceptualización del derecho de acrecer, subrayando la importancia de que el legislador lo configure como un poder que corresponde a los llamados conjuntamente, lo que permite sin duda calificarlo como derecho en la sucesión testada, en la que carece del automatismo que le caracteriza en la sucesión intestada. Pero la ausencia de una definición legal, también en las legislaciones de nuestro entorno, ocasiona la floración de explicaciones doctrinales muy variadas, que la autora expone y critica sucintamente y contrasta con la jurisprudencia, para, después de adherirse a la distinción de las fases del fenómeno sucesorio *mortis causa* que propugna LACRUZ BERDEJO, pronunciarse en el sentido de que no es un verdadero derecho subjetivo, porque es un efecto automático de la aceptación de la herencia por los llamados conjuntamente.

También en cuanto a la fundamentación del derecho de acrecer se han propuesto doctrinalmente diversas teorías, que ponen unas el acento en la voluntad del testador, y otras en la modalidad del llamamiento, que ha de ser un *vocatio in solidum* que ocasiona la existencia en los llamados de un derecho potencial a la totalidad. La autora se inclina más bien por pensar que se trata de enfoques complementarios y solo aparentemente opuestos, puesto que se trata de una voluntad del testador hipotética, para el caso de que hubiese conocido los hechos que ocasionan la vacante, que puede ser sustituida por otra voluntad probada o presumible contraria al acrecimiento.

El capítulo tercero se dedica ya al estudio del derecho de acrecer en la sucesión testada, que contemplan los artículos 982 y 983 del Código Civil, de cuya exégesis deduce la autora la existencia de tres requisitos legales: 1.º) La existencia de un llamamiento plural; 2.º) Que el llamamiento sea a una herencia o porción de ella sin designación de partes, y 3.º) Que exista una vacante.

El segundo de tales requisitos es lo que la jurisprudencia ha perfilado acuñando el concepto de “vocación solidaria”, que recuerda a la *coniunctio re tantum* del Derecho romano, que el Código Civil cifra en que el testador, aunque establezca cuotas, no fije numéricamente las partes alícuotas denotando una voluntad contraria al acrecimiento. Esa fijación numérica ha de entenderse como mención de una cantidad, lo que tendría el mismo efecto que fijar bienes concretos.

La cuestión acerca de la fijación de cuotas desiguales y su significación se resuelve por la autora en favor de la operatividad del acrecimiento, y la misma solución propugna, siguiendo a MAURA, para el caso de que el testador fije bienes a modo de distribución pero no de institución.

Por lo que atañe al requisito de la existencia de vacante por inoperancia de algún llamamiento, se da, según la autora, en los casos que enumera el Código Civil (muerte de uno de los llamados antes que el testador, renuncia a la herencia o incapacidad para suceder), pero hay, a juicio de la autora, otros muchos supuestos en que se produce vacante, enumerando como tales, el caso del concebido no nacido, el caso del aún no concebido, los casos de comoriencia, de ausencia declarada, de prescripción del derecho a aceptar, de indignidad para suceder, de institución de heredero bajo condición suspensiva o resolutoria, de revocación de la designación de un coheredero, de ineficacia de una disposición testamentaria y de desheredación.

De modo que, cuando concurren los requisitos del acrecimiento, solo una voluntad contraria del testador puede impedir que opere. Cuando no concurren tales requisitos la autora se inclina en favor de la doctrina de que sí que puede operar *ex voluntate*, aunque todas estas dudas se deberían superar mediante una reforma de los preceptos que el Código Civil dedica a este instituto.

El capítulo IV se dedica al estudio de la sucesión intestada, mediante la exégesis de los artículos 912 y 922, así como el artículo 981, referido a la legítima, dando cuenta la autora de las opiniones doctrinales que contemplan estos supuestos como de aplicación del derecho de acrecer, pero se

muestra más bien partidaria de considerar estos supuestos como de aplicación del principio de proximidad de grado, ya que no guardan relación con la voluntad del testador.

Por contra, quienes defienden la idea de que se trata de aplicación del derecho de acrecer se basan en el concepto de vocación solidaria, aunque reconozcan que los requisitos del acrecimiento, incluso la existencia de porción vacante, no concurren con la misma amplitud que en la sucesión testada.

La cuestión acerca de si opera o no de modo forzoso se resuelve por la autora en sentido afirmativo con base en que una renuncia parcial (al acrecimiento) sería contraria al artículo 990 del Código Civil.

El capítulo V se dedica al acrecimiento en la legítima, en la mejora y en el tercio de libre disposición. En relación con la legítima, la autora se muestra decididamente contraria a admitir la operatividad del derecho de acrecer en la legítima, por no relacionarse con la voluntad del testador, y por la imposibilidad de hablar de vacantes en sentido propio en materia de legítima.

En cuanto a la mejora, a los argumentos expuestos respecto de la legítima vendría a añadirse el carácter personalísimo, pero respecto del tercio de libre disposición el significado del artículo 985 del Código Civil resulta inequívoco en cuanto a la operatividad del derecho de acrecer.

El capítulo VI contempla los efectos del derecho de acrecer conforme al artículo 984 del Código Civil, lo que obliga a pronunciarse sobre si su operatividad es forzosa o facultativa, en cuyo caso podría el heredero renunciar a la porción acrecida cuando los gravámenes que pesen sobre ella lo aconsejen, cuestión esta que la autora resuelve en favor de su carácter forzoso por impedir el artículo 990 del Código Civil una repudiación parcial, aunque no por aplicación de las reglas generales de la renuncia.

Examina a continuación la autora los límites a la operatividad del acrecimiento derivados de figuras afines, entre las que estudia en primer lugar la posible fricción con la transmisión del *ius delationis*, que se resolvería siempre en favor del derecho de transmisión, que, por otra parte, puede coexistir en determinados casos con el derecho de acrecer.

En segundo lugar se plantea la autora la posible colisión con el derecho de representación, que en los supuestos en que proceda (no en la renuncia) excluiría el derecho de acrecer.

En cuanto a la representación en la sucesión testada, la falta de un criterio unánime al respecto, salvo en lo que atañe a la legítima estricta, conduce a la autora a no pronunciarse de modo tajante, para acomodarla a las circunstancias del caso.

En lo que respecta a las sustituciones, la existencia de sustitución vulgar excluye el acrecimiento por no haber llamamiento solidario, de acuerdo con el artículo 912.3 del Código Civil, aunque pudieran coexistir ambos institutos si el sustituto lo es de quien se beneficia del derecho de acrecer, soluciones estas también aplicables a los fideicomisos.

Por último, el capítulo VII se refiere a la proyección del derecho de acrecer en una hipotética reforma del Derecho de sucesiones. Se hace eco la

autora del estado de opinión favorable a tal reforma, en favor de la libertad de testar, que se planteó como tema de las XII Jornadas de La Asociación de Profesores de Derecho Civil. El capítulo, de indudable interés, adolece no obstante de la misma evanescencia que los argumentos esgrimidos en favor de la libertad de testar. Los cambios que han afectado a la familia no son un argumento concluyente en tal sentido, pues son profundos pero ambivalentes, y la sustitución de la legítima por la obligación de alimentos entre parientes no deja espacio intermedio entre las vías de hecho y los procesos contenciosos: sería una fuente de litigiosidad poco recomendable, y muy superior la inoficiosidad de testamentos y donaciones. Si a ello se añade la aguda crisis que padece el llamado Estado social y que amenaza su pervivencia, y las alarmantes tasas de paro entre los más jóvenes, que conducen a una cada vez más tardía inserción social, el panorama resultante no parece el más oportuno para hacer desaparecer o retroceder los modestos límites a la libertad de testar que supone la existencia de la legítima de los descendientes (no así la de los ascendientes). En tales circunstancias, la reforma del Derecho sucesorio que se plantea como futuro ineludible debería reconsiderarse, o simplemente abandonarse como referencia, y si se tiene en cuenta que su influencia en la mecánica del derecho de acrecer sería insignificante, puede decirse que este capítulo debería haberse dedicado a propuestas más técnicas sobre el derecho de acrecer, y no sucumbir a la tentación de sumarse a un movimiento de reforma tan antiguo (estamos en el sesquicentenario de Joaquín COSTA) como discutible en cuanto a oportunidad en el momento presente.

Lo dicho, prescindiendo de lo poco prescindible que hay en el estudio, permite afirmar que estamos ante una monografía que es un referente en la materia, y a la que hay que saludar como tal.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y EXPOSICIÓN DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICO PRIVATÍSTICAS FUNDAMENTALES

(Recensión de la obra del prof. Dr. D. Antonio Fernández de Buján *Derecho Privado Romano*, 4.^a ed., Madrid, Iustel, 2011, 631 páginas) (1)

Por Ángel Serrano de Nicolás

Notario

La obra que se reseña en el encabezamiento tiene entre sus múltiples utilidades y finalidades la de ser una introducción al Derecho, no solo al Romano, sino también al Código Civil español. Útil, por tanto, no únicamente para el estudiante, sino para cualquier cultivador o amante del Derecho privado e incluso público, por las cuestiones que ya en su comienzo trata sobre jurisdicción; además, del conjunto de sus páginas resulta una clara, y esclarecedora por la superación de tópicos que implica, exposición de las categorías jurídico privatísticas fundamentales, pues no en vano son las brillantes construcciones jurídicas romanas las que aportan el sustento dogmático, eso sí, reelaborado a lo largo de los siglos, de lo que también va dejando constancia la obra al ir estudiando las diferentes instituciones. Así, distingue, cada vez que procede, lo que fue creación del espíritu romano –y de qué época concreta– y lo que no fueron sino elementos acuñados en categorías jurídicas en un momento posterior, como es el Medievo.

La obra del prof. Dr. D. Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, además de, entre otros muchos títulos y cargos, director de la *Revista General de Derecho Romano*, en Iustel, o de la colección de monografías sobre el propio Derecho Romano que edita Dykinson, podría decirse que es la nueva hermana de la que le precedió dedicada al *Derecho Público Romano* (editada por Civitas), que en el año 2011 ha alcanzado ya su 14.^a ed., o el complemento imprescindible a

(1) La presente recensión ha sido asimismo publicada en *La Notaría*. Revista del Colegio Notarial de Cataluña. N. 4/2011-1/2012, pp. 190-193.

esta y a la *Historia del Derecho Romano* (2010, también en Civitas). Todas tienen una clara finalidad pedagógica, manifiesta en la clara y fluida exposición, pero es manifiesto que exceden a la categoría de manual universitario con que se presentan, aunque de esta categoría tome lo mejor como es su fluida exposición, no se trata de componer una obra con ideas propias y ajenas, sino que, como si de un solo trazo de pluma se tratase, se expone lo que se tiene perfectamente interiorizado y elaborado, sin que falten los cotejos con los grandes romanistas, sea SAVIGNY, IHERING, MOMMSEN, KASER, BONFANTE, SOLAZZI, DE MARTINO, PUGLIESE, VOLTERRA o, también, FUENTESSECA y A. D'ORS, entre otros muchos; ni, desde luego, las citas de todos y cada uno de los juristas romanos, y las imprescindibles citas del Digesto. Así como, por su finalidad, y original enfoque metodológico, de entroncar con el Derecho vigente, los autores modernos, valga el ejemplo, en la *bona fides*, de las citas de Díez-PICAZO y J. M.^a MIQUEL.

No se trata, pues, de unas lecciones o manual al uso, basta recordar que sin estar todo el Derecho privado romano (no están, todavía, ni el Derecho de sucesiones, ni los contratos en particular), ya ocupa 631 densas páginas. No es tampoco, aunque, como indicaré, cumple todas estas funciones, ni unas instituciones, ni unos fundamentos o principios, que los hay, y brillantes, en nuestra literatura jurídico romana o traducidos, como tampoco es un Derecho Romano clásico, pues está –en lo que es oportuno– el cotejo de las diversas instituciones estudiadas con las diferentes etapas que se han sucedido en el Derecho Romano, pero, a diferencia de un clásico como P. DE FRANCISCI (*Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Madrid, Edersa, 1954), no se expone por etapas, sino conforme a la más moderna sistemática de la materia. Así, comienza con los conceptos generales y dicotomías del *Ius*, para seguir con la jurisdicción (no puede ocultarse la amplia dedicación del Autor a la materia procesal y de jurisdicción voluntaria), la administración de justicia, los procedimientos formularios y extraordinarios y acabar estos primeros siete capítulos, no estrictamente de Derecho privado, con el arbitraje.

En lo que es más propiamente el contenido tópico actual del Derecho privado, sigue con la persona física y jurídica y las cuestiones relativas a la capacidad (trata aquí de la condición de la mujer); el Derecho de familia, con consideración –conforme a las fuentes romanas– a las uniones de hecho y al divorcio, no se le podrá hacer la crítica, más propia del momento histórico y de sus convicciones personales, que del saber del traductor, prof. J. SANTA CRUZ TEJEIRO, a F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. VII, cuando le censura que sea la vivencia matrimonial, de F. SCHULZ, la que le inspira su entusiasmo desbordante por la libertad matrimonial y “los exaltados elogios de esa *libertas* clásica de los cónyuges”, en esta obra recensionada todo aparece, desde la perspectiva actual de un jurista democrático, debidamente explicado para que sin tener que ocultar, o disfrazar lo que fue, pueda entenderse por el joven estudiante, no como un anacronismo o algo obsoleto, sino como una situación y las causas a que respondía y qué sentido aún conservan en la actualidad.

Dos capítulos dedica el A. al negocio jurídico, con especial consideración –e interés desde la óptica notarial– a la representación necesaria, voluntaria, indirecta y directa, así como a la sustitución en la actividad negocial. No puede menos que recordarse –aunque incluso en relevantes obras de Derecho civil vigente apenas se considere el negocio jurídico– que U. ÁLVAREZ (*El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, Edersa, 1954), en su *Advertencia Preliminar*, criticaba “la escasa atención que, por lo general, dedican la mayoría de los Manuales de Derecho romano al negocio jurídico”, no sería esto lo más grave, sino que reducidos los programas y contenidos de las asignaturas a las nuevas exigencias de Bolonia, acabasen los jóvenes estudiantes sin saber, por faltar, una auténtica Introducción al Derecho, que con creces cumple la presente obra, y, por no haberlo estudiado en ninguna asignatura, al darlo por supuesto o considerarlo impropio de esa asignatura, lo que es contenido típico del negocio jurídico, desde sus elementos, vicios o anomalías, representación, interpretación, convalidación, conversión o el tiempo como factor esencial del Derecho.

Tras estudiar en los capítulos siguientes la posesión y las cosas, pasa al estudio de los derechos reales, y dedica capítulos especiales a la propiedad y sus limitaciones (luego me referiré a algunos de los tópicos que desvanece el A., aunque aparezcan o se hayan afirmado incluso como singularidades del Derecho Romano); su defensa y reivindicación; los modos de adquirirla, los distintos derechos reales limitados (servidumbres, usufructo, uso y habitación, enfiteusis y superficie o los derechos reales de garantía, es decir, fiducia, prenda e hipoteca).

Aunque todavía no están tratados los contratos en particular, sí considera ampliamente las obligaciones, tanto la prestación como el sistema contractual romano, sin olvidar la clasificación de las obligaciones, con un epígrafe específico a las obligaciones ambulatorias y las *propter rem*. En las primeras, como destaca, pueden estar uno o incluso ambos sujetos indeterminados defiriéndose su determinación, por no estarlo al constituirse, a un momento posterior; sin embargo, en las *propter rem*, subsumibles en las anteriores, pero no idénticas, la determinación es “en razón o a causa de la cosa”. La obra va concluyendo, por el momento y en esta edición, con la transmisión y extinción de las obligaciones (estudiando el pacto de no pedir), la garantía de las obligaciones (aquí expone desde el pacto de *constitutum* a las arras, la cláusula penal, el juramento, la fianza y el mandato de crédito). El capítulo XXX, y último, es sobre el incumplimiento de las obligaciones, aquí, junto a las iniciales observaciones preliminares sobre la responsabilidad contractual y extracontractual o aquiliana, examina, también, los criterios de responsabilidad, es decir, el dolo, la culpa, caso fortuito y fuerza mayor, la custodia y la mora.

Lo reseñado sería la materia que, salvo en su clara y diáfana exposición, como en la superación de tópicos, podría decirse que no es disímil de lo que ofrecen otros libros sobre la materia, pero ahora sí que quiero dejar constancia de toda otra serie de virtudes que lo adornan y de funciones a las que está y sigue estando llamado el Derecho Romano a cumplir, en efecto, como ya

he anticipado, creo que el Derecho Romano privado es la mejor introducción al Derecho privado, por eso el A., y es pionero en este planteamiento metodológico, enlaza con nuestro Derecho positivo recogido en el Código Civil español, con transcripción literal de diversos artículos que reflejan, todavía hoy, cuasiexactamente lo que fue un momento concreto de elaboración del Derecho Romano.

Como es una obra, no en exclusiva, pero sí básicamente destinada a los estudiantes, y no puede desconocer los saberes previos de que parten la gran mayoría, no están ausentes, pero no es tampoco una suma de expresiones en latín, aunque, obviamente, están las imprescindibles, siendo así también un perfecto vocabulario o diccionario abreviado jurídico-latino. Su fluidez y fácil lectura también resulta, por otra parte, de la ausencia de notas a pie de página, aunque los hay y magníficos que las tienen, valgan, por todos, Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 7.ª ed., Pamplona, Eunsa, 1989, y el "clásico" Juan IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, con una primera edición ya en 1950, que da cuenta de la temprana edad en que este egregio jurista se dedicó a la enseñanza en la Universidad de Salamanca, de UNAMUNO, como también muy temprano, con 28 años, fue nuestro recensionado catedrático en Cádiz. De este clásico, como lleva camino de serlo el que recensiono, se editan múltiples ediciones en la barcelonesa editorial Ariel, aunque ya desde hace tiempo hay nueva versión ajustada a la nueva realidad universitaria, incluso para el Derecho Romano preboloniense, con notas ahora en internet: <http://www.selloeditorial.com/extras.php?id=54343>); en efecto, los nuevos planes de estudio, no ya Bolonia, sino antes para el Derecho Romano, impusieron nuevos enfoques, y carga lectiva, que exigió nueva forma de exposición, entre los que destacan Juan MIQUEL, *Derecho Privado Romano*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1992, y de forma más extensa la presente obra, una y otra de rigor y claridad expositiva, pues las puede haber breves, pero que en su misma brevedad haga difícil su inteligencia, exigiendo varias relecturas, o que con una superior extensión su fluidez de lectura y claridad de exposición haga que una idea o concepto, como sucede en esta recensionada, traiga lo siguiente que se expone como una consecuencia que casi pudiera adivinar el lector, alumno o no, que así tiene que ser, tal y como se expone.

Otra virtud que se le debe añadir es que desvanece tópicos clásicos, al cotejar el Derecho Romano en su evolución histórica con los vigentes artículos del CC, así, no puedo menos que resaltar que no hay, como dice, un Derecho Romano, como si fuese intemporal y abstracto, sino un Derecho Romano que, como todo Derecho, estuvo en evolución y, por tanto, con sus diferentes reglas y principios según las sucesivas etapas (desde el Derecho arcaico hasta Justiniano); esto lleva al A., cuando es necesario, a resaltar en las distintas instituciones o categorías jurídicas qué es lo que fue y no los tópicos inadmisibles. Así, deja claro que expresiones *ius in re* o *ius in re aliena* "no son propiamente romanas, sino que corresponde a la elaboración dogmática de los intérpretes medievales", una cosa, pues, sería la procedencia de los elementos y otra la acuñación del concepto. No menos

relevante, para esclarecer entuertos habituales, es que "el carácter absoluto de la propiedad familiar, en una primera etapa, no justifica, sin embargo, la afirmación tópica que configura la propiedad como ilimitada y absoluta en cualquiera de las épocas que abarcan los catorce siglos de historia de la experiencia jurídica romana [...] sucede asimismo con la hiperbólica afirmación de que la propiedad romana, referida al suelo, se extiende hasta el cielo y hasta el infierno"; o más rotundamente afirma que "la caracterización de la propiedad romana como absolutista e individualista extremada responde tan sólo, como ha sido ya señalado, a la etapa más arcaica [... afirmar para] más allá de los primeros siglos, constituye un tópico sin fundamento y un dislate histórico sin sentido".

No menos relevante es su distinción de la procedencia de utilizar derechos de crédito o personales frente al derecho de obligaciones, o la misma configuración del término *obligatio* o, también, la temprana desaparición de la responsabilidad personal por las deudas.

Si todo lo expuesto ya sería más que suficiente para volver a leer, incluso por juristas u operadores jurídicos actuales dedicados a las diversas especialidades del Derecho civil, la obra y, así, quitarnos de encima algunos tópicos inadmisibles. No puede tampoco ocultarse su función de asentamiento de las categorías jurídicas esenciales tal como surgen y no como pretenden algunos que fueron, como si hubiesen sido inmutables en un tiempo concreto, sea arcaico o clásico, y así ya siempre; y, asimismo, une su función de categorización dogmática, y para ello, y debemos felicitarnos, pues aunque no se daba en ediciones anteriores, para mejor conseguirlo, contiene un exhaustivo índice analítico final, que hace fácil su acceso ante cualquier duda sobre conceptos o categorías, como si de un diccionario se tratase, y que aunque esté presente en algunas obras romanistas clásicas, como la dicha de A. D'ORS (que incluso incorpora un índice de fuentes, que quizás cuando esté completa esta recensionada, con los contratos y sucesiones, podría incorporar, así como, también, la relación de artículos del CC citados), o las no menos clásicas, por citar cuatro de diversa procedencia temporal y espacial, de M. KASER, *Derecho romano privado*, 2.^a ed., traducida de la 5.^a ed. alemana por J. SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, Reus, 1982; de F. SCHULZ, *Principios del Derecho romano*, trad. M. ABELLÁN VELASCO, Madrid, Civitas, 1990; de E. LEVY, *West Roman Vulgar Law the Law of property*, Buffalo, New York, William S. Hein & Co., Inc., 2003, o de P. VOGLI, *Istituzioni di Diritto romano*, 6.^a ed., Milano, Giuffrè, 2004, sin embargo, inhabituales en las obras españolas, no ya de Derecho Romano, sino de otras especialidades, públicas o privadas.

Antes de concluir, resaltar su selecta bibliografía final, extensa y actualizada, lo que permite seguir leyendo, y profundizando, más allá de lo ya mucho que en sí presenta la obra, y, finalmente, junto a su condición de Manual de Derecho privado Romano, por su magnífica exposición y contenido, tal como he pretendido demostrar, y, por ello, el título que doy a la presente recensión, es la obra, y lo es en sí el Derecho Romano, una inmejorable introducción al Derecho privado actual, a los distintos conceptos y categorías

jurídicas, en general los códigos han añadido, suprimido o incluso desconfigurado diversas instituciones, pero el Derecho Romano sigue aportando la base dogmática, y no es de recibo que justo en el Derecho continental, y singularmente en nuestros lares (pues si influido está el CC español, más lo están el Derecho catalán y el navarro), se suprima o reduzca el Derecho privado Romano a muy poco, frente a pretendidas especializaciones, más propias de posgrados o másteres, cuando es la mejor base para comprender el Derecho civil continental, o *Civil Law*, pero también el *Common Law*, basta cotejar, al efecto, la obra de W. W. BUCKLAND y A. D. McNAIR, *Derecho Romano y "Common Law". Una comparación en esbozo*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, y, desde luego, el futuro Derecho europeo unificado.

NOTICIAS, CONGRESOS Y REUNIONES INTERNACIONALES



MANUEL ALBALADEJO GARCÍA



Quienes, como yo, hemos tenido la suerte de aprender con maestros, lloramos por dentro cuando uno se va.

Así acaece con Manuel ALBALADEJO.

Quienes seguimos buceando en los libros de Derecho Civil, en las monografías en que se profundiza sobre puntos, aspectos, cuestiones que admiten interpretaciones varias, agradecemos que se nos proporcione amplitud de campo, orientación para el argumento, bases para la fundamentación de los problemas que la vida, con su entramado de intereses contrapuestos, proporciona al estudioso.

Así acaece con Manuel ALBALADEJO.

Quienes, con el paso de los años, nos percatamos de que –como dijera GONZÁLEZ PALOMINO– en el Derecho no hay que ponerse, al confrontar opiniones divergentes, innecesariamente serios.

Aquí hay que poner un ejemplo, el de Manuel ALBALADEJO.

Quienes, considerando que el Derecho es ciencia, pero no ciencia exacta, y a la vez tenemos la convicción de que las leyes deben respetar los principios en que se asientan instituciones básicas; más, deben ser reglas *de conducta*.

Encontramos a Manuel ALBALADEJO.

Sé lo que digo. Transcribo como ejemplo su enfoque acerca del matrimonio canónico en el actual Derecho español: es, sigue siendo un verdadero matrimonio canónico, regido por el Derecho de la Iglesia Católica, celebrado ante un ministro de ésta y al que el Estado reconoce efectos civiles si cumple y mientras cumpla los requisitos a que el Derecho del Estado condiciona tal atribución.

Se ha ido, pero queda su obra. Por ello, vale la pena que quede aquí plasmada relación de la misma, porque sigue viva, actual. En una palabra, *permanece*.

Víctor Manuel Garrido de Palma

Director de más de ciento setenta y cinco tesis de Derecho Civil.

Participante en numerosos congresos, reuniones, coloquios, etc., sobre temas de su especialidad, en España y en el extranjero.

Árbitro en bastantes arbitrajes y ha emitido numerosos dictámenes, entre ellos, en casos muy conocidos (ej., Rumasa, Sogecable...).

Conferenciante sobre temas de su especialidad gran número de veces en diversas Universidades españolas y extranjeras, Facultades de Derecho, Colegios de Abogados, Colegios Notariales, etc.

Autor de las publicaciones que se detallan más adelante, que totalizan treinta mil páginas impresas, y algunas están en la decimosexta edición, consistiendo en cerca de cincuenta libros y más de doscientos cincuenta artículos de revistas, comentarios a artículos del Código Civil y otras leyes y comentarios a sentencias del Tribunal Supremo.

LIBROS

El reconocimiento de la filiación natural, Bosch, Barcelona, 1954, un volumen de 248 páginas.

- Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1955, un volumen de 488 páginas.
- Sustituciones hereditarias*, un volumen de 256 páginas, Summa, Oviedo, 1956.
- El negocio jurídico*, traducción de la obra de CARIOTA FERRARA *Il negozio giuridico*, un volumen de 617 páginas con extensas concordancias con el Derecho español, Aguilar, Madrid, 1956.
- El negocio jurídico*, un volumen de 488 páginas, Librería Bosch, Barcelona, 1958.
- Anotaciones a la obra de Cicu "Sucesiones por causa de muerte. Parte General"*, Librería Bosch, Barcelona, 1964, un volumen de 1066 páginas, de ellas, 400 de anotaciones.
- Derecho Civil para las Facultades de Económicas*, segunda edición totalmente reelaborada, Librería Bosch, Barcelona, 1965, 778 páginas.
- El albaceazgo en el Derecho común y en el catalán*, Tecnos, Madrid, 1969, un volumen de 740 páginas.
- Manual de Derecho de familia y sucesiones*, un volumen de 243 páginas, Librería Bosch, Barcelona, 1974.
- Instituciones de Derecho Civil*, segunda edición. Tomo I, 776 páginas, Librería Bosch, Barcelona, 1972. Tomo II, 698 páginas, Librería Bosch, Barcelona, 1975.
- La institución de heredero bajo condición*, discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983, 173 páginas.
- La responsabilidad por culpa extracontractual levísima*, discurso inaugural del Curso de la Academia 2000-2001 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2000, 48 páginas.
- Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual*, discurso inaugural del Curso Académico 2001-2002 de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.
- La revocación de la donación mejora*, discurso inaugural del Curso Académico 2002-2003 de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 43 páginas.
- La presunción de culpa en la responsabilidad extracontractual*, discurso inaugural del Curso Académico 2003-2004 de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 42 páginas.

DERECHO CIVIL:

- Tomo I, vol. 1.º, 16.ª edic.
 - Tomo I, vol. 2.º, 552 páginas. La última edición, 16.ª, de los dos tomos anteriores en un solo volumen, 965 páginas, 2004.
 - Tomo II, vol. 1.º, 515 páginas.
 - Tomo II, vol. 2.º, 525 páginas. La última edición, 12.ª, de los dos tomos anteriores en un solo volumen, 1014 páginas, 2004.
 - Tomo III, vol. 1.º, 503 páginas.
 - Tomo III, vol. 2.º, 487 páginas. La última edición, 10.ª, de los dos tomos anteriores en un solo volumen de 970 páginas, 2004.
 - Tomo V, vol. 1.º, 467 páginas. Edición de 1979.
- En cada uno de los tomos, más ediciones hasta 2008.

CURSOS DE DERECHO CIVIL:

- Tomo I, volumen de 591 páginas. Última edición, 1989.
- Tomo II, volumen de 592 páginas. Última edición, 1989.
- Tomo III, volumen de 612 páginas. Última edición, 1989.
- Tomo IV, volumen de 327 páginas. Última, 9.ª, edición, 2002.
- Tomo V, volumen de 442 páginas. Última, 8.ª, edición, 2004.

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL: volumen de 670 páginas. Última edición, 8.ª, 2004.

Las arras en la jurisprudencia del TS, volumen de 121 páginas. Última edición, 1997.

Desde el instante en que nace todo niño es persona e inscribible en el Registro, 105 páginas, 1996.

Sobre si vale o no, según la jurisprudencia del TS, la forma escrituraria pública de la venta simulada, para cubrir la forma de la donación de inmueble disimulada, 1998, 98 páginas.

La mejora, 510 páginas, 2003.

La prescripción extintiva, 356 páginas, 2004.

La usucapión, 295 páginas, 2005.

La donación, 998 páginas, 2006.

En la obra que dirige, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ha escrito lo siguiente:

- En el tomo I, 1978, el comentario a los arts. 40 y 41, 22 páginas.
- En el tomo VII, vol. 1.º, 1980, comentario al art. 488, 16 páginas.
- En el tomo VIII, vol. 1.º, 1987, comentario al art. 609, 21 páginas.
- En el tomo VIII, vol. 2.º, 1986, 516 páginas, casi en su totalidad.
- En el tomo IX, vol. 1.º, A, 1990, 550 páginas, sobre la mitad.
- En el tomo IX, vol. 2.º, 1983, 456 páginas, en casi su totalidad, parte en colaboración.
- En el tomo X, vol. 1.º, 1987, 443 páginas, en su mayor parte.
- En el tomo X, vol. 2.º, 1984, 554 páginas, casi en su totalidad.
- En el tomo XII, vol. 1.º, 2.ª ed., 1997, 521 páginas, en su totalidad.
- En el tomo XII, vol. 2.º, 1979, 371 páginas, en su totalidad.
- En el tomo XIII, vol. 2.º, 2.ª ed., 1998, 135 páginas, comentario a los arts. 982 a 987.
- En el tomo XIV, vol. 2.º, 1989, comentario al art. 1057, en colaboración, 145 páginas.
- En el tomo XV, vol. 1.º, 1989, comentario a los arts. 1100, 1111, 1112, 64 páginas.
- En el tomo XV, vol. 2.º, 1983, 95 páginas, comentario a los arts. 1131 y 1152 a 1155.
- En el tomo XX, vol. 1.º, 1993, el comentario a los arts. 1935 y 1940 a 1960, 167 páginas.
- En el tomo XXV, vol. 2.º, 1993, el comentario a los arts. 1962, 1963, 1968 y 1969, 78 páginas.
- En el tomo XXIX, vol. 3.º, 1986, el comentario a los arts. 265 a 268, 37 páginas.

ARTÍCULOS

- "La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa", en RGLJ, abril 1947.
- "La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato", en RDP, abril 1947.
- "El error en las disposiciones testamentarias", en RDP, mayo de 1948.
- "Dos aspectos de la partición hecha por el testador", en ADC, 1948.
- "La hipoteca unilateral", en ADC, 1950.
- "Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural", en ADC, 1951.
- "La sucesión «iure transmissionis»", en ADC, 1952.
- "Contenido, naturaleza y caracteres del reconocimiento de la filiación natural", en RDN, 1953.
- "Forma y efectos del reconocimiento de la filiación natural", RFD de Oviedo.
- "Invalidéz e ineficacia del reconocimiento", en ADC, 1953.
- "La poseibilidad del derecho de prenda", en RFD de Oviedo, 1954.
- "De nuevo sobre el error", en ADC, 1954.
- "Sólo el testador puede partir su herencia", en RFD de Oviedo, 1954.
- "Usucapión del derecho de prenda", en RDN, 1954.
- "La sustitución vulgar", en RDN, 1955.
- "La adquisición de la herencia", en ADC, 1955.
- "El hecho jurídico", ed. Idag, Oviedo.
- "Invalidéz de la declaración de voluntad", en ADC, 1957.
- "El acceso al cargo de albacea", en RDN, 1956.
- "Problemas del albaceazgo", en RFD de Oviedo, 1956.
- "Condición, término y modo", en RDN, 1957.
- "La representación", en ADC, 1958.
- "La forma y la interpretación del negocio jurídico", en RFD de Oviedo, 1958.
- "La causa", en RDP, 1958.
- "La posesión: concepto, estructura y clases", en RDP, 1962.
- "Adquisición y pérdida de la posesión", en RDP, 1963.
- "Protección y efectos de la posesión", en RDP, 1963.
- "Cuestiones en materia de revocación de testamentos", en AAMN, 1961.
- "Extinción del albaceazgo", en *Libro Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962.
- "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados por acto ilícito común", en ADC, 1963.
- "Compensación de desperfectos con mejoras en el usufructo", en ADC, 1963.
- "El título anulable en la usucapión", en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1965.
- "La prescripción de los intereses", en RCDI, 1966.
- "Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto cuando es instituido un testigo o ciertos de sus familiares", en RDP, 1957.
- "Solidaridad de los herederos del deudor, por obligaciones de éste, antes de la partición", en ADC, 1967.

- "Para una interpretación del art. 814 CC", en RDP, 1967.
- "Interrupción de la prescripción por acto de conciliación no seguido de demanda", en RGLJ, 1967.
- "La mora en las obligaciones recíprocas", en RCDI, 1968.
- "Alcance del art. 321 del CC", en RDP, 1968.
- "Responsabilidad del albacea", en *Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969.
- "La jurisprudencia", en RDP, 1970.
- "La rendición de cuentas", en RCDI, 1968.
- "El derecho de acrecer en caso de institución en partes desiguales", en RDP, 1975.
- "La delación solidaria", en RJC, 1975.
- "La doble venta", en RDP, 1976.
- "Estudio sintético de la rescisión por lesión en los Derechos catalán y navarro", en RDP, 1976.
- "La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones", en RDP, 1977.
- "Comentario al art. 1973 del CC", en RDP, 1977.
- "En el nuevo Título preliminar la costumbre supletoria de la ley sigue siendo únicamente la que se practique en el lugar donde ha de aplicarse", en el volumen *Título preliminar del Código Civil*, publicado por la Academia Matritense del Notariado, 1977.
- "Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla", en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1978.
- "La enajenación de la herencia en el Derecho español", en RDP, 1978.
- "Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario", en RDP, 1978.
- "Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales", en RDP, 1979.
- "El art. 869 del CC", en RDP, 1980.
- "Destino de las acciones nuevas suscritas con viejas fideicomitidas", en RDP, 1982.
- "Un estudio de Derecho sucesorio", en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1984.
- "La revocación de donaciones por incumplimiento de cargas", en RDP, 1984.
- "La reducción de donaciones por inoficiosidad", en *Actualidad Civil*, 1985.
- "Lo que se puede donar", en *Actualidad Civil*, 1986.
- "Comentarios de jurisprudencia", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1987.
- "De nuevo sobre la mora", en *Estudios Vallet*, 1988.
- "Comentario de jurisprudencia", en CCJC, 1988.
- "Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del sustituido", en *Actualidad Civil*, 1988.
- "La ley que regula la sucesión en la adopción", en ADC, 1988.
- "La prohibición de casarse entre sí los hermanos adoptivos", Córdoba, 1988.

- "La nulidad de la donación con cláusula de reversión nula por informal", en *Estudios Roca Juan*, 1989.
- "El impedimento matrimonial de adopción del CC a hoy", en *Libro Centenario del Código Civil*, 1990.
- "El sedicente arbitraje de personas jurídicas", en *Actualidad Civil*, 1990.
- "El arbitraje testamentario", en *Actualidad Civil*, 1990.
- "El art. 8 de la nueva Ley de Arbitraje", en *Actualidad Civil*, 1990.
- "La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal", en *Actualidad Civil*, 1990.
- "Otros extremos de la Ley de Arbitraje", en *Actualidad Civil*, 1990.
- "La ominosa tentativa de hacer irrecurable el laudo de Derecho que infrinja las normas debidas aplicar", en RDP, 1990.
- "Valor de la nuda propiedad donada", en RFDUCM, 1990.
- "Prescripción de la acción reivindicatoria", en ADC, 1980.
- "El plazo de la acción para recobrar la posesión, ¿es de prescripción o caducidad?", en RDP.
- "Comentario de jurisprudencia", en CCJC, 1990.
- "El acrecimiento en la mejora", en RDP, 1990.
- "Comentario a los arts. 618-644, 647, 654-656, 774-789 del CC", en *Comentarios al CC*, del Ministerio de Justicia, 1991.
- "Contenido civil de la Ley de 15 de octubre de 1990", Granada, 1991.
- "El tercio de herencia gravado por el usufructo del viudo cuando los legitimarios son los hijos del causante", en *Estudios Lacruz*, 1991.
- "Comentario a los arts. 15 y 16 de la Ley de Propiedad Intelectual", en colaboración con Rodrigo BERCOVITZ, en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1989.
- "La supresión como causa de desheredación del adulterio con el cónyuge del causante", en *Actualidad Civil*, 1992.
- "Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991", en *Actualidad Civil*, 1992.
- "La inscripción en el registro como justo título a efectos de usucapión", en ADC, 1992.
- "Cambios introducidos en el art. 665 por la Ley de modificación del CC en materia de testamentos", en RDP, 1992.
- "De la antigua, y que se incumplía, expresión de voluntad del testador al Notario y los testigos, a la supresión de éstos", en RDP, 1992.
- "Comentario de jurisprudencia", en CCJC, 1992.
- "Comentario de jurisprudencia", en CCJC, 1993.
- "El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", en AC, 1993.
- "Sobre si está sometido o no a la reserva del art. 968 lo que el viudo reciba en conmutación de su usufructo legal", en RDP, 1994.
- "Sobre si el contador partidor puede rectificar ajustándolas a la ley y las disposiciones testamentarias que la violen", en ADC, 1993.
- "¿Cuándo y entre quiénes parte el contador?", en *Homenaje Iglesias Cubria I*, 1994.

- "La resolubilidad del contrato de mutuo por falta de pago de intereses", en *Libro-Homenaje a Chico Ortiz*, 1995.
- "La llamada aceptación de la herencia «entendida» a beneficio de inventario", en *Actualidad Civil*, 1995.
- "La repudiación de la herencia", en *Actualidad Civil*, 1994.
- "Comentario de jurisprudencia", en CCJC, 1994.
- "La sustitución preventiva de residuo en Cataluña", en RJC, 1995.
- "El artículo 1910 del Código Civil", en *Iniuria*, 1994.
- "Da lo mismo que el acto anulable se estime inicialmente válido que inválido", en RFDUCM, 1995.
- "La nulidad de los préstamos usurarios", en ADC, 1995.
- "La distinción entre comunidad y sociedad", en *Actualidad Civil*, 1995.
- "La precedencia entre arras confirmatorias y de desistimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1995.
- "Las arras penales", en *Anuario Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1995.
- "La responsabilidad por daños causados por ruina de los inmuebles por defecto de construcción", *Iniura*, 1995.
- "Breve apunte sobre la transexualidad", en *Actualidad y Derecho*, 1995.
- "Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción desde que se hace o cuando la recibe el prescribiente", en RDP, 1996.
- "La pretendida legitimación del presidente de la comunidad de propietarios de casas por pisos relativamente a los elementos privativos", en RDP, 1996.
- "La precedencia entre arras confirmatorias y de desistimiento en la jurisprudencia", en RDP, 1996.
- "Los bienes inmuebles por destino", en RDP, 1996.
- "Arras de desistimiento y arras penales", en RDP, 1996.
- "La dispensa de colación y su revocación", en RDP, 1996.
- "De nuevo sobre las arras", en RDP, 1996.
- "La mejora presunta", en RDP, 1997.
- "La naturaleza real o no real del contrato de préstamo", en RDP, 1997.
- "Donación mortis causa, tercero hipotecario y alcance y utilidad del art. 1473", en RDP, 1997.
- "Error en el nombre y apellidos de los instituidos herederos", en RDP, 1997.
- "La dación en pago", en *Poder Judicial*, 1997.
- "La mejora del nieto", en AC, 1997.
- "Desde el instante en que nace todo niño es persona e inscribible en el Registro", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1997.
- "El cambio de jurisprudencia", en Universidad de Oviedo, 1998.
- "Estudio de la jurisprudencia sobre si la escritura pública de venta simulada sirve o no para cubrir la forma de la donación disimulada de inmuebles", en AC, 1998.
- "Las cargas duraderas en la legislación de fundaciones", en RDP, mayo 1998.

- "El derecho de sobreelevación del art. 16.2 del R. Hipotecario", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2000.
- "La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables", en RDP, enero 2002.
- "La anulación de la transacción por falsedad de documentos anteriores o descubrimiento de nuevos", en RDP, junio 2002.
- "La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido", *Actualidad Civil*, núm. 28, 2003.
- "Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 7 de marzo de 1998", en RDP, septiembre 1998.
- "Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 9 de febrero de 1998", en RDP, julio-agosto 1999.
- "Comentario a la STS de 17 de abril de 1998", en RDP, enero 1999.
- "Comentario a la STS de 6 de noviembre de 1998", en RDP, diciembre 1999.
- "Comentario a la STS de 9 de marzo de 1999", en RDP, julio-agosto 2000.
- "Comentario a la STS de 10 de mayo de 1999", en RDP, mayo 2000.
- "Comentario a la STS de 14 de marzo de 2003", en RDP, 2003.
- "El cambio del viejo al nuevo artículo 1045 del CC y su derecho transitorio", en AC, abril 2002.
- "Comentario a la STS de 14 de marzo de 2003 sobre solidaridad impropia", en *Revista de Derecho Privado*, 2003.
- "El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás", ponencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004.
- "La protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley", en *Revista Poder Judicial*, 2003.
- "La donación por méritos", en RDP, 2004.
- "Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual", en *Libro Homenaje a Díez-Picazo*, 2004.
- "Si la moderación del art. 1103 del CC es aplicable a la responsabilidad extracontractual", en *Actualidad Civil*, 2004.
- "El otorgamiento de la facultad de mejorar a otra persona", en RDP, 2005.
- "Si la moderación del art. 1103 CC es aplicable a la responsabilidad extracontractual", en AC, 2005.
- "Jurisprudencia y casación", en *Libro Homenaje a Puig Ferriol*, 2005.

Aparte de todo lo anterior, escritos menores: ponencias, comunicaciones, prólogos, notas bibliográficas o legislativas, críticas a publicaciones, reseñas, reseñas y notas de actualidad jurídica, etc., tanto en revistas españolas como extranjeras.