

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

OCTUBRE - DICIEMBRE 2007



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 64, octubre-diciembre 2007

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

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 Alvarez
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

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
FUGARDO ESTIVILL, Josep M. ^a : “En torno a la protección del patrimonio familiar. Especial consideración del régimen jurídico del «bem de família» en el derecho de Brasil”	9
GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles”	59
LÓPEZ DÍAZ, Elvira: “Cuatro años de Sociedad Limitada Nueva Empresa” ...	113
LÓPEZ JIMÉNEZ, David: “Instrumentos de oposición frente a OPAs hostiles. Especialidades en materia de sectores regulados”	147
ORELLANA CALDERÓN, Raúl: “La <i>Tercera Partida</i> de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII al XX. Contextos en torno a la edición de la <i>Tercera Partida</i> de Alfonso X el Sabio” (parte 1. ^a)	183
PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: “La <i>reforma</i> del Reglamento Notarial en materia de <i>actas</i> ”	279
POU AMPUERO, Felipe: “La sucesión legal en Navarra”	321

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

“Los abogados de Madrid y El Quijote”, Luis Martí Mingarro (ed.), Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2006. Por José M. ^a Castán Vázquez	365
GARCÍA CANTERO, Gabriel: “¿Hacia dónde evoluciona el Derecho patrimonial de la familia?”	369

**EN TORNO A LA PROTECCIÓN
DEL PATRIMONIO FAMILIAR. ESPECIAL
CONSIDERACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO
DEL “BEM DE FAMÍLIA”
EN EL DERECHO DE BRASIL**

JOSEP M.^a FUGARDO ESTIVILL

Notario

“IN MEMORIAM”

de Juan Francisco Delgado de Miguel

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL FAMILIAR EN EL DERECHO IBEROAMERICANO. 3. LA REGULACIÓN DEL “BEM DE FAMÍLIA” EN EL DERECHO BRASILEÑO. 4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL “BEM DE FAMÍLIA” EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1916. 5. EL RÉGIMEN LEGAL DEL “BEM DE FAMÍLIA” SEGÚN LA LEY NÚMERO 8009, DE 28 DE MARZO DE 1990. 6. LA EXCEPCIÓN DE INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SUPUESTO DE FIANZAS DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO. 7. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DEL “BEM DE FAMÍLIA” SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 8. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DEL BIEN DE FAMILIA. 9. EL RÉGIMEN DE LA INEMBARGABILIDAD DEL BIEN DE FAMILIA. 10. EPÍLOGO. 11. APÉNDICE LEGISLATIVO. 12. REFERENCIAS.

VOCES: protección patrimonial familiar; vivienda familiar; bien de familia; “bem de família”; bienes inembargables; inembargabilidad.

1. Introducción

Entendiendo la expresión en sentido lato, en el derecho positivo comparado existe un amplio abanico de instituciones de protección patrimonial. Las finalidades buscadas con estos sistemas pueden ser muy variadas y responder tanto a razones de puro interés privado como a objetivos de interés general y público.

Estos objetivos pueden estar directamente relacionados con la protección de la familia y el patrimonio familiar o formularse en aras a otras finalidades que nada tienen que ver con ello. Las medidas pueden afectar a todos o algunos de los aspectos referentes al régimen de adquisición, administración, disposición, transmisión, gravamen, responsabilidad y embargabilidad de los bienes afectados y pueden ser de derecho necesario o voluntario, sustantivo o adjetivo. Los bienes objeto de esta regulación pueden ser de naturaleza inmueble –en este caso, rústicos o urbanos– o mueble, productivos o no, y la norma puede mostrarse indiferente o beligerante respecto a su naturaleza y finalidad.

Con carácter general, en el derecho comparado los principios de protección de la familia y de la vivienda familiar se hallan presentes en numerosos textos constitucionales y normas legales y constituyen objetivos sobre los que se ha pronunciado en repetidas ocasiones el Consejo de Europa.

Asimismo, los principios rectores de la política social y económica establecidos en el marco constitucional español se refieren a la protección social, económica y jurídica de la familia, al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y a la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias y normas para hacer efectivo este derecho.

Al hilo de estos principios, el presente trabajo se referirá a los sistemas de protección patrimonial vinculados a la familia o al grupo familiar, prestándose especial atención al régimen jurídico del denominado "*bem de família*" o "bien de familia" regulado en el Derecho de Brasil (1).

Sin ánimo de agotar los planteamientos posibles y sin perjuicio del posible solapamiento que puede darse en determinados supuestos, en re-

(1) Sobre la protección patrimonial familiar en el derecho francés y sobre el régimen del bien de familia en el derecho argentino, *cfr.*, por ejemplo, trabajos del autor mencionados en la bibliografía y autores allí citados.

lación con las consideraciones precedentes, cabe referirse a las siguientes instituciones o sistemas legislativos de protección patrimonial:

a) Los sistemas protectores del *patrimonio familiar* en relación con la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de bienes integrados en el mismo, generalmente, explotaciones agrarias familiares o negocios familiares.

b) La regulación especial del régimen de acceso, uso, goce, atribución y disposición de la *vivienda familiar*.

c) La atribución a determinado bien o conjunto de bienes o masas patrimoniales, a los que se puede dotar o no de personalidad jurídica propia, de un régimen jurídico especial en aras a la *protección de la familia o grupo familiar*, declarando a dichos bienes, entre otros efectos, su carácter de bienes total o limitadamente inembargables (bienes de familia o patrimonios familiares específicos).

d) El reconocimiento en régimen de derecho necesario o voluntario de análogas masas patrimoniales interrelacionadas, autónomas o separadas en relación con *otros fines de política legislativa*, como la limitación relativa o absoluta de responsabilidad o el aislamiento patrimonial, sin excluir que también puedan servir para fines específicos de protección del patrimonio personal o familiar o sucesorios (a mero título de ejemplo y, entre otros supuestos, cabe referirse a las siguientes instituciones: régimen económico matrimonial, patrimonios separados, declaraciones legales de inembargabilidad, el *trust*, la *fiducie*, fideicomisos y patrimonios fiduciarios).

El interés y significación del reconocimiento legal de patrimonios dotados de cierto grado de protección, sometidos a un régimen jurídico propio, estableciendo, a veces, en relación con determinadas deudas, su carácter de bienes no susceptibles de embargo, todo ello en aras a la protección económica de la persona o la familia o el mantenimiento intergeneracional del patrimonio familiar, goza de antecedentes históricos muy remotos.

La utilidad socioeconómica de estas instituciones ha sido vista con criterios contradictorios. La limitación de las facultades dispositivas y las declaraciones de inembargabilidad pueden constituir un serio obstáculo para la libre circulación y transmisión de la riqueza y la productividad de los bienes (“mano muerta”), limitar sensiblemente la capacidad de acceso al crédito y la misma protección del derecho de crédito y contrariar la *par conditio creditorum*; en cambio, desde otro punto de vista, estas instituciones pueden responder a intereses legítimos especialmente dignos de protección en aras a la protección personal, familiar y patrimonial y la dignidad de las personas o el fomento de la economía.

En general, para que estas regulaciones puedan ofrecer la máxima rentabilidad institucional será preciso que se compongan de una sabia

combinación de derechos y obligaciones que equilibre y concilie, con la conveniente flexibilidad, ambas perspectivas, primando aquellos valores e intereses superiores que se consideren dignos de especial protección y procurando limitar los excesos e inconvenientes que podrían producirse de adoptarse posiciones extremas en uno u otro sentido.

Entre los abundantes supuestos de protección patrimonial regulados en el derecho histórico, un remoto ejemplo en nuestro derecho se halla en el Fuero Viejo de Castilla (s. XIV), que instituyó el Patrimonio de Familia a favor de los campesinos y, desde una perspectiva distinta, el mismo Fuero dispuso que eran inembargables las armas, el caballo y la acémila de los hidalgos (2).

Por lo que atañe a la protección de los predios rústicos, tampoco cabe desconocer la importancia que ha tenido la conservación indivisa de los patrimonios familiares agrarios.

En los derechos civiles hispánicos, tanto en el ámbito del derecho civil común, como, muy especialmente, en los territorios con derecho civil foral o civil propio, son abundantes las normas encaminadas a la conservación de los patrimonios familiares agrarios en su integridad. En las comarcas del norte de España, singularmente a lo largo de todo el eje pirenaico y al amparo del principio de la "libertad civil", la doctrina se refiere a la existencia, ya desde los años de la Reconquista, de un derecho consuetudinario y paccionado adecuado a las necesidades sociales, familiares y económicas de aquellas comunidades, mirando más los intereses de la familia que a los intereses particulares de los individuos que la componen.

En toda esta normativa, el objetivo buscado por medio de las diversas figuras como la donación universal capitular, los usufructos viduales, los pactos sucesorios, los heredamientos, la troncalidad, la exclusión total o la renuncia a los derechos legitimarios o su consideración meramente simbólica o como derecho de crédito o su pago en metálico, aunque no lo existiera en la herencia, los fideicomisos, etc., ha consistido en la conservación indivisa del lugar acasado o "casa", "casería" "caserío", "masía" o explotación familiar agraria correspondiente (3).

Estos fines son comunes en muchos otros ordenamientos y los princi-

(2) Ley 10, título 1.º, L. IV: "El devisero pueda comprar en la villa de behetría quanto pudiere del labrador, excepto un solar que haya cinco cabnadas de casa, era, muradal y huerto, pues esto no puede venderlo el labrador". Ley 2, título IV, L. III: "A ningún hidalgo se prenda por deuda ni fianza; ni se le prenden los palacios de su morada, caballo, mula y armas de su cuerpo, pero sí los demás bienes donde los tuviere". En este fuero se recopilaban por escrito los buenos fueros, costumbres y fazañas de los fueros municipales de Castilla, aunque por las prisas del rey "quedó el pleito en este estado y juzgaron por este fuero" (R. GIBERT, 1973, p. 38).

(3) L. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, 1983, pp. 405-434; J. L. DE LOS MOZOS, 1981; A. LUNA SERRANO, 1962, p. 10.

prios que los inspiran pueden mantenerse, incluso, en situaciones en las que la organización política de la sociedad, la regulación de las libertades y del derecho de la propiedad o de las familias responde a parámetros totalmente diversos. Así, el *mir*, en la Rusia de los zares, establecía patrimonios familiares fuera de la potestad del jefe de familia, que no podía venderlos ni gravarlos; posteriormente, en la etapa de colectivismo soviético y atendiendo a las finalidades definidoras y propias a estos sistemas, el *mir* ruso se transformó en el *koljóz* agrario, y en el *solvjós* urbano, estableciéndose sobre dichos bienes de titularidad pública una especie de usufructo cercano a la propiedad.

En nuestra doctrina, en el año 1924, VIÑAS Y MEY (4) ponía de relieve que una de las más fecundas manifestaciones de la corriente socializadora del derecho era la que tendía a “*la creación del patrimonio familiar inembargable como base y soporte efectivos de la personalidad jurídica y económica individual*”. El autor citado observaba que el siglo XIX consagró al hombre como soberano de derechos individuales y políticos, pero descuidó proporcionarle los medios morales y materiales que hiciesen efectivo en la práctica el disfrute de esta personalidad. En el pensamiento de dicho autor, esta labor era la asignatura pendiente que el legislador debía atender en épocas futuras.

Por otra parte, en nuestro derecho y la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos modernos, una vez superada en sus etapas primitivas la exigibilidad del derecho de crédito contra la persona misma, el patrimonio es el soporte de la responsabilidad universal del deudor (art. 1.911 CC). No obstante, este principio no opera con carácter absoluto y debe cohonestarse con otros principios, bienes jurídicos e instituciones legales que inciden en el origen, naturaleza y ámbito de la obligación; en el régimen jurídico de los bienes afectos al mismo; en la existencia o no de derechos reales de garantía sobre determinados bienes; en el reconocimiento o no de conjuntos de bienes o masas patrimoniales autónomos o separados, y en la existencia de bienes o patrimonios *inmunes* o *blindados*, esto es, no sometidos a embargo total o relativamente.

Centrando la atención en la familia y los patrimonios inembargables, la constitución o el reconocimiento de un patrimonio familiar “inembargable” se halla previsto en numerosos textos constitucionales de países pertenecientes tanto al área del derecho del *civil law* como del *common law*.

En nuestro derecho, aunque en determinado momento histórico esta cuestión recibió especial atención por parte de la doctrina y de los poderes públicos, lo cierto es que el problema de la inalienabilidad e inembar-

(4) C. VIÑAS Y MEY, 1924, p. 180.

gabilidad con carácter general del patrimonio personal y familiar, salvo la regulación excepcional o límites previstos a este respecto en las leyes procesales, ha tenido limitado predicamento.

Como antecedentes remotos, más o menos significados, del “patrimonio familiar agrario”, la doctrina señala que en la Edad Media se practicaban adjudicaciones de tierra de por vida denominadas quñones vitalicios. Los concejos municipales también cedían terrenos baldíos a sus vecinos con la obligación de roturarlos y cultivarlos, conservándolos mientras los cultivaban directamente, que se denominaban presas en Aragón, presuras en Castilla, aprisiones en Cataluña y *pourpris* en Francia.

Después de la rebelión de los moriscos granadinos en 1568, en la Alpujarra, en el siglo XVI, se cedieron tierras a censo público a colonos que tenían que cultivarlas personalmente y residir en la explotación. Los lotes dados a cada familia eran inalienables, inhipotecables, ingravables, inacumulables, indivisibles y transmisibles a un solo sucesor.

En el siglo XVIII se cedieron terrenos baldíos a censo enfiteútico para sanear las zonas pantanosas del Bajo Segura, pero la colonización más conocida, “*verdadero ejemplo de previsión política y perfección técnica*” (A. LUNA SERRANO), fue la de Sierra Morena, con capital en La Carolina, que se regía por la Real Cédula de 15 de julio de 1767, redactada por Campomanes, norma incluida en la Novísima Recopilación y que supuso la creación de cuarenta y cuatro nuevos poblados y numerosas explotaciones agrícolas que fueron adjudicadas a colonos flamencos, suizos y alemanes.

Estas tierras se daban a censo enfiteútico, conservando la Corona el dominio directo. Las suertes de tierra eran indivisibles, de igual extensión y debían permanecer bajo un solo poblador útil y ser suficientes para el sustento de una familia, que siempre que fuera posible debía tener casa de labranza en el lugar. Las fincas no podían hipotecarse ni gravarse con derecho o carga alguna, ni enajenarse en manos muertas, ni ser objeto de capellanías, memorias o aniversarios. La enajenación sólo era posible a favor de persona hábil, labradora, lega y contribuyente. Las suertes eran inacumulables por casamiento o cualquier otra vía y, en todo caso, el colono debía residir en la casa de labor. En la Novísima Recopilación también se recogen otras colonizaciones con regulaciones parecidas (5).

En el derecho positivo del pasado siglo, la manifestación práctica más conocida se produjo sectorialmente con ocasión de la publicación de la Ley de 15 de julio de 1952, del Patrimonio Familiar Agrario (“Ley de 15 de julio de 1952, por la que se regulan los patrimonios familiares creados por el Instituto Nacional de Colonización”), considerada como una inno-

(5) J. URIARTE, 1935, pp. 486-487; A. LUNA SERRANO, 1962, pp. 23-24.

vación jurídica importantísima desde el punto de vista cualitativo, pero que tuvo un limitado ámbito objetivo, sin que, por otra parte, los principios y la filosofía que sustentaban esta norma tuvieran adecuada continuidad ni se comunicasen a otros grupos de personas, bienes o ámbitos patrimoniales.

Por otra parte, en el ámbito de la propiedad agraria tampoco cabe desconocer que la aplicación de la normativa protectora sobre la propiedad de los fundos se vio asimismo influida por las circunstancias ideológicas, socioeconómicas y políticas del momento, que tenían que ver con el régimen de la propiedad de la tierra y con la lucha de clases, pues baste con recordar, como asimismo sucedía en otros entornos, que el denominado “problema de la tierra” constituía uno de los temas candentes en los siglos XIX y principios del XX.

La Ley de 1952 respondió a una vieja aspiración de la doctrina española por el patrimonio familiar inembargable, que tenía por referencia las figuras del “*homestead*” americano, el “*hofrecht*” alemán y otras instituciones análogas del derecho comparado. Se trataba de una ley que respondía a las tendencias realistas y sociales orientadas a la creación de fincas agrícolas típicas y la concentración en el cultivador de la propiedad de los derechos sobre la propiedad rústica y la protección de la empresa agraria mediante la creación de un patrimonio familiar, inalienable, inembargable e indivisible, con atribución a su titular de la propiedad única y exclusiva de las tierras que debía cultivar directa y personalmente y las fincas se determinaban en base a caracteres objetivos físicos y económicos de suficiencia, parcelación y productividad (6).

A su vez, en el ámbito de la protección del patrimonio de naturaleza “urbana” cabe remitirse a la regulación de las “casas baratas” establecida en la Ley de Casas Baratas, de 10 de diciembre de 1921 (7).

Según esta Ley, los edificios catalogados de baratos eran inembargables e intransmisibles durante cincuenta años a partir del momento de su calificación. Sólo podían transmitirse a título hereditario o por donación

(6) A. LUNA SERRANO, 1962, pp. 259-260. Respecto a los precedentes histórico-normativos de esta legislación, la doctrina se remite a los siguientes textos: Constitución española de 1931 (artículo 47: “La República protegerá al campesino, y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el *patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos*”); la Ley de Bases para la Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1935 y su texto refundido del mismo año de 9 de noviembre; el Fuero del Trabajo; la disposición final 7.ª de la Ley sobre Colonización de grandes zonas, de 21 de abril de 1949; y varios intentos legislativos anteriores, como el proyecto de la llamada Ley de Solariegos y la regulación de ciertos bienes con tendencia a unirlos en familia: huertos familiares y casas baratas (cfr. A. LUNA SERRANO, 1962, J. SAPENA, 1953, pp. 706 y ss.).

(7) Modificada en la época de la Dictadura por el Real Decreto de 10 de octubre de 1924 y su Reglamento de aplicación de 8 de julio de 1922.

a un heredero forzoso que reuniera las condiciones del beneficiario, y si ninguno reunía las condiciones exigidas por haber mejorado de fortuna, el inmueble se defería a la muerte del causante, por las normas de Derecho común. La transmisión *inter vivos* a terceros era posible si se obtenía la desvinculación del inmueble, que lo desligaba de la familia a la que pertenecía y sometía la casa a las normas comunes sobre la propiedad inmueble (8).

En el momento presente, la falta de una decidida regulación sobre la protección del patrimonio familiar agrario se ha visto favorecida por el profundo cambio sociológico, técnico, económico y político que han experimentado las sociedades modernas, lo que, en general, ha conllevado una importante reducción del sector y de las estructuras productivas agrarias en términos de población activa ocupada y de participación en la economía nacional, así como su transformación en empresas productivas agrarias, y por el correlativo atemperamiento, por no decir claro abandono y repudio, de determinadas corrientes ideológicas y políticas de naturaleza colectivista, con marcado énfasis en la denominada economía [capitalista] de mercado.

Por otra parte, en las sociedades avanzadas, la posible implantación de una política general o universal sobre la protección del patrimonio personal y familiar excede claramente del ámbito de la explotación agraria y ganadera y de la protección de las familias que atienden estas explotaciones. Por ello, aunque en sus orígenes históricos el enfoque predominante ha estado centrado en este ámbito, en su planteamiento actual, cae por su peso que estas políticas de protección patrimonial deben formularse de forma más amplia, atendiendo a intereses generales comunes, haciendo abstracción, siempre que ello resulte justificado y sin perjuicio de actuaciones concretas, de la naturaleza sectorial de la actividad económica, por cuenta propia o ajena, que desempeñen las personas o familias susceptibles de acogerse a este tipo de políticas.

Por lo que atañe a la protección del patrimonio familiar urbano, lo cierto es que también se ha registrado cierto desinterés del legislador en este punto, y que las políticas legislativas se han orientado casi exclusivamente a facilitar el acceso a la misma y la obtención de determinadas ayudas y beneficios financieros y fiscales para su adquisición y transmisión hereditaria (9).

Por lo demás, la noción de protección patrimonial de la explotación familiar o la noción de patrimonio mínimo protegido o inembargable tam-

(8) A. LUNA SERRANO, 1962, pp. 56-57.

(9) En la legislación concursal también se reconocen ciertos derechos de preferencia para la adjudicación de la "vivienda habitual del matrimonio" (*cfr.* art. 78 LC).

poco precisa incardinarse de modo necesario por relación exclusiva a un determinado sector de actividad o bienes, sino que modernamente se enmarca en el marco de la protección de los derechos fundamentales de las personas y las familias en aras a la plena realización y desarrollo de su dignidad y personalidad, constituyendo dicho bien el sustrato material objetivo, adecuado o conveniente, para el ejercicio de éste y de otros derechos fundamentales.

Por último, en relación con la adecuación y viabilidad constitucional en nuestro derecho de las declaraciones legales de inembargabilidad, es de interés la doctrina ofrecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 158/1993, de 6 de mayo, en la que recuerda que la doctrina constitucional ha fundamentado las normas limitativas de los embargos, en el principio de igualdad (SSTC 53/1983 y 151/1985), y en lo exigido por el artículo 24.1 CE (SSTC 113, 138 y 140/1989), pues *“toda regla especial de inembargabilidad introduce, como es evidente, un beneficio para los perceptores de las rentas así protegidas y, al tiempo, un límite del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que ostentan sus posibles acreedores”*.

El Alto Tribunal señala que la inembargabilidad puede declararse por las más variadas razones de interés público o social, *“razones entre las que destaca la de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia”*. De ello se sigue que la existencia de limitaciones legales de embargo sobre salarios y pensiones, que en muchas ocasiones constituyen las únicas fuentes de ingresos económicos de las personas, *“tienen, en principio y con carácter general, una justificación constitucional inequívoca en el respeto de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la norma fundamental), principio al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo económico vital del deudor”* (10).

En cualquier caso, según afirma el Tribunal Constitucional, estas limitaciones *“deben evitar todo sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y han de desenvolverse a tal efecto, dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios”*, de aquí que corresponda al legislador *“determinar cuál sea, a estos efectos, el nivel económico de subsistencia de las personas”*.

(10) Las cursivas que aparecen en estos párrafos se deben al autor que cita.

2. La protección patrimonial familiar en el derecho iberoamericano

Como se ha indicado, mediante los sistemas de protección del patrimonio familiar, el ordenamiento dota de un estatuto jurídico diferenciado al hogar familiar o a un conjunto de bienes que se adscriben a las necesidades familiares y al cual se atribuye, entre otros rasgos distintivos, una especial protección jurídica frente a terceros. En determinados supuestos esta protección conlleva que estos bienes sean declarados total o relativamente inembargables.

La denominación que se da a estos bienes o patrimonios es muy variada, aunque en el derecho iberoamericano suelen predominar las expresiones “bien de familia” o “patrimonio familiar inembargable”, utilizándose preferentemente la primera expresión.

En la doctrina argentina, ZANNONI señala que: *“El bien de familia constituye una auténtica institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio, aunque, en puridad, opera autónomamente y se rige por normas propias. Consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación”* (11).

Aunque según se ha señalado existen múltiples y, en algún caso, remotos antecedentes históricos sobre estas figuras, en relación con el origen de la institución en el derecho moderno, la doctrina iberoamericana suele acudir a la figura del “*homestead*”, siendo el Estado de Texas el primero que instauró una ley del *homestead*, en el año 1839, sistema que rápidamente fue adoptado en otros Estados de la Unión y sirvió de inspiración para otras instituciones parecidas, cada una con su regulación y vicisitudes propias, que en algunos supuestos se hallan expresamente mencionados en los correspondientes textos constitucionales y en otros casos se desarrollaba en los Códigos o en leyes especiales.

La figura del “*homestead*” tejano perseguía favorecer el acceso a la propiedad rústica, así como proteger a los colonos instalados en dichas fincas de la crisis económica y bancaria, la especulación y los abusos de los acreedores, lo que conllevaba grandes perjuicios en muchas explotaciones agrarias y la consiguiente ruptura y desestructuración familiar (12). Por otro

(11) Citado por M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 3.

(12) A. VILLAÇA AZEVEDO, 2001, p. 3, que se refiere a la gran crisis americana de los años 1837-1839, en la que solamente en el año 1839, 959 bancos cerraron sus puertas, registrándose en dicho período 33.000 situaciones concursales y pérdidas por importe de 440 millones de dólares, lo que conllevó a la ejecución de las garantías constituidas sobre un gran número de fincas agrarias a precios irrisorios.

lado, a los poderes públicos también les interesaba fomentar el asentamiento y crecimiento de la población llegada al nuevo Estado, pues ello contribuía al desarrollo económico y a la institucionalización y representación política de los nuevos entes territoriales de dicha República, que posteriormente, en el año 1845, se incorporaría a la joven nación americana.

Con arreglo a la doctrina, la voz *homestead* responde a las expresiones: *home*, casa; y *stead*, sitio, lugar, esto es, “hogar doméstico establecido en el lugar” (13) y consiste en “una institución jurídico-social que asegura la que pudiera llamarse *inviolabilidad económica* del hogar familiar (con sus pertenencias, ajuar e instrumentos de trabajo), declarándolo libre de todo embargo o secuestro” (14).

Con relación a esta figura, la doctrina distingue entre dos grandes modalidades o instituciones: el *homestead law*, que es de derecho público y el *homestead exemption*, que es de derecho privado. A los efectos del presente trabajo, la segunda institución es la que presenta mayor interés.

Como se ha indicado, el *homestead exemption* tuvo su origen en el Estado de Texas (Ley de 26 de enero de 1839) (15). Posteriormente, la institución se incorporó a la Constitución de este Estado. Esta regulación suponía una modificación del principio de responsabilidad patrimonial universal de los bienes del deudor (*the common pledge of debtors*).

En el vigente derecho tejano, las referencias básicas al *homestead* se hallan en la Constitución de este Estado (16) y en el Nuevo Código de la Propiedad de Texas (*New Texas Property Code, TPC*). Haciendo honor al origen histórico y pionero de la institución, las leyes de este Estado se consideran únicas por el grado de protección que ofrecen.

(13) En palabras de A. AZARA, 1975, p. 106: “*focolare domestico stabilito nel luogo*”.

(14) A. A. BULLA, s. f., p. 265; F. ELORRIAGA DE BONIS, 1995, p. 89.

(15) El título de la Ley era el siguiente: *Homestead exemption law*, y disponía: “*From and after the passage of this act, there shall be reserved to every citizen or head of a family, in this republic, free and independent of the power of a writ of fieri facias, or other execution issuing from any court of competent jurisdiction whatever, fifty acres of land or one town lot including his or her homestead, and improvements not exceeding five hundred dollars, in value, all household and kitchen furniture, provided it does not exceed in value two hundred dollars, all implements of husbandry (provided they shall not exceed in value fifty dollars) all tools, apparatus and books belonging to the trade or profession of any citizen, five cows, one yoke of work oxen, or one horse, twenty hogs, and one year's provisions; and all laws or parts of laws contravening or opposing the provision or this act, are hereby repealed. Provided the passage of this act, shall not interfere with contracts between parties heretofore made*” (A. AZARA, 1975, p. 106).

(16) El artículo 16, sección 51, de la Constitución de Texas (TC), reformada en 8 de noviembre de 1983, dispone que: “*The homestead [...] in a city, town or village, shall consist of a lot or lots amounting to not more than one acre of land; provided that it shall be use for the purpose of a home, or a place to exercise the calling or business of the homestead claimant, [...] provided also, that any temporary renting of the homestead shall not change the character of the same when no other homestead has been acquired*”.

El capítulo 41, sección 41.002, del *Nuevo Código de la Propiedad* de Texas, caracteriza los aspectos personales y reales del *homestead* como sigue:

“§ 41.002. Definition of homestead. (a) *If used for the purposes of an urban home or as both an urban home and a place to exercise a calling or business, the homestead of a family or a single, adult person, not otherwise entitled to a homestead, shall consist of not more than 10 acres of land which may be in one or more contiguous lots, together with any improvements thereon.*

(b) *If used for the purposes of a rural home, the homestead shall consist of:*

(1) *for a family, not more than 200 acres, which may be in one or more parcels, with the improvements thereon; or*

(2) *for a single, adult person, not otherwise entitled to a homestead, not more than 100 acres, which may be in one or more parcels, with the improvements thereon.*

(c) *A homestead is considered to be urban if, at the time the designation is made, the property is:*

(1) *located within the limits of a municipality or its extraterritorial jurisdiction or a platted subdivision; and*

(2) *served by police protection, paid or volunteer fire protection, and at least three of the following services provided by a municipality or under contract to a municipality: (A) electric; (B) natural gas; (C) sewer; (D) storm sewer; and (E) water.*

(d) *The definition of a homestead as provided in this section applies to all homesteads in this state whenever created.”*

En comparación con su formulación primitiva, la regulación actualmente vigente ha supuesto una ampliación del ámbito personal y real de supuestos que admiten su constitución.

A grandes rasgos, obviando proceder a un análisis detallado de esta institución, cabe señalar que la constitución de esta clase de *homestead* es voluntaria. En su defecto, en el supuesto de ejecución por deudas, el deudor también puede determinar de entre los bienes que posea aquellos que estime susceptibles de constituir el *homestead* legal con el objeto de excluirlos de la ejecución; y a falta de ello el tribunal procederá de oficio nombrando un comisionado para que proceda a ello a expensas del deudor y, en su caso, enajene el resto de la superficie sobrante no incluida en el *homestead*.

Los derechos que concede el *homestead* no son renunciables y quienes contraten con el titular deben asumir la carga de comprobar si dicho bien se halla o no incluido en el régimen del *homestead*.

Los principios acuñados por la doctrina de los tribunales tejanos se centran en las siguientes reglas: el fundamento de la protección se basa en la relación familiar; el cabeza de familia debe estar legal o moralmente obligado al mantenimiento de, al menos, un miembro de la familia; el miembro o miembros de la familia protegidos deben hallarse en situación de dependencia económica; no es preciso que el cabeza de familia esté casado ni que sea progenitor de los miembros que integran la familia, pues la base de este régimen protector se sustenta en la obligación, legal o moral, de sustento y cuidado de los miembros de la familia (17).

Los requisitos formales para la constitución del *homestead* varían según la legislación de cada Estado, siendo usual distinguir tres momentos o fases: la *selection* o identificación del bien, la *declaration* o descripción y valoración de los bienes, y la *dedication* o *recording*, o fase de registro a cargo del funcionario (*recorder*) en el *homestead-book*.

La protección e *inembargabilidad* de los bienes que constituyen el *homestead* es relativa. Los titulares de derechos de crédito contra el constituyente no podrán actuar contra los bienes del *homestead*, excepto, básicamente, en los siguientes supuestos: créditos o préstamos o créditos de dinero para la adquisición de la propiedad; impuestos sobre la propiedad; materiales y trabajos empleados en la construcción, renovación, reparaciones o mejoras de la propiedad (18); hipotecas voluntarias consentidas por el titular de los bienes y su cónyuge, siempre que, entre otros requisitos para la protección del deudor-consumidor, el préstamo se garantice exclusivamente con la garantía real y la deuda total pendiente no supere el ochenta por ciento del valor de mercado de la propiedad ("*home-equity loans*"); créditos por extinción del condominio o procedentes de un convenio o sentencia en materia de divorcio; impuestos y deudas tributarias federales del propietario o de los cónyuges; hipotecas inversas o "*reverse*" (19) y multas o sanciones impuestas por razón de delitos o faltas (art. 16, sec. 50 TC; sec. 41.002 TPC).

(17) J. FAMBROUGH, 2003, p. 1.

(18) De acuerdo con la información consultada, los préstamos destinados a mejoras del *homestead* deben formalizarse por escrito y los prestatarios disponen de doce días para contratar la compra de los materiales y trabajos y de tres días para resolver el contrato sin penalización (derecho de arrepentimiento o desistimiento), no siendo admisible en la legislación tejana el supuesto contrario: compra de materiales y posterior crédito. Estos contratos deben firmarse "*by both the owner and spouse at the offices of an attorney, a title company or the third-party lender extending credit*" (J. FAMBROUGH, 2002, p. 2).

(19) Se conoce como "*reverse mortgage*" o hipoteca inversa el "*loan against your home that you do not have to pay back for as long as you live in your home*". Entre otras particulari-

Por otra parte, en ciertas regulaciones, la protección contra el embargo puede estar limitada hasta determinado importe monetario o hasta cierta superficie de los bienes y también se suele exigir el transcurso de un plazo de tiempo de residencia previa en el inmueble para poder acogerse a la protección que ofrece este régimen (20).

La *extinción del homestead* se produce por el abandono o venta de la propiedad o la muerte del constituyente. La venta debe otorgarse por los cónyuges incluso si el *homestead* pertenece sólo a uno de ellos. En caso de venta y adquisición de otro *homestead*, los beneficios legales se mantienen durante el plazo de seis meses, pero deberá probarse la aplicación de los fondos recibidos a la adquisición del nuevo *homestead* (subrogación real). También se aplica esta solución en el supuesto de una permuta entre *homesteads* (*a like-kind exchange*). En los supuestos de una venta forzosa, por ejemplo, para hacer frente a una condena o sanción, la legislación tejana permite que pueda hacerse la reinversión en otra propiedad acogida a este régimen en el plazo de dos años con exención tributaria de los rendimientos obtenidos.

En caso de muerte del interesado, los beneficios legales del *homestead* se mantienen para los miembros de la familia que residan en el mismo, como el cónyuge viudo y los hijos menores de edad o célibes. El derecho de residencia se mantiene vitaliciamente para el cónyuge superviviente o hijos menores aunque la finca no les haya sido adjudicada por el causante o causantes.

Inspirándose en este tipo de soluciones, en otros ordenamientos jurídicos el ámbito de la protección patrimonial familiar se ha venido formulando de forma más o menos amplia.

En determinadas Constituciones, la protección de la vivienda familiar

dades, para poder constituir estas hipotecas voluntarias, la hipoteca sólo puede constituirse por personas mayores (sesenta y dos o más años, en el Estado de Texas); el prestatario debe hacer pagos mensuales o periódicos que se van acumulando a la deuda; el bien gravado debe constituir la única garantía; la operación se rige por las normas de la "equity"; el pago de capital e intereses sólo es exigible a la muerte del prestatario, la venta de la garantía o la no ocupación de la finca durante más de doce meses consecutivos, etc. La "reverse-annuity mortgage" (RAM) permite a "an elderly homeowner to stay in the home and receive payments (cash) from the equity they have in their home".

(20) La aprobación en los Estados Unidos de la Ley de Prevención del Abuso de Bancarrota y Protección al Consumidor, de 2005, ha limitado el uso de la llamada "exención *homestead*", y ha introducido la llamada "cláusula Enron", que pone un límite de 125.000 dólares para las personas con deudas relacionadas con la violación de leyes sobre el mercado de valores o afines durante los pasados diez años o que hayan sido condenadas por delito grave ("felony"). También se establece el requisito de residencia previa de cuarenta meses para las exenciones ilimitadas con el fin de impedir que los deudores cambien repentinamente de residencia a aquellos Estados donde esta exención está admitida.

o el reconocimiento de patrimonios familiares especialmente protegidos y dotados de carácter autónomo o la protección de las explotaciones familiares agrarias, se halla explícitamente afirmada. En otros supuestos esta protección es menos precisa, lo cual no significa que no sea igualmente posible. En todo caso, con enunciación explícita o sin ella, el desarrollo de estos principios y la intensidad y alcance de esta protección es una tarea que normalmente requerirá la correspondiente norma de desarrollo legislativo.

Según se analiza seguidamente, en la mayoría de las Constituciones de los países de Iberoamérica la protección de la vivienda o de ciertos bienes de la familia, con declaración expresa en bastantes casos de su inembargabilidad, también se halla presente (21).

En la base nuclear de la protección de estos patrimonios se halla la protección misma de la familia, considerada como célula, núcleo, base o sustrato esencial de la sociedad humana, evitando con ello su desarticulación y destrucción en caso de graves reveses económicos. De ello se sigue que los poderes públicos entiendan que debe prevalecer la protección del bien superior familiar –que en el presente caso se concreta en la protección del derecho a la vivienda y el sustento familiar y la tutela del derecho fundamental de la libertad y dignidad humana– respecto de otros derechos, como puede ser el derecho de protección de los acreedores.

Referencia a los textos constitucionales (22):

(21) En el derecho europeo, como instituciones más significativas cabe citar: en Francia, el denominado régimen del “*bien de famille*” (Ley de 12 de julio de 1909) y la reciente Ley Dutreil (Ley de 1 de agosto de 2003), sobre declaración voluntaria de inembargabilidad de la vivienda habitual familiar en ciertos supuestos; y en Italia, a la institución del “*patrimonio familiare*”, actualmente, denominada “*fondo patrimoniale*”, regulada en los artículos 167 al 171 del Código Civil según texto redactado por la Ley de Reforma del Derecho de Familia de 19 de mayo de 1975; en el Derecho anglosajón, aparte de las figuras tipo *homestead*, cabe remitirse a las amplias posibilidades de configuración patrimonial que ofrece la figura del *trust*. En otros ordenamientos también se admite la constitución de fundaciones privadas.

(22) Ordenados por orden alfabético. Las cursivas en los textos que se citan más adelante se deben al autor. Base de Datos Políticos de las Américas (1998), *La familia y el matrimonio. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*, [Internet], Georgetown University y Organización de Estados Americanos, en <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derecho/familia.html>.

Como caso curioso, no existen en la Constitución francesa de 1958 pronunciamientos parecidos a los recogidos en los citados textos constitucionales, aunque lo cierto es que la norma fundamental se remite a los Derechos Humanos y que ello no es óbice para que esta cuestión haya recibido la reiterada atención del legislador francés. El preámbulo de dicho texto constitucional se pronuncia como sigue: “*Préambule. Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004...*”.

a) *Argentina*

Artículo 14 bis, párrafo tercero: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; *la defensa del bien de familia*; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

b) *Bolivia*

Artículo 198. “La ley determinará los bienes que formen el *patrimonio familiar inalienable e inembargable*, así como las asignaciones familiares, de acuerdo al régimen de seguridad social.”

c) *Brasil*

Artículo 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: ...XXVI – “*a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento*”.

d) *Colombia*

Artículo 42, párrafos primero y segundo. “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantiza la protección integral de la familia, *la ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable*. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.”

e) *Ecuador*

Artículo 39. “Se propugnarán la maternidad y paternidad responsables. El Estado garantizará el derecho de las personas a decidir sobre el

número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. Será obligación del Estado informar, educar y proveer los medios que coadyuven el ejercicio de este derecho.

Se reconocerá el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y condiciones que establezca la ley, y con las limitaciones de ésta. Se garantizarán los derechos de testar y de heredar.

f) *México*

Artículo 4... “Toda familia tiene derecho a disfrutar de *vivienda digna y decorosa*. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.”

g) *Nicaragua*

Artículo 70. “Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. *Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública*. La ley regulará y protegerá estos derechos...”

h) *Panamá*

Artículo 48. “El Estado velará por el mejoramiento social y económico de la familia y organizará el *patrimonio familiar* determinando la naturaleza y cuantía de los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que es *inalienable e inembargable*.”

i) *Paraguay*

Artículo 59. “*Del bien de familia*.— Se reconoce como institución de interés social el *bien de familia*, cuyo régimen será determinado por ley. El mismo estará constituido por la vivienda o el fundo familiar, y por sus muebles y elementos de trabajo, los cuales *serán inembargables*.”

j) *Uruguay*

Artículo 49. “El «*bien de familia*», su constitución, conservación, goce y transmisión, serán objeto de una legislación protectora especial.”

Por otra parte, en el articulado de la Constitución española, también existen referencias expresas a los derechos fundamentales y la protección de la familia, al reconocimiento del derecho a la propiedad y a la herencia, y al derecho a una vivienda digna y adecuada, y en otros textos lega-

les anteriores, según se ha examinado en otro lugar, existían normas sobre el patrimonio familiar inembargable en relación con las fincas agrarias.

En relación con los “derechos fundamentales y las libertades públicas”, el título I de la Constitución, sobre derechos y deberes fundamentales, se refiere al derecho a la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad, al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, al derecho a la intimidad y la protección de la juventud y la infancia, etc. El artículo 33 CE se refiere al reconocimiento de la propiedad privada y la herencia, y señala que la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.

Entre otras previsiones, según se anticipó en su momento, en sede de principios rectores de la política social y económica, el artículo 39 CE señala que: “Los poderes públicos aseguran la *protección, social, económica y jurídica* de la familia”. Y el artículo 47 CE establece que “*todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho*”.

Como observa la doctrina, las nociones de *dignidad y adecuación* “*constituyen sendos estándares que cualifican y marcan un nivel a la acción de los poderes públicos*”. La dignidad incide tanto en la vivienda como en su entorno inmediato y mediato que la rodea o del que forma parte, y la exigencia de que la vivienda sea adecuada tiene relación directa con la persona y la familia en la medida en que este bien constituye el asiento vital para facilitar el desenvolvimiento de la personalidad y el desarrollo del grupo familiar, todo ello de acuerdo con las necesidades que se plantean en cada momento histórico (23).

Por otra parte, la moderna protección de estos derechos también se halla en línea con la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Asamblea General 217, del 10 de diciembre de 1948, pues, por un lado, el artículo 16 establece que: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*” y, por otro lado, el artículo 25.1 prevé que: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez,*

(23) L. MORELL OCAÑA, 1995, p. 6871.

vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (24).

Finalmente, en grado menor, también cabe hacer mención a la protección del derecho de ocupación de la *vivienda familiar*, según se halla prevista en la Recomendación del Consejo de Ministros R81/15, de 16 de octubre de 1981, preparada por un comité de expertos bajo los auspicios del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, que se refiere a la necesidad de "asegurar a los esposos el derecho de ocupación de la *vivienda familiar* y la utilización del mobiliario y de los objetos destinados al uso de la familia en dicha vivienda" y en la Recomendación del Consejo de Europa de 25 de agosto de 1981, en la que se dice que "para mejorar la protección del esposo sobreviviente es necesario darle la posibilidad de continuar en la vivienda familiar", pudiendo los Estados recurrir a alguno de los procedimientos que allí se expresan.

3. La regulación del "bem de família" en el derecho brasileño

Según observa la doctrina, el noble objetivo de los dispositivos legales referentes al instituto del bien de familia brasileño consiste en la "protección de la familia", garantizándole por esta vía un techo relativamente intocable. Con ello, se trata de garantizar a las familias, del modo más efectivo posible, la satisfacción autónoma y libre, entre otras, de las necesidades nucleares, primarias y básicas de cobijo y sustento.

Actualmente, la institución y su finalidad se hallan plenamente con-
testes con el artículo 226 de la Constitución Federal de 1988, que eleva

(24) Cfr., asimismo, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de Bogotá (1948), que señala que: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la *dignidad de la persona y del hogar*"; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, que establece que: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda* adecuados y a una mejora continua de las condiciones de su existencia" (art. 11.1); Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de Nueva York, firmada el 13 de julio de 1967, que enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la *vivienda* (art. 5.º, e, iii); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la resolución 40/180, de la Asamblea General de Naciones Unidas, que establece, especialmente para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la *vivienda*, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art. 14, h); Convención de los Derechos del Niño, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que parte del presupuesto de la garantía de un "hábitat" donde el niño debe desarrollarse.

la familia a la condición de base de la sociedad, lo que la hace merecedora de la especial protección de los poderes públicos (25).

Históricamente, la regulación de la institución del “*bem de família*”, mediante su constitución por medio de acto voluntario, estaba regulada en los siguientes textos legales: artículos 70 al 73 del antiguo Código Civil de 1916; artículo 2 de la Ley de Protección de la Familia, Decreto-ley 3.200, de 19 de abril de 1941, y artículos 647 del Código de Procedimiento Civil de 1939 y 1.218.IV del mismo Código del año 1973.

De *lege data*, el reconocimiento constitucional y con carácter general de la institución del “*bem de família*” se apoya en el citado artículo 5, ep. XXVI de la Constitución de la República Federativa de Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988, que se halla ubicado en el título II, “De los Derechos y Garantías Fundamentales”, capítulo dos, “Derechos y Deberes Individuales y Colectivos”, en el que se establece que la pequeña propiedad rural, así definida por la Ley, explotada por una familia campesina, no será objeto de embargo para pagos de deudas corrientes de su actividad productiva, disponiendo la Ley sobre los medios de financiar su actividad.

Al amparo de la norma constitucional, el régimen jurídico del “*bem de família*” se instauró con carácter general y recibió una regulación minuciosa en la Ley 8009, de 29 de marzo de 1990, que disponía la inembargabilidad del bien (“*impenhorabilidade*”) con exclusión de los vehículos de transporte, obras de arte y adornos suntuarios (art. 2).

Por último, actualmente debe tenerse presente la regulación de derecho voluntario establecida en los artículos 1.711 al 1.722 del Nuevo Código Civil Brasileño (Ley 10.406, de 10 de enero de 2002), en vigor desde el 11 de enero de 2003, que ha venido a sustituir y mejorar la regulación primitiva establecida en el Código de 1916.

El desarrollo legal de la institución prevé su aplicación tanto en el supuesto de fincas de naturaleza rústica como urbana que cumplan los requisitos legales correspondientes. Aunque en el derecho comparado existen otras instituciones parecidas, la institución del “*bem de família*” se inspira en la regulación americana del “*homestead*” y en la suiza.

En el derecho brasileño, el “*bem de família*” se conceptúa como “*um instituto jurídico que submete um bem imóvel residencial a um regime especial de impenhorabilidade e inalienabilidade relativa, com o objetivo de proteger e resguardar a manutenção de um lar para a família, destacando-o e isentando-o dos riscos de uma execução por dívidas, com algumas ressalvas*” (26).

(25) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 2.

(26) D. SANTANA, 2007, p. 1.

El bien de familia consiste en “*uma porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, estabelecendo a seu respeito a impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa*” (27).

Consecuentemente con la diversidad de regulaciones actualmente existentes, la doctrina distingue entre dos posibles formas de constitución y reconocimiento del bien de familia: la que deriva del régimen legal, obligatorio o involuntario, regulado en concreto en la Ley 8009, de 1990; y la que se constituye por acto constitutivo o régimen del bien de familia voluntario, dispositivo o facultativo, regulado fundamentalmente en el Nuevo Código Civil de 2002.

De ello se sigue que un concepto unificado de bien de familia puede formularse como sigue: “*instituto jurídico compuesto por un conjunto de normas que permite, voluntaria o legalmente, la destinación de una parte de los bienes de la familia para conferirle protección contra deudas futuras o abusos de derecho por parte de posibles acreedores*” (28).

Por lo que atañe a la *naturaleza jurídica* del bien de familia, la doctrina pone de relieve que esta institución no es asimilable a un contrato propiamente dicho, pues no conlleva la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas de carácter patrimonial; tampoco cabe asimilarla a los fideicomisos, pues el instituyente goza de los mismos derechos que el beneficiario, el bien no sale del poder del instituyente y no se prevé la continuidad del régimen a la generación siguiente; la constitución del régimen legal tampoco conlleva el nacimiento de una copropiedad, pues sus beneficiarios no se convierten en condóminos; tampoco cabe su asimilación a los derechos reales de uso, usufructo o habitación, pues en estos casos no existe un interés colectivo mayor y el bien está sometido a una regulación propia. Por ello, la doctrina suele convenir que el bien de familia consiste en un patrimonio especial, que, a pesar de no salir del patrimonio del instituyente, se diferencia del resto de su patrimonio por su función y por disponer de un régimen jurídico específico. Con todo, tampoco cabe confundir la institución con los patrimonios de afectación especial que tienen reconocida personalidad jurídica propia por determinación legal expresa, como sucede con las fundaciones (29).

(27) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 3, con remisión a CARVALHO DE MENDONÇA.

(28) V. OCCHI FRANÇOZO, 2003, p. 1.

(29) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, pp. 4-5.

4. El régimen jurídico del “bem de família” en el Código Civil de 1916

El instituto del bien de familia brasileño fue introducido en el proyecto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, por medio de una enmienda propuesta por el senador Feliciano Penna, en el año 1912, y fue definitivamente acogido en los artículos 70-73, ambos inclusive, del Código Civil de los Estados Unidos de Brasil (Ley núm. 3071, de 1 de enero de 1916), artículos que constituyen la primera referencia legal sobre esta institución en dicho país.

La ubicación del régimen legal en el articulado del Código Civil fue objeto de diversas propuestas y críticas. En un primer momento, la institución aparecía recogida en el Libro dedicado a las personas después de la regulación de las fundaciones, pero ante las críticas de la doctrina, que entendía que ello equivalía a denominar como sujeto a un predicado, la institución se transfirió al Libro sobre los bienes, inmediatamente después de la regulación sobre los bienes fuera del comercio, lugar en el que quedó definitivamente ubicada.

Como observa la doctrina, la inclusión del bien de familia en la parte dedicada a las personas carecía de sentido porque el bien carece de personalidad jurídica, pero la solución adoptada también fue muy criticada, al considerarse que, en razón a la finalidad de la institución, el mejor lugar para ubicarla se hallaba en el Libro dedicado al Derecho de familia, o como mal menor en el Libro dedicado al Derecho de cosas, pero en la parte especial del Código por tratarse de una regulación específica y no genérica. Finalmente, en el Nuevo Código Civil, la institución ha quedado ubicada en el ámbito del Derecho patrimonial familiar (30).

Durante la vigencia de dicha regulación, la constitución del bien de familia se hallaba subordinada a la voluntad del constituyente, que era quien en el libre uso de sus facultades dominicales decidía destinar un inmueble de su propiedad para el asentamiento de su familia, consiguiendo con ello la inmunidad patrimonial de dicho bien en los términos previstos por la norma de aplicación.

La doctrina define el régimen así establecido como: *“Un acto jurídico por el que los cónyuges, o un cónyuge en defecto del otro, por medio de un acto formal reserva un inmueble urbano o rústico de su pertenencia para destinarlo a residencia de la familia, con el fin de conseguir que el bien sea inmune a las reclamaciones por deudas personales, excepto cuando las mismas se hubieran constituido con anterioridad, o por deudas tributarias, cuyo hecho generador no estuviera vinculado con el propio inmueble”* (31).

(30) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 4; S. BUSSO, 2002, p. 2.

(31) R. ARCOVERDE CREDLE, 2005, p. 1.

Según dispone el artículo 70 del Código Civil de 1916 (32), la constitución del bien de familia “... é permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas...”.

Tras la promulgación de la Constitución de 1988, que estableció la igualdad entre hombres y mujeres, el principio de igualdad devino igualmente aplicable en el ámbito del derecho de familia, lo que significó que la limitación establecida en la norma citada debía tenerse por superada como consecuencia de la desaparición de la figura del “jefe de familia”, con lo cual el bien de familia podía constituirse por cualquiera de los cónyuges o incluso, aunque con doctrina controvertida, por los componentes de uniones estables de pareja o familias monoparentales, que en este punto quedaban asimiladas a la familia tradicional.

Para poder acogerse a esta regulación, el constituyente debía cumplir el requisito de “solvencia” previsto en el artículo 71. Según este artículo, los instituyentes no debían tener deudas en el momento de la constitución del régimen cuyo pago pudiera perjudicar a los acreedores que tuvieran créditos de fecha anterior a la de constitución del régimen. La exención de responsabilidad patrimonial producía sus efectos respecto de las deudas nacidas con fecha posterior al acto constitutivo, sin afectar a las deudas que fueran de fecha anterior.

Una vez constituido el régimen, su duración se extendía durante toda la vida de los cónyuges y hasta que los hijos alcanzaran la mayoría de edad.

Por lo que atañe al elemento real, el predio no podía tener otro destino distinto al de residencia familiar, ni ser enajenado sin el consentimiento de los interesados (cónyuge e hijos) o sus representantes legales (curador especial). La razón justificativa de la exigencia de un consentimiento conjunto se debía al carácter de morada común de los miembros de la familia, sin que el disponente pudiera enajenarla en su propio interés. En defecto de acuerdo debía obtenerse autorización judicial para su enajenación.

Desde el punto de vista formal, la constitución del régimen del bien de familia debía formalizarse en escritura pública, pudiendo instituirse mediante acto *inter vivos* o *mortis causa*. El acto constitutivo debía publicarse en la prensa local y, en su defecto, en la del Estado correspondiente, e inscribirse en el registro público de bienes inmuebles (Ley de los Registros Públicos, arts. 167, I, 1 y 260). Estos requisitos responden a los procedimientos aplicables en relación con las figuras tipo *homestead*.

Respecto al valor del bien objeto de protección, el artículo 19 del De-

(32) Redacción de los artículos 70-73, según Decreto-Ley número 3725, de 15 de enero de 1919.

creto-ley 3.200, de 19 de abril de 1941, lo limitaba a cien “*comtos de réis*”, pero a partir de la nueva redacción establecida según Ley 6742, de 5 diciembre de 1979, se dispuso que no existía límite de valor con tal que el bien de familia constituyera la residencia de los interesados por un plazo superior a dos años.

La Ley de 1979 también completó en algunos extremos la regulación del régimen prevista en el CC. Entre otros aspectos y exenciones tributarias, la norma estableció las siguientes previsiones:

A la muerte del constituyente o de su cónyuge, el predio no quedaría incluido en el inventario de la herencia ni sería objeto de partición mientras residieran en el mismo el cónyuge supérstite o los hijos menores de edad.

La extinción del régimen solamente podía hacerse efectiva mediante mandato judicial a instancia del constituyente, o en los demás casos antes indicados, a petición de cualquier interesado si el predio dejaba de constituir el domicilio familiar o por cualquier otro motivo justificado, pudiendo el juez, siempre que ello fuera posible, determinar la continuación del régimen en otro inmueble en el que la familia hubiera establecido su residencia.

Por último, la norma precisaba que cuando el bien de familia se refiriese a un predio rural, se consideraban incluidos en dicho régimen el mobiliario y los utensilios de uso doméstico, el ganado e instrumentos de labranza que se hubieran relacionado en la escritura pública.

5. El régimen legal del “bem de família” según la Ley número 8009, de 28 de marzo de 1990

Como se ha indicado, en relación con el bien de familia, a partir de la promulgación de la Constitución brasileña de 1988, debe distinguirse entre dos regímenes jurídicos distintos:

a) El régimen de constitución “legal” u “obligada”, con efectos inmediatos, establecido imperativamente en virtud del mandato constitucional y regulado en la Ley 8009, de 29 de marzo de 1990, sobre la “*impenhorabilidade do bem de família*”, y

b) El régimen de constitución “voluntaria” o “facultativa”, regulado fundamentalmente en el Código Civil de 1916 y actualmente en el Nuevo Código Civil de 2002.

La existencia de dos regímenes jurídicos ha motivado que la doctrina distinga entre derechos personales puros y derechos personales relativos

o patrimoniales y, entre éstos, entre derechos cuya constitución se deja a la voluntad de las partes, por considerarse que en ellos predominan los intereses particulares y derechos que se definen y caracterizan por su naturaleza social, debido al interés general que concitan.

Según se ha indicado, bajo el imperio de la Ley número 8009 de 1990, el régimen del bien de familia es de origen legal y se refiere a todo inmueble residencial de los cónyuges o entidad familiar (art. 1, L. 29 de marzo de 1990). Con esta regulación se instaura un régimen que la doctrina califica de “bien de familia involuntario o legal”, que se constituye mediante norma de orden público y en beneficio de todas las familias.

Por tanto, en este supuesto no es necesario proceder a un acto formal de destinación mediante acto voluntario del titular o poseedor del bien, se trata de la aplicación ordinaria de un derecho objetivo. Esta protección se dispensa al lugar de residencia efectiva de la familia o grupo familiar y a los bienes muebles existentes en la misma o a aquellos que pudieran existir en la vivienda familiar que, no siendo propia, se habite en régimen de alquiler. También debe respetarse este régimen en el supuesto de bienes en usufructo (33).

Respecto a la naturaleza jurídica de esta protección, la doctrina pone de relieve que la inembargabilidad del bien de familia es materia de orden público, por lo que sus efectos son independientes de la voluntad del individuo, al ser voluntad del Estado asegurar a los cónyuges y a la entidad familiar un bien esencial a todo ser humano, como es la morada u hogar. Se trata de una norma de *ius cogens*, no siendo posible a las partes, incluso con la anuencia del deudor, convenir en contra de sus disposiciones. La contravención a su contenido sería nula de pleno derecho, pudiendo ser argüida en cualquier fase del procedimiento y ser apreciada de oficio por el juzgador (34).

Sin embargo, debido a la automaticidad y generalidad de esta regulación, también se ha cuestionado el acierto de una medida de política legislativa de esta naturaleza, considerándose que a largo plazo la inembargabilidad resulta nefasta, ya que supone una derogación parcial del principio de responsabilidad patrimonial universal.

Los defensores de la institución consideran que con ello se protege a los integrantes de la familia de trastornos económicos y financieros, impidiendo que se presenten situaciones de extrema precariedad familiar, protegiéndolas, incluso, frente a la constitución de garantías desproporcionadas que se hayan visto compelidos a prestar o ante débitos cuantiosos provocados por el influjo consumista o la realización de negocios aventu-

(33) W. DE PAULA *junior*, 2001, pp. 2 y ss.

(34) F. CARVALHO, 2006.

rados que, a veces, son incentivados por las propias autoridades públicas. También se pone de relieve que se trata de una normativa de protección familiar y no del deudor, por lo que la inembargabilidad no tiene lugar en otros supuestos ajenos al ámbito considerado ni, en principio, cuando se trate de personas solteras con vida independiente sin familia a su cargo (35).

Respecto a las familias que pueden acogerse a este régimen y ampliando lo afirmado en otro lugar, de conformidad con la realidad sociológica y familiar dominante, la doctrina mayoritaria de los Tribunales considera de forma amplia el concepto de “entidad familiar”, de modo que suele admitirse la existencia de este régimen en el supuesto de soltero o soltera con hijos, viviendo o no en unión de hecho, o de abuelos que tienen a su cargo la educación y sustento de los nietos.

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 24 de octubre de 2000 (Brasilia), el sentido social de la norma “*busca garantir um teto para cada pessoa*”, de modo que sólo un criterio amplio puede poner sobre la mesa la exacta extensión de la Ley, ya que en caso contrario se sacrificaría la finalidad buscada por esta normativa (36).

Esta interpretación también es propugnada por la doctrina más moderna en base a la tesis de la “repersonalización” del Derecho Privado, que sostiene que debe incidirse más intensamente en la valorización de los derechos fundamentales de la dignidad e igualdad de la persona individualmente considerada, con independencia de su pertenencia o adscripción a determinado grupo familiar, lo que en relación con el régimen legal del bien de familia supondría la superación del concepto tradicional de familia para ampliarlo a las denominadas familias monoparentales. De acuerdo con esta tesis, el régimen protector del bien de familia debe extenderse a todas las personas, mudando o modificando el ámbito subjetivo del “bien de familia” al concepto de “*bem de residência da pessoa natural*” o de “*bem do patrimônio mínimo*”.

En relación con la Ley número 8009/1990, la idea de “patrimonio mínimo” y la admisión de la protección patrimonial respecto a una persona soltera aparece recogida en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de fecha 6 de febrero de 2002, en la que se afirma que: “*A interpretação teleológica do Art. 1.º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorrer, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorá-*

(35) V. OCCHI FRANÇOZO, 2003, p. 2.

(36) W. DE PAULA jr., 2001, p. 3.

vel, por efeito do preceito contido no Art. 1.º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (37).

A raíz de esta sentencia, la doctrina ha puesto de relieve que “o conceito legal de entidade familiar não poderia ser tão duro, sob pena de se coroarem injustiças”. Assim, seriam “inatacáveis as palavras do culto Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: «... a Lei n. 8.009/90 não está dirigida a um número de pessoas. Mas à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, ‘data venia’, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal»” (38).

En suma, de aplicarse esta interpretación en sentido amplio, la protección dispensada por el bien de familia dejaría de tener como único destinatario la familia o el grupo familiar y se extendería a la protección de todas las personas físicas en consideración a su necesidad preeminente al derecho de morada o residencia, reforzando con ello la tendencia hacia la repersonalización del derecho civil en aras al desarrollo del derecho fundamental de la dignidad humana y la solidaridad social (39).

Los efectos de protección patrimonial establecidos en el régimen legal del bien de familia se hallan previstos en el artículo 1.º, párrafo primero, de la Ley de 29 de marzo de 1990. Con arreglo a esta norma “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei...”, y el artículo 2, parágrafo único, prevé que: “No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guardem a residência e que sejam de propriedade do locatário...”, quedando revocadas las disposiciones en contrario (art. 8). En cambio, quedan excluidos del régimen protector “os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos” (art. 2, primer párr.).

En relación con los vehículos de transporte, la doctrina señala que si el bien se halla al servicio de la residencia, como ocurre con cierta fre-

(37) “Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: eresp 182223/sp (199901103606), 479073 embargos de divergência no recurso especial data da decisão: 06/02/2002. órgão julgador: - Corte especial relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. relator acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros.Fonte: dj data: 07/04/2003 pg: 00209 revjur vol.: 00306 pg: 00083. veja: stj - resp 276004-sp (rstj 153/273, jbcc 191/215), resp 57606-mg (rstj 81/306), resp 159851-sp (lexjtaesp 174/615), resp 218377-es (lexstj 136/111, rdr 18/355, rstj 143/385).”

(38) Pablo STOLZE GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO: *Novo Curso de Direito Civil. Volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 4.ª Edição, 2003, p. 290-291, citado por F. TARTUCE, 2005, p. 4.*

(39) F. TARTUCE, 2005.

cuencia en las propiedades rurales, también quedará incluido en el ámbito protector de la norma (40). Igualmente quedan exentos de embargo los vehículos indispensables para el ejercicio de una profesión, aunque este supuesto de inembargabilidad está previsto en el Código Procesal Civil (41).

La inclusión o no de determinados bienes en el ámbito de protección de la norma ha motivado una amplia casuística en la doctrina de los Tribunales. Así, el Tribunal Social de San Paulo (Proc. núm. 20050441781), consideró que era susceptible de embargo un piano de elevado valor económico, por no ser un bien indispensable para la vida de las personas en el hogar. En cambio, se consideran incluidos en el ámbito protector de la norma y por tanto no susceptibles de embargo los aparatos microondas, el aparato de aire acondicionado, el televisor y la línea telefónica, por considerarse que estos bienes no pueden calificarse de bienes superfluos o suntuarios (sentencia Superior Tribunal de Justicia, Brasilia, rec. núm. 2000/0094281-2) (42).

El régimen legal del bien de familia es igualmente aplicable a los supuestos de copropiedad del bien inmueble, de modo que el régimen de inembargabilidad se extiende a todos los copropietarios de la residencia

(40) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 16.

(41) Código de Processo Civil: "Art. 649 - São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança."

(42) Según S. Busso, 2002, p. 11, también se consideran bienes de familia los aparatos de sonido y vídeo. Quedan excluidas del concepto las bicicletas y alguna sentencia también ha excluido el aparato de aire acondicionado por no considerarse bien indispensable para el mantenimiento de la familia. Los tribunales también han admitido el desmembramiento de la propiedad en la parte que corresponda a instalaciones de recreo o suntuarias, como piscinas, instalaciones deportivas, invernaderos o jardines o los anexos destinados a garaje y las instalaciones o almacenes comerciales o industriales.

común, con independencia de que se trate de deudas de uno solo de ellos o de deudas de algunos o de todos los condóminos, reconociéndose a cualquiera de ellos el derecho a oponerse a la ejecución de toda la residencia familiar, sin que sea necesaria la concurrencia de los demás copropietarios en el procedimiento.

Para acogerse a este régimen legal deben cumplirse dos requisitos básicos de derecho material: la finca debe ser residencial y el grupo familiar debe residir en él de modo efectivo. No gozan de este privilegio los demás bienes inmuebles o construcciones inacabadas, ni los establecimientos mercantiles o industriales de titularidad personal.

La norma también previene sobre el posible fraude de ley, al establecer que no se beneficiarán de lo dispuesto en esta Ley aquellos que, conociendo su estado de insolvencia, enajenen su antigua residencia y adquieran de mala fe un inmueble más valioso para transferir al mismo su residencia familiar. En estos supuestos, a instancia de la parte acreedora, el juez podrá remitir la inembargabilidad a la residencia anterior o anular su venta, liberando la finca más valiosa para su ejecución (art. 4).

Respecto a la concreción de la residencia que es objeto de protección legal, la norma considera residencia un único inmueble utilizado por el matrimonio o la entidad familiar para morada permanente. Cuando se posean varios inmuebles que se utilicen como residencia, la inembargabilidad recaerá sobre el inmueble que sea de menor valor, salvo en el supuesto de que se hubiera registrado a tal fin otro inmueble en el Registro de bienes inmuebles en la forma prescrita en el artículo 70 del CC (art. 5).

El artículo 1, párrafo único, también extiende el ámbito protector de la norma al suelo sobre el cual se asienta la construcción, las plantaciones, las mejoras de cualquier naturaleza y todos los equipamientos, inclusive los de uso profesional, o bienes muebles que se hallen en la casa.

Finalmente, el artículo 3 de la Ley número 8009/1990 establece el “principio general de inembargabilidad” y las “excepciones” que le son aplicables. Se trata, pues, de una inembargabilidad que es de carácter relativo.

El régimen jurídico de la inembargabilidad y sus excepciones se halla regulado como sigue:

“Art. 3.º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária (43), trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias (44);

(43) Este supuesto se refiere a las cuotas de la Seguridad Social.

(44) Cfr. nota anterior.

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

Según se analiza en el apartado siguiente, la excepción prevista en el apartado VII fue añadida por la Ley número 8.245, de 1991, y se trata de un supuesto especialmente polémico. En general, las excepciones al embargo previstas en esta norma se basan en consideraciones de naturaleza social, económica o penal.

En relación con el apartado I, la excepción alcanza a las deudas consistentes en créditos y cargas sociales de los trabajadores que prestan sus servicios en la residencia familiar. En este concepto se incluyen los créditos y cargas del personal al servicio del hogar y los créditos procedentes de trabajos realizados por albañiles, electricistas y oficios análogos.

En el segundo grupo se incluyen las deudas de naturaleza económica, causales o de carácter público: deudas por impuestos o contribuciones de naturaleza territorial, sobre los que se suelen prever ciertas bonificaciones. Estas deudas se consideran directamente vinculadas al bien (45); créditos procedentes del régimen de propiedad horizontal; deudas derivadas de la constitución de la hipoteca constituida por los cónyuges o la entidad familiar, y las deudas originadas para la adquisición o construcción del inmueble, hasta el límite de los créditos o incremento de valor que se haya producido. El fundamento de estas excepciones es totalmente lógico, pues en este régimen el titular del bien puede realizar actos de disposición y gravamen sobre el mismo y de preverse una solución contraria se haría muy complicado el acceso al crédito y, por otra parte, se produciría un enriquecimiento injusto del titular del bien.

Por último, el bien de familia también quedará excluido del embargo cuando así se disponga en sanciones establecidas al amparo de la legisla-

(45) Con todo, en la doctrina se ha defendido la inconstitucionalidad del embargo del bien de familia por deudas fiscales (E. CASTILLO CHIARINI *jr.*, 2005).

ción penal. Este supuesto se producirá cuando el inmueble se haya adquirido incurriendo en un delito o se trate de una sentencia penal de condena al resarcimiento, indemnización o pérdida del bien.

6. La excepción de inembargabilidad de la vivienda familiar en el supuesto de fianzas de contratos de arrendamiento

Como se ha señalado, entre las excepciones a la inembargabilidad expresamente recogidas en el artículo 3 de la Ley 8009, de 29 de marzo de 1990, el apartado VII se refiere a los supuestos de deudas por obligaciones procedentes de fianzas constituidas en garantía de contratos de arrendamiento.

La excepción prevista en este apartado VII es una de las más controvertidas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los tribunales, ya que mientras un sector de la doctrina entiende que la misma es conforme con el marco constitucional, otro sector sostiene la tesis contraria.

Según el artículo 818 del CCB., la fianza consiste en un contrato por el cual *“uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”*. En relación con los contratos de arrendamiento, la necesidad de aportar un fiador que garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas se produce con asaz frecuencia en dicho país, pues ante la carestía de la vivienda, con ello se facilita el arrendamiento de viviendas a personas de escasos recursos.

La inclusión o no de las deudas procedentes de afianzamientos en el ámbito protector del *bem de família* puede conllevar, en caso afirmativo, que se rechace a aquellos fiadores que sólo posean un bien inmueble que esté destinado a constituir su residencia habitual, ya que en tal caso, en muchos supuestos, la garantía patrimonial alternativa a dicho bien puede ser prácticamente inexistente. Esta circunstancia limita el ámbito subjetivo de los posibles fiadores a quienes puedan aportar otro tipo de garantías o posean algún otro inmueble de naturaleza no residencial, lo que puede repercutir negativamente en el mercado de alquiler de viviendas.

Por otra parte, esta problemática se agudizó especialmente como consecuencia de la nueva redacción del artículo 6.º de la Constitución brasileña (enmienda constitucional núm. 26, de 2000), que transformó “la morada” en un “derecho social” (46).

(46) “Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” En cursiva el texto añadido a la redacción existente antes de la enmienda constitucional.

Doctrinalmente, los argumentos en favor y en contra de dicha posibilidad se basan en las siguientes consideraciones (47):

a) Tesis favorable a la constitucionalidad de la excepción

En defensa de la constitucionalidad del embargo del bien de familia por deudas procedentes de afianzamientos de contratos de arrendamiento, la doctrina de los tribunales se apoya en el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. Como sea que el locatario y el fiador no se hallan en la misma posición jurídica, en este supuesto debe entenderse que no procede la aplicación del principio de isonomía constitucional.

Por otra parte, tampoco se tenía en cuenta la aplicación de la doctrina contenida en la enmienda constitucional sobre protección de la morada, al ser ésta una cuestión que sólo podía dilucidarse por medio de un recurso extraordinario.

Finalmente, en el recuso extraordinario (RE 407688), por mayoría de votos, el Supremo Tribunal Federal, en sesión plenaria de 8 de febrero de 2006, aceptando la posición favorable del ministro-relator César Peluso, acordó admitir el embargo del bien de familia del fiador, lo que significaba que la norma cuestionada debía considerarse conforme con la Constitución.

Los argumentos utilizados a tal fin se basaron en que la Ley número 8009 de 1990 era clara al respecto y porque el ciudadano tiene libertad para decidir si debe o no afianzar un contrato de arrendamiento y, en caso de hacerlo, debe afrontar los riesgos inherentes a su condición jurídica de fiador (48).

El relator del recurso ponía de relieve que la excepción prevista en dicha norma no es contraria al artículo 6.º de la Constitución, sino que a través de la misma se facilita el acceso a viviendas en régimen de arrendamiento, con lo que se contribuye al derecho a la morada y se evita que el locatario se vea precisado a recurrir a garantías más onerosas, como sucedería si se le exigieran avales bancarios (49). Por otra parte, de mantenerse la inconstitucionalidad de la norma, también cabría situar en el mismo plano las demás hipótesis previstas en los restantes apartados del artículo 3.º de la Ley 8009/1990.

Asimismo, desde una perspectiva político-constitucional, también se ha

(47) E. PEREIRA DA ROCHA, 2003, ep. 2 y ss.

(48) A. CAMBI, 2007.

(49) En la doctrina se señala que, de mantenerse a rajatabla este principio, los padres no podrían convertirse en fiadores de un contrato de arrendamiento de una vivienda en favor de su propio hijo.

señalado que análogamente a lo que sucede, entre otros, en los derechos a la educación, la salud, el trabajo o la seguridad social, el derecho a la morada es una norma de naturaleza programática que solamente debe inspirar la acción de los poderes públicos. Por ello, ante la existencia de un importante déficit de viviendas, lo que debe facilitarse es el derecho a vivir bajo un techo mediante políticas que no sólo se limiten a ofrecer ayudas para la construcción y adquisición de viviendas sociales, sino que también debe promocionarse la obtención de ayudas financieras para la construcción de inmuebles destinados a ser arrendados, así como facilitar el arrendamiento de las viviendas sociales (50).

b) Tesis contraria a la constitucionalidad de la excepción

La falta de unanimidad entre los magistrados que analizaron esta cuestión ha conllevado que se sigan manteniendo las posturas doctrinales que abogan por la inconstitucionalidad de dicha excepción.

Los argumentos utilizados para justificar esta solución se basan en los principios constitucionales de protección de la dignidad humana (art. 1, III), de solidaridad social (art. 3.º, I) y de isonomía constitucional (art. 5.º), así como en el más reciente de derecho social a la morada (art. 6.º), que es de fecha posterior a la norma cuestionada (tríada: “*dignidade-solidariedade-igualdade*”).

Para los defensores de la tesis de la inconstitucionalidad, estos principios deben inspirar el entendimiento del Derecho Civil y también debe tenerse presente la finalidad social de determinada clase de contratos que tienen que ver con la función social de la propiedad. Esto no significa que se elimine el principio de autonomía contractual, pero sus naturales límites deben atenuarse o reducirse cuando se hallen presentes intereses metaindividuales o intereses individuales que afecten a la dignidad de la persona humana (51).

Dichos principios se verían violados si se concede al crédito del arrendador una excesiva preeminencia social y jurídica, favoreciendo en exceso a un segmento económico específico hasta el punto de primar la violación del principio de dignidad de la persona y desconocer el derecho a la vivienda para la familia del fiador.

La lesión del principio de isonomía o igualdad constitucional se produciría como consecuencia de que el contrato de fianza, que es accesorio a un contrato principal, comportaría más obligaciones o cargas que el contrato principal de arrendamiento, lo que conllevaría un tratamiento des-

(50) G. BEIRE SIMÕES, 2005, pp. 2 y ss.

(51) F. TARTUCE, 2005 b, p. 3.

igual entre el arrendatario y el fiador, al permitirse el embargo del único inmueble constitutivo de la residencia de este último.

En este sentido se pronunciaba determinada jurisprudencia minoritaria. Como señala la Cámara Civil del Tribunal de Justicia de Paraná, “*o artigo 3.º da Lei do Inquilinato afronta a isonomia constitucional prevista no caput do artigo 5.º da Constituição Federal, padecendo, pois, de vício de inconstitucionalidade material, o que autoriza seja deesconstituída a penhora levada a cabo no processo executivo*” (52).

Por otra parte, en el citado recurso extraordinario, el ministro Carlos Velloso, que fue uno de los ponentes de la resolución, también se había pronunciado en sentido favorable a la inconstitucionalidad del apartado VII, al señalar que el derecho a la morada era un derecho fundamental de segunda generación, derecho social “*que dever ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição*”, lo que debía constituir argumento suficiente para fundamentar el derecho de inembargabilidad de la vivienda familiar.

Según dicho ponente, el añadido a la Ley de 1990: “*feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: «ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio», ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamenta, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo [...], não foi recebido pela EC 26, de 2000*”.

7. Requisitos para la constitución del régimen del “bem de família” según el Nuevo Código Civil de 2002

La exigua regulación establecida en el Código Civil de 1916, la experiencia en la aplicación de esta normativa y las modificaciones legales y constitucionales posteriores han conllevado que el legislador brasileño procediera a la actualización y mejora de esta regulación con ocasión de la promulgación del Nuevo Código Civil de 2002.

Según se ha examinado anteriormente, en la regulación primitiva del bien de familia la doctrina había cuestionado que la ubicación de esta institución estuviera prevista en la parte genérica y no específica del Código Civil. Esta objeción ha sido subsanada en el texto del Nuevo Código Civil, pues los artículos 1.711 al 1.722, ambos inclusive, que actualmente son los que regulan esta institución, se hallan ubicados en el libro IV, referente al “Derecho de Familia”; título II, “Derecho Patrimonial”; subtítulo IV, “Del bien de familia”.

(52) Sentencia citada por E. PEREIRA DA ROCHA, 2003, ep. 3.

De acuerdo con esta nueva regulación, los elementos personales, reales y formales referentes a la constitución voluntaria del “*bem de família*” son los siguientes:

a) *Elementos personales*

Según el artículo 1.711 CC: “*Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.*

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada”.

Según se ha indicado, a diferencia del Código Civil anterior que se refería al “jefe de familia”, y en aplicación del principio de igualdad constitucional, el nuevo texto supera el “sistema patriarcal” y permite que el bien de familia pueda constituirse por los cónyuges o los convivientes que residan en el mismo inmueble (53) o el separado judicialmente sin distinción de sexo. Los cónyuges en régimen de separación de bienes sólo pueden constituir un bien de familia. El bien no puede constituirse en inmuebles en régimen de comunidad de bienes hasta que se produzca la extinción del condominio, pues en caso contrario la constitución iría en beneficio de una familia con detrimento de la otra parte (54).

Otra novedad que se deriva del nuevo texto legal es que la constitución también puede llevarse a cabo por un tercero por vía de donación o testamento, siendo requisito esencial en este caso que el bien sea residencial y que el negocio constitutivo sea aceptado expresamente por los beneficiarios, debiendo respetarse al régimen jurídico propio de la institución. En este supuesto puede pactarse que el bien donado vuelva al patrimonio del donante si éste sobrevive al donatario, admitiéndose esta posibilidad en el supuesto de extinción natural del instituto (55).

Respecto al denominado régimen legal del bien de familia regulado en la Ley de 1990, el artículo 1.711 CC reconoce expresamente su vigen-

(53) El supuesto comprende los casos de reconocimiento judicial de la unión estable, pacto de convivencia, existencia de hijos que sean fruto de la unión, aunque en la realidad su reconocimiento práctico puede conllevar cierta problemática. Fuera de estos supuestos, en especial las uniones de personas de un mismo sexo, su admisibilidad es más dudosa por considerarse que no se trata de entidades familiares (M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004 a).

(54) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 9.

(55) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 8.

cia, ya que se remite al mantenimiento de “las reglas sobre la inembargabilidad establecidas por ley especial”.

— *Cláusula de solvencia*

El constituyente debe ser solvente, de modo que con ello no se perjudiquen los intereses de los acreedores con deudas anteriores a la fecha de constitución del bien de familia. El bien de familia no está sujeto a ejecución por deudas posteriores a su constitución, salvo las que procedan de tributos referentes al predio o a gastos comunitarios (art. 1.715 CC).

La doctrina mayoritaria entiende que no constituye obstáculo la constitución del bien de familia sobre un inmueble gravado con hipoteca, pues su ejecución sólo se producirá en el caso de que el débito no sea satisfecho a su vencimiento.

La constitución del bien de familia por medio de testamento se halla condicionada a la apertura del testamento y, en el supuesto de que el pasivo de la herencia sea superior al activo, no podrá construirse dicho régimen. La constitución no puede afectar a los intereses de los legitimarios, pues éstos tienen derecho a recibir su porción libre de gravámenes y condiciones aun contra la voluntad del testador (56).

b) *Elemento real. Bienes y límite de valor*

— *Ámbito objetivo*

En el Código Civil de 1916, el artículo 70 sólo se refería al acto de destinación por los jefes de familia de un “predio”, destinado al domicilio de ésta, sin especificar si debía ser urbano o rústico. El “*Decreto Lei N.º 3200, de 19 de abril de 1941*”, ya se refería a esta distinción al señalar que la constitución del bien de familia podía referirse a predios “*urbanos e rurais*”. Por otra parte, tampoco existía una referencia explícita sobre el valor del bien de familia. Todas estas cuestiones se fueron desarrollando mediante leyes posteriores y el Nuevo Código Civil también se refiere a ellas.

El codificador de 1916 tampoco exigía explícitamente que el constituyente fuera propietario del bien, aunque esta exigencia cabía deducirla del contexto legal. La regulación actual se refiere a esta cuestión de forma expresa al prever el artículo 1.711 CC que debe tratarse de un patrimonio propio del disponente. Aunque no existe unanimidad al respecto, la doctrina entiende que el bien de familia puede constituirse en inmuebles

(56) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 11.

que estén hipotecados. En este caso existirá una deuda anterior con garantía hipotecaria y, en el supuesto de no cumplirse con el requisito de solvencia, procedería la ejecución del bien.

La doctrina mayoritaria entiende que el bien debe constituir el domicilio único y permanente de la familia, quedando excluidas de su ámbito las segundas residencias. No es obstáculo para cumplir con dicho requisito el hecho de que los integrantes de la familia se desplacen por motivos de trabajo o estudios a otras residencias con tal que estas situaciones sean transitorias. Quedan fuera del alcance de la norma las viviendas sitas en el extranjero o los inmuebles improductivos o destinados al arrendamiento y los terrenos no edificados. Sin embargo, en la doctrina se ha defendido que sería admisible el supuesto por el cual una familia destina a arrendamiento un inmueble residencial y dispone del producto de este inmueble para vivir en otro de calidad inferior, pudiendo regresar al primero en un momento posterior; este supuesto ha sido admitido en sede jurisdiccional al considerarse que el bien primitivo no pierde su destinación mediata y continúa siendo la garantía de la morada familiar (57).

También cabe recordar que la delimitación del ámbito objetivo del bien de familia recibió mayor precisión por medio de la Ley número 8009 de 1990, que estableció que quedaban excluidos del embargo el inmueble sobre el cual se asienta la construcción, las plantaciones, las mejoras de cualquier naturaleza y todos los equipamientos, inclusive los de uso profesional, o muebles que se hallaran en la casa, con exclusión de los vehículos de transporte, obras de arte y los adornos suntuarios. La extensión a las plantaciones se halla justificada por el mandato constitucional y con ello se pretende garantizar la subsistencia de los campesinos propietarios de pequeñas explotaciones agrarias.

En el nuevo Código Civil se mantiene la doctrina anterior y como novedad legislativa se ha ampliado el ámbito objetivo de los bienes que pueden integrar el régimen del bien de familia incluyendo a los “valores mobiliarios” (arts. 1.713 y 1.723, primer párr. CC). Esta solución es análoga a la prevista en el régimen del “*fondo patrimoniale*” italiano (58).

(57) S. BUSSO, 2002, p. 6; M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 9; R. ARCOVERDE CREDLE, 2004, p. 2.

(58) “Art. 167 Codice Civile. Costituzione del fondo patrimoniale.

Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia.

La costituzione del fondo patrimoniale per atto tra vivi, effettuata dal terzo, si perfeziona con l'accettazione dei coniugi. L'accettazione può essere fatta con atto pubblico posteriore.

La costituzione può essere fatta anche durante il matrimonio.

I titoli di credito devono essere vincolati rendendoli nominativi con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo.”

“Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.”

“Art. 1.713. Os valores mobiliários, destinados aos fins previstos no artigo antecedente, não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição.

...”.

Los valores mobiliarios deberán estar debidamente individualizados en el instrumento de institución del bien de familia (59). El rendimiento de estos valores deberá aplicarse a la conservación del inmueble o al sustento de la familia. Tratándose de valores nominativos, su afectación deberá constar en los respectivos libros-registros de valores. El constituyente podrá disponer que la administración de los valores mobiliarios sea confiada a una institución financiera y regular la forma de pago de los rendimientos a los beneficiarios y la responsabilidad de los administradores se regulará por las reglas del contrato de depósito (arts. 1.712-1.713, aparts. 1 a 3 CC).

El predio y los valores mobiliarios no podrán tener un destino distinto que el previsto en el artículo (1.711 CC) y, en caso de incumplimiento, serán enajenados sin el consentimiento de los interesados y sus representantes legales, oído el Ministerio Público (art. 1.717 CC).

— Límite de valor en la constitución del bien

Respecto al “límite de valor” a efectos de la exclusión de embargo de estos bienes, en el régimen del Código Civil de 1916 no existía ningún límite y el disponente gozaba de plena libertad para elegir el inmueble de mayor valor. Esta solución dejaba campo abierto a la autonomía de la voluntad, al entender el legislador que quien estaba en mejores condiciones para valorar las consecuencias de su acto dispositivo y decidir con el adecuado equilibrio de intereses era el propio disponente, pues si el disponente elegía un bien de valor elevado, ello le supondría la consiguiente reducción de su capacidad crediticia en el mercado.

Posteriormente, el D-L número 3200, de 19 de abril de 1941, estableció que la constitución del bien de familia no era posible para inmuebles con valor superior a 100 CR\$. La Ley número 2524/55 estableció un valor máximo de 1.000 CR\$. Como consecuencia de la inflación este valor tuvo

(59) Según W. DE PAULA jr. (2001, p. 8), y por remisión al artículo 83 del Nuevo CC, en el concepto de valores mobiliarios cabrá incluir las energías que tengan valor económico, los derechos reales sobre bienes muebles y los derechos personales de carácter patrimonial.

que revisarse y por Ley número 5653/71 quedó fijado en 500 salarios mínimos. En la Ley número 6.742, de 5 de diciembre de 1979, que modificó el artículo 19, del D-L número 3200, de 19 de abril de 1941, no se estableció límite de valor, pues según disponía la norma: “*No existe límite de valor para el bien de familia a partir del momento en que sea residencia de los interesados por más de dos años*”. Por último, la Ley número 8009, de 1990, mantuvo la vigencia de esta solución legal y centró el énfasis en la publicidad de la constitución del régimen con el fin de impedir el desconocimiento de la existencia del régimen por parte de terceros.

En el Proyecto de ley del Nuevo Código Civil se preveía la constitución del bien de familia solamente a favor de los cónyuges y se fijaba un límite de valor equivalente a mil veces el salario mínimo, pero en la tramitación parlamentaria de la norma se amplió la constitución a favor de las entidades familiares y se suprimió esta clase de limitación de valor (60), estableciéndose un sistema distinto, pues actualmente el valor del bien de familia está limitado a un tercio del patrimonio líquido existente en el momento de su constitución (*cfr.* el citado art. 1.711 CC).

Una parte de la doctrina ha cuestionado este sistema, al considerar que este sistema favorece a aquellas familias que gozan de cierta capacidad económica, con lo cual cabe entender que con ello se superan las finalidades propias de este régimen de protección que inicialmente estaba previsto para la protección de la morada de familias de modesta capacidad económica. Sin embargo, en este punto hay que tener presente que la solución adoptada responde a la libertad de configuración del legislador acerca de los distintos sistemas de protección patrimonial o familiar, de los cuales existen abundantes ejemplos en el derecho comparado, algunos de ellos mucho más permisivos y sin límite alguno de valor, mientras que en el presente supuesto se reconoce esta posibilidad con carácter general para todas las familias y se ha previsto determinada limitación de valor respecto al total patrimonio del constituyente.

Por otra parte, la protección del bien de familia no queda impedida en los demás supuestos, pues se halla plenamente vigente la opción universal de acogerse al régimen legal de protección de la vivienda única familiar, según lo previsto en el régimen legal regulado en la Ley de 1990.

c) Elemento formal

A diferencia del régimen legal, en que se considera que el constituyente del régimen es el propio Estado y no es exigible formalidad especial

(60) *Cfr.* <http://www.mundonotarial.org/bem.html>, Bem de família; S. Busso, 2002, p. 3.

alguna ni acto de registro, la constitución voluntaria del bien de familia es un acto solemne que debe formalizarse por los cónyuges en escritura pública o por tercero por medio de testamento o donación, e inscribirse en el Registro público de inmuebles (art. 1.714 CC). El bien de familia se integra en el patrimonio común de sus titulares, pues carece de personalidad jurídica.

La publicación de la constitución del régimen tiene por finalidad facilitar el conocimiento del negocio constitutivo por parte de terceros y especialmente a los acreedores del constituyente. La existencia de créditos anteriores a la fecha de la constitución del régimen no incide en la eficacia del acto, pero el acto podrá atacarse si el deudor no atiende a la satisfacción de dichos créditos.

Según la Ley número 6015, de 31 de diciembre de 1973 (arts. 260 al 265), el constituyente del bien de familia debe presentar la escritura pública en el registro público a efectos de su inscripción en la hoja registral de la finca, el cual procederá a su publicación en la prensa local o, en su defecto, en la de la capital del Estado o del Distrito. El oficial público encargado del registro carece de competencia para cuestionar si concurren los requisitos personales precisos para la constitución del régimen del bien de familia, debiendo remitirse a los datos que a tal fin consten en la escritura pública y a la correspondiente calificación y control de legalidad notarial efectuada en la misma.

En el edicto constarán un resumen de la escritura y la situación y características de la finca, y se intimará a quien pueda considerarse perjudicado para que en el plazo de treinta días, contados a partir de la fecha de su publicación, se oponga a la constitución del régimen (61).

Transcurrido dicho plazo sin haberse presentado ninguna oposición, el encargado del registro procederá a la inscripción literal de la escritura y devolverá el título constitutivo con la diligencia de inscripción.

Si se hubiera presentado alguna reclamación, se comunicará la suspensión de la inscripción en el registro, cancelándose la anotación provisional practicada.

En este caso, el constituyente podrá solicitar a la autoridad judicial que ordene la inscripción. Si el juez resuelve que procede la inscripción, se reconocerá al reclamante el derecho de instar la anulación de la institución o de actuar ejecutivamente contra la finca, siempre que se trate de una deuda anterior y su ejecución no fuera posible en virtud del acto de institución. La resolución judicial será firme y se inscribirá íntegramente junto con la escritura.

La norma también prevé que cuando el bien de familia se constituya

(61) S. Busso, 2002, pp. 21-22.

juntamente com a transmissão de la propriedade, la inscripción podrá hacerse conjuntamente con el registro de la transmisión o, en su caso, con su matriculación.

d) Modelo de escritura pública para la constitución del “bem de família”

“ESCRITURA DE INSTITUIÇÃO DO “BEM DE FAMÍLIA” (62)

Outorgantes: _____ e s/ MULHER.-

Valor Instituição: R\$ _____.-

Valor Venal: R\$ _____.-

S A I B A M quantos esta pública escritura virem que aos ... (___) dias do mês ____ do ano 2004 (dois mil e quatro), nesta Cidade de ___, Estado de ___, neste Tabelionato de Notas, situado na Rua _____, perante mim Tabelião, compareceram como **outorgantes instituidores**: _____, prof, portador da cédula de identidade RG nº ... SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob nº ..., e sua mulher _____, _____, portadora da cédula de identidade RG nº ... SSP/SP, inscrita no CPF/MF sob nº ..., brasileiros, domiciliados nesta Capital, onde residem na Rua nº ___, CEP ____; os presentes identificados por mim Tabelião, consoante os documentos de identidade apresentados, dou fé.

E pelos outorgantes me foi dito que:

I- São titulares do domínio e possuidores do imóvel onde residem, que é constituído pelo _____, localizado no ____º andar do “Edifício”, na RUA _____ nº ____ (.....), no ____º subdistrito -, do município, comarca e ...ª Circunscrição Imobiliária de _____, Estado de _____, com ____m. Dito imóvel encontra-se cadastrado pela PMSP - Prefeitura do Município de _____, pelo contribuinte nº ____ (CEP ____), com o valor venal de R\$ _____, para o corrente exercício; e foi havido pelos outorgantes por força do R.O. (registro ...), da Matrícula nº ... (....), do ...º Registro de Imóveis de _____, nos termos da escritura lavrada nas fls. ____ do livro nº ___, do ...º Tabelião de _____, em ____ de ____ de 19__.

II- Residem no imóvel anteriormente descrito, desde o ano 19__ (um mil novecentos e ____) e que não têm dívidas ativas ou passivas, de qualquer espécie, anteriores ao ato desta instituição, para ser saldada.

III- São casados pelo regime da comunhão _____ universal de bens, anteriormente à vigência da Lei Federal nº 6.515/1977, havendo desse con-

(62) <http://www.mundonotarial.org/bem-2html>. Cfr., asimismo, S. Busso, 2002, pp. 20-21.

sórcio os seguintes filhos: _____, brasileiro, nascido nesta Capital, aos ... (...) dias do mês de, do ano 19... (um mil novecentos e) e _____, brasileiro, nascido nesta Capital, aos ... (...) dias do mês de, do ano 19... (um mil novecentos e); — ambos residentes com seus pais.

IV- Pela presente escritura, melhor forma de direito, querem **INSTI-TUIR** nesse imóvel, o **BEM DE FAMÍLIA**, como efetivamente instituindo estão, de acordo com o Artigo 1.711 e seguintes do CC - Código Civil e demais regras estabelecidas em lei especial, a fim de ficar esse imóvel destinado a domicílio e residência permanente sua e de seus filhos (____ ou de pessoas de sua família ____), enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade, e isento de execução por dívidas posteriores à presente instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao imóvel, ou de ____ despesas de condomínio.

V- Não há motivos que possam prejudicar a presente instituição, obrigando-se, os outorgantes, desde já, a fazer a competente publicação pela Imprensa Oficial do Estado, para conhecimento de terceiros, considerando a presente escritura boa, firme e valiosa, na forma da lei.

VI- Têm pleno conhecimento que: a-) esta instituição é para domicílio (e moradia) da entidade familiar, abrangendo não somente o imóvel mas também suas pertencas e acessórios; e o bem não poderá ter destino diferente, ou ser alienado, sem o consentimento expresso dos interessados e dos seus representantes legais; b-) o cancelamento do Bem de Família dependerá de ordenamento judicial, conforme prevê o Artigo 21 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941; c-) comprovada a impossibilidade da manutenção do Bem de Família nas condições em que está sendo instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação do (s) bem (ns) que o (s) constitui (em) em outros, ouvidos os instituidores e o Ministério Público, nos termos do Artigo 1.719 do CC.

VII- Atribuem à presente instituição, para efeitos fiscais, o valor de R\$ _____ (_____ MIL REAIS) e declaram que esse valor é inferior a um terço do patrimônio líquido do seu casal.

VIII- Os outorgantes, assumindo a responsabilidade civil e penal, declaram mais: a-) que não estão obrigados à apresentação da Certidão Negativa de Débitos, do Instituto Nacional do Seguro Social, por não serem empregadores, nem produtores rurais que contem com empregados ou que contratem serviço de mão-de-obra ou que comercializem sua produção, e não serem responsáveis por recolhimento de contribuições à Previdência

Social; b-) que o __ imóvel __ objeto desta encontra-se livre e desembaraçado de quaisquer dúvidas, dívidas, impostos, taxas ou ônus de quaisquer natureza, mesmo por hipotecas legais, convencionais, ou outros encargos; C- para os fins da Lei Federal nº 7.433, de 18/12/1985, regulamentada pelo Decreto nº 93.240, de 09/09/1986, publicado no Diário Oficial da União, em 10/09/1986, que não tramitam, em todo o território nacional e até a presente data, ações reais e pessoais reipersecutórias relativas a esse (s) bem (ns) ou outros ônus reais incidentes sobre o (s) mesmo (s); apresentando a (s) certidão (ões) de propriedade expedida (s) pelo Registro de Imóveis competente, em __ de ____ do corrente, que ficará (ão) arquivada (s) nestas notas, na pasta nº CP-_/04, fls. ____; c-) que não __ têm participações em nenhuma sociedade, seja mercantil, civil, religiosa, pia, moral, científica ou literária; d-) __ nos termos do § 2º do Artigo 2º da referida Lei nº 7.433/1985, que estão __ quites __ com suas obrigações condominiais.

IX- Finalmente e desde já, nos termos do Artigo 246 da Lei nº 6.015/1973, requerem e autorizam o Senhor Oficial do Registro de Imóveis competente a tomar todas as providências necessárias ao registro desta, comprometendo-se, também, a apresentar, juntamente com o traslado desta, todas as certidões pessoais e fiscais relativas ao imóvel em tela, ... inclusive a ____ declaração de quitação condominial, assinada pelo síndico do “Condomínio Edifício", com sua firma reconhecida, e uma fotocópia autenticada da ata da assembléia que o elegeu. Assim o disseram, dou fé, pediram-me e lhes lavrei este instrumento que, feito e lido em voz alta, foi achado conforme, aceitaram, outorgam e assinam.”

8. Régimen jurídico de los actos de administración y disposición del bien de familia

a) Actos de administración y disposición

Salvo disposición en contrario en el acto de constitución, y en virtud del principio de igualdad entre cónyuges, la administración del bien de familia corresponde a ambos cónyuges, resolviendo el juez en caso de desacuerdo (art. 1.720 CC).

En caso de fallecimiento de ambos cónyuges, la administración se atribuirá al hijo mayor edad que tenga más edad y, en su defecto, a su tutor (art. 1.720.II CC).

El constituyente podrá disponer que la administración de los valores mobiliarios sea confiada a una institución financiera y regular la forma de pago de los rendimientos a sus beneficiarios. En este supuesto, la respon-

sabilidad de los administradores se regulará por las reglas referentes al contrato de depósito (art. 1.713-3.º CC).

Según el artículo 1.717: *“O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.”*

Finalmente, el artículo 1.718 CC dispone que, en caso de liquidación de la entidad administradora de los valores, el juez ordenará la transferencia de estos valores a otra institución análoga y, en caso de que la misma se halle incurso en situación concursal, procederá el derecho de reintegro de dichos valores.

La no enajenabilidad del bien de familia debe considerarse de carácter relativo y no absoluto, pues su enajenación será posible cuando exista el consentimiento de los interesados o de sus representantes legales, con citación del instituyente y del Ministerio Público.

b) Subrogación real

Cuando se pruebe la imposibilidad de mantenimiento del bien de familia en las condiciones en que fue constituido, oídos el constituyente y el Ministerio Público, el juez podrá autorizar a solicitud de los interesados la extinción del régimen del bien de familia o bien la subrogación de los bienes que lo constituyen en otros (art. 1.719 CC).

En el supuesto de ejecución por deudas propias al bien de familia, el saldo existente será aplicado a otra finca, como bien de familia o a títulos de Deuda Pública, en cuyo caso los rendimientos que se obtengan deberán destinarse al sustento familiar, salvo que a criterio del juez y apreciadas las circunstancias del caso fuera aconsejable otra solución (art. 1.715 CC). Esta situación se mantendrá mientras viva uno de los dos cónyuges o, a falta de éstos, hasta que los hijos sean mayores de edad (art. 1.716 CC).

c) Extinción

La duración del régimen del bien de familia es indeterminada. El régimen jurídico del bien mantiene su vigencia mientras vivan cualquiera de ambos cónyuges o convivientes o, a falta de éstos, hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad. No constituye causa de extinción la separación judicial, el divorcio o la muerte de uno de los cónyuges.

Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá solicitar la extinción del bien de familia si fuera el único bien de los cónyuges o convivientes (art. 1.721 CC). El bien de familia se extingue con la muerte de ambos cónyuges y cuando los hijos sean

mayores de edad o éstos dejen de estar sometidos a curatela (art. 1.722 CC). En materia sucesoria son aplicables las normas señaladas al estudiar la institución en relación con el anterior Código Civil.

La extinción por mandato judicial podrá decretarse cuando exista un motivo relevante que evidencie el incumplimiento de las finalidades exigidas en relación con el régimen legal del bien de familia, sea imposible la conservación o mantenimiento del bien de familia por falta de recursos económicos para ello o por causa de deterioro que lo haga no idóneo como residencia familiar, siendo posible decretar la subrogación del beneficio en otro inmueble siempre que se cumpla con el requisito de residencia.

9. El régimen de la inembargabilidad del bien de familia

El bien de familia es inembargable y no responderá de cualquier clase de deuda civil, comercial, fiscal, social o de cualquier otra naturaleza, que haya sido contraída por los cónyuges o por los padres o hijos que sean sus propietarios y residan en ellos, salvo en los supuestos previstos en la Ley.

Esta materia aparece regulada en el artículo 1.715 CC, que dispone lo siguiente:

“Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.”

De su contenido se desprende lo siguiente:

La norma respeta completamente los derechos de los acreedores anteriores al momento de constitución del régimen del bien de familia.

Los acreedores posteriores tampoco quedan perjudicados en sus derechos, pues a pesar de que la regulación voluntaria del régimen del bien de familia ofrece una protección más amplia que la prevista en el régimen legal según Ley 8009/90, este tratamiento más favorable se justifica por la limitación existente para poder acogerse a esta clase de regulación, ya que, en el presente caso, el valor del bien no puede superar la tercera parte del valor del patrimonio líquido existente en el momento de su constitución, con lo cual, en dicho momento, los acreedores de todas clases gozan de un amplio remanente de garantía patrimonial.

La inembargabilidad no es total, sino relativa, ya que la protección contra el embargo no es aplicable a las deudas tributarias de la propia finca ni a los gastos comunitarios cuando el bien forme parte de un régimen de propiedad horizontal o tumbada.

En el supuesto de procederse a la ejecución del bien como consecuencia de estas deudas, la norma prevé tres posibles soluciones: a) proceder a la subrogación real del sobrante en otro bien de familia, con lo cual, con tal que se cumplan los requisitos legales exigidos en este ámbito, el régimen del bien de familia se mantendrá vigente en el inmueble subrogado; b) aplicar el sobrante a la adquisición de títulos de Deuda Pública, destinando los rendimientos financieros que se obtengan al sustento de la familia. A diferencia de la solución precedente, en el presente caso, la subrogación real se produce en bienes que son de naturaleza mueble; c) por último, la norma deja abierta cualquier otra solución siempre que haya sido autorizada judicialmente.

10. Epílogo

En el derecho brasileño coexisten dos regulaciones del bien de familia: la regulación de origen legal, que es de alcance general y se ampara en el texto constitucional, y la regulación de derecho voluntario, que constituye una modalización más elaborada de dicho régimen, que actualmente se halla regulado en el Nuevo Código Civil de 2002.

El bien de familia es una institución de protección patrimonial familiar que en las condiciones fijadas por su correspondiente régimen legal y, salvo por lo que se refiere a determinadas clases de créditos, protege del embargo el inmueble rústico o urbano que constituye el hogar y morada familiar y, en su caso, sus rendimientos deben destinarse al sustento de la familia. En el supuesto de constitución voluntaria, dicha protección también se extiende limitadamente a determinados bienes patrimoniales afectos a dicho régimen.

El bien jurídico protegido es la familia, el derecho a la morada y al sustento y la protección de la dignidad de las personas adscritas a la familia o grupo familiar. En todo caso, y salvo la matización antes efectuada, sólo es posible acceder a los beneficios que ofrece esta legislación en el supuesto de gozar de una vivienda, rural o urbana, destinada a residencia efectiva de la familia.

En la doctrina más progresista se defiende la extensión del régimen protector a la morada o residencia de la persona con abstracción de que se halle integrada o no en un grupo familiar.

Al preguntarse sobre la utilidad o efectos de este régimen protector,

la doctrina señala que esta institución carece de los efectos milagrosos que se esperaban con su implantación, pero esto no significa que no ofrezca ningún amparo a la familia, sino que se trata de una institución destinada a la protección de la familia, de aquí que se concluya que esta consideración constituye un argumento suficiente para pronunciarse en favor de su reconocimiento legal (63).

En suma, mediante esta clase de regulaciones, el legislador ofrece protección patrimonial a las familias y con ello contribuye a la satisfacción y realización de las necesidades primarias o básicas de alimento, sustento y cobijo, que son esenciales e indispensables en todo grupo humano.

11. Apéndice legislativo

Para facilitar una visión de conjunto de la nueva regulación del bien de familia en el Nuevo Código Civil de Brasil, a continuación se reproducen los artículos 1.711 al 1.722 que se refieren a esta institución.

Código Civil de 2002: Subtítulo IV - Do Bem de Família

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Art. 1.713. Os valores mobiliários, destinados aos fins previstos no artigo antecedente, não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição.

§ 1o Deverão os valores mobiliários ser devidamente individualizados no instrumento de instituição do bem de família.

§ 2o Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família deverá constar dos respectivos livros de registro.

(63) M. RIBEIRO SANTIAGO, 2004, p. 18, en concordancia con Clóvis Beviláqua.

§ 3o O instituidor poderá determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários, caso em que a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito.

Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.

Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.

Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

Art. 1.716. A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

Art. 1.718. Qualquer forma de liquidação da entidade administradora, a que se refere o § 3o do art. 1.713, não atingirá os valores a ela confiados, ordenando o juiz a sua transferência para outra instituição semelhante, obedecendo-se, no caso de falência, ao disposto sobre pedido de restituição.

Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público.

Art. 1.720. Salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência.

Parágrafo único. Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor.

Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família.

Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.

Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

12. Referencias

- ARCOVERDE CREDLE, R.: 2005, *Definição e requisitos essenciais do Bem de Família*, en <http://noticiasforerenses.com.br/artigos/.../ricardo-arcoverde-190.ht>
- AZARA, A.: 1975, *Novissimo Digesto Italiano*, voz: Homestead, AAVV, tomo VIII, UTET, Turín.
- BEIRE, Simões: 2005, *Não é incostitucional a penhora do bem de família, por obrigação de fiança concedida em contrato de locação*, Jus Navigania, número 838, 19.10.2005; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7442>
- BUILLA, A. A.: s.f., *Enciclopedia Jurídica Española*, voz: Homestead, Seix, Barcelona.
- BUSO, S.: 2002, *Bem de família*, Jus Navigandi, T. año 7, número 60; <http://jus2.uol.com.br/doctrina/texto.asp?id=3443>
- CAMBI, A.: 2007, *Bem de família de fiador. Contrato de locação. Penhorabilidade permitida*, www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/ArtigoDesCambi.doc
- CARVALHO, F.: 2006, *Arguição de impenhorabilidade do bem de família em sede de embargos de terceiro*, OABSP, São Paulo, http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=60
- CASTILHO CHIARINI Jr., E.: 2005, *A penhorabilidade do Bem de Família para pagamento de tributos incidentes sobre o próprio imóvel e sua inconstitucionalidade decorrente da alteração do artigo 6.º da Constituição Federal por força da Emenda Constitucional n.º 26/2000*, descargado en 27 junio 2005, http://www.direitoemdebate.net/art_bemdefamilia1.html
- DE LOS MOZOS, J. L.: 1981, *Estudios de Derecho Agrario*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- FAMBROUGH, J.: 2002, *There's No Place Like a Homestead (Texas Law Offers Unique Protection)*, Real Estate Center Journal, Publicación núm. 525, Texas A&M University.
- 2003, *Homestead Protection: For Whom and How Much?*, Real Estate Center Journal, Publicación número 1136, Texas A&M University.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.: 2005, "La protección de la vivienda habitual mediante declaración voluntaria de inembargabilidad según la Ley francesa de 1 de agosto de 2003 («Loi Dutreil»)", pp. 19-38, Revista *La Notaría*, ISSN 0210-427X, número 21, Barcelona.
- 2006, "En torno a la protección patrimonial personal, familiar y empresarial. Especial consideración del Derecho francés", pp. 411-460, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, coords. S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero, Monográficos *La Notaría*, CNC, Edit. Marcial Pons, Madrid.
- 2006, "La protección patrimonial familiar en el derecho argentino: el «bien de familia»", pp. 17-76, Revista *La Notaría*, ISSN 0210-427X, número 28, Barcelona.
- GIBERT, R.: 1973, *Historia General del Derecho Español*, Madrid.
- LUNA SERRANO, A.: 1962, *El Patrimonio Familiar. La Ley española de 15 de julio de 1952*, CSIC, Madrid.

- MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: 1983, "De la familia foral a la familia agraria. La explotación familiar rural y la protección a su integridad", pp. 405-434, en *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballester*, AAVV, Institución Fernando el Católico (CSIC), Zaragoza.
- MORELL OCAÑA, L.: 1995, voz: *vivienda*, pp. 6870-6872, en EJB, Civitas, Madrid.
- OCCHI FRANÇOZO, V.: 2003, *Estudo comparado do bem de família: "O Novo Código Civil em Relação às Legislações Anteriores"*, Faculdades Nobel, Maringá, <http://www.nobel.br/?action=revista&id=13>
- PAULA junior, W. de: 2001, *Ponderações sobre a "Instituição do Bem de família por detentor de propriedade nua, conjuntamente com usufrutuário de bem imóvel"*, <http://www.mundonotarial.org/bemdefamilia.html>
- PEREIRA DA ROCHA, E.: 2003, *Penhorabilidade do bem de família do fiador. Constitucionalidade ou inconstitucionalidade*, Professor Simão, http://www.professorsimao.co.../artigo_alunos_penhorabilidade_do_bem_de_familia.ht
- RIBEIRO SANTIAGO, M.: 2004, *Bem de família*, Jus Navigandi, T. año 8, número 369, 11 julio 2004; <http://jus2.uol.com.br/doctrina/imprimir.asp?id=5428>
- 2004a, *Da instituição de bem de família no caso de união estable*, Jus Navigandi, T. año 8, número 296, 29 abril 2004; <http://jus2.uol.com.br/doctrina/texto.asp?id=5148>
- SANTANA, Danilo: 2007, *O bem de família*, http://www.jurisway.com.br/v2/dahll.asp?id_dh=133
- SAPENA, J.: 1953, "En torno a la Ley de Patrimonio familiar", pp. 705-731, en *Revista de Derecho Privado*, número 438, Madrid.
- TARTUCE, F.: 2005, *Concepção dogmática dos direitos da personalidade. Análise sob o prisma pessoal e patrimonial. A impenhorabilidade do imóvel em que reside pessoa solteira*, Jus Navigandi; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7583>
- 2005^a, *A inconstitucionalidade da previsão do art. 3.º, VII, da Lei número 8.009/90*, Jus Navigandi, Teresina, año 10, n. 866, 16 nov. 2005. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7591>
- URIARTE, J.: 1935, "Derecho agrario español", pp. 481-491, en RCDI, número 127, Madrid.
- VILLAÇA ACEVEDO, A.: 2001, *Bem de família internacional, 8.009/90*. Jus Navigandi, Teresina, año 5, número 51, octubre 2001. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2257>
- VIÑAS Y MEY, C.: 1924, "El patrimonio familiar inembargable", pp. 180-221, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 145, Madrid.

LA DOBLE VENTA Y LA VENTA DE COSA AJENA DE BIENES INMUEBLES

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

Notario

SUMARIO: **A)** EL NACIMIENTO LEGISLATIVO EN ESPAÑA DEL DERECHO HIPOTECARIO. **B)** LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO DE 1861. **1.** Los modos de adquirir, transmitir, modificar y extinguir el dominio de los inmuebles y los demás derechos reales sobre los mismos. **2.** Las consecuencias sustantivas de la inscripción. **C)** EL CÓDIGO CIVIL. **D)** LA DOBLE VENTA DE BIENES INMUEBLES Y LA DOBLE TRANSMISIÓN. **a)** La doble o múltiple venta del mismo inmueble con efectos meramente obligacionales. **b)** La doble o múltiple enajenación del mismo inmueble a dos adquirentes distintos. **E)** CONCLUSIÓN. **F)** LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1) DE 5 DE MARZO DE 2007. **a)** El fundamento tercero. **b)** El considerando cuarto. **c)** El largo considerando quinto. **d)** El fundamento de Derecho sexto. **e)** El fundamento de Derecho séptimo. **f)** El fundamento de Derecho octavo. **g)** Fundamento de Derecho noveno. **h)** Fundamento de Derecho décimo. **i)** Fundamentos jurídicos undécimo y duodécimo. **j)** El fallo. **G)** INSISTIENDO SOBRE LAS RAZONES JURÍDICAS PARA LEGITIMAR LAS ADQUISICIONES INMOBILIARIAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 34 DE LA LH.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1) de 5 de marzo de 2007, cuyo contenido es el objeto de esta monografía, en la que se incluye también el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código Civil (en adelante, CC), al que la sentencia se refiere con frecuencia, si bien en su considerando octavo dice que no procede en esta ocasión analizar los criterios interpretativos de este artículo por no citarse como infringido en el recurso, sin embargo, nosotros lo estudiaremos repetidas veces en el curso de este trabajo, porque el comentario de la sentencia no tiene el límite que se impone la sentencia. Nosotros nos pronunciamos siempre contra su vigencia y en esta primera invocación confesamos que no comprendemos cómo una diferencia temporal cuantitativa se convierte en cualitativa, si en lugar de transcurrir unas horas o unos días entre la primera compraventa y la segunda estamos ante una doble venta; mientras que si discurren entre ambas unos meses o unos años estamos ante una venta de cosa ajena, porque si en la primera se enajenó el dominio, estamos frente a un negocio jurídico real y la segunda venta será siempre de cosa ajena; si se pacta la transmisión del dominio, será otro negocio jurídico real, aunque nulo, y si el vendedor se obliga a adquirirla para transmitir el dominio, este negocio jurídico será obligacional y no planteará el problema objeto de esta sentencia, que esencialmente es el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) porque no es inscribible en el Registro de la Propiedad y estamos fuera del supuesto de hecho de este artículo.

Hay una cuestión que ha empezado a preocupar desde que ROCA SASTRE, como jurista que ha traducido las líneas maestras del Derecho hipotecario promulgado en España para comprensión y aplicación en nuestra sociedad de aquel Derecho que ha vivido y vive, empieza a ser discutida su construcción, en una cuestión tan básica y esencial como es la de la relación del CC con la LH, con cuya Ley nuestro legislador tuvo que luchar para incorporarla a nuestro sistema jurídico, rebajando su germanización, aunque con una importante, acertada y moderna concesión de una excepción a favor de la seguridad jurídica en el punto en que chocab y choca con nuestra tradicional concepción de la justicia en esta cuestión, sintetizada en este punto en la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (1), consagrada en el artículo 34 de la LH. ROCA SASTRE acertó en el pensamiento de las Leyes articuladas de ambos Cuerpos legales en su planteamiento y resolución, como también lo hizo en la enseñanza que nos dio y legó en su obra (2) para la aplicación a la

(1) Regla que desarrolla con claridad meridiana uno de los tres principios del Derecho romano y de nuestro Derecho tradicional formulados por *ULPIANO*, D. 50, XVII, 54, el principio *ius suum quique tribuere*.

(2) *Derecho Hipotecario*, objeto de varias ediciones actualizadas desde la década cuarenta del pasado siglo.

realidad social con su interpretación normativa para su proyección en la misma.

Hay además otra cuestión secundaria, pero que tiene cierta relación con ella, la de la que llaman la doble venta y la venta de cosa ajena, que ya anticipamos al principio de este trabajo, en cuyos planteamientos y resoluciones se suelen invocar el párrafo 2.º, artículo 1.473 y el 1.537, ambos del CC, porque la doble enajenación del mismo inmueble por el mismo titular registral que otorga la segunda enajenación o son adjudicados en juicio ejecutivo los mismos bienes que ya había enajenado para el pago de sus deudas, constituyen los casos más frecuentes en que entra en juego el artículo 34 de la LH y el artículo 608 del CC, que les han privado de vigencia, los han derogado y entiendo que ya no normativizan sus imposibles supuestos de hecho en la realidad jurídica.

En la exposición de la tesis sobre la relación del CC y la LH parto de la idea fundamental de que ésta es una Ley adjetiva, porque así lo dispone con claridad meridiana el artículo 608 del CC y lo confirma el 605 y cuya norma recoge el 2.º de la LH, con una excepción, su título V, que es propio de una evidente Ley sustantiva, porque en ella la convierte, sin ninguna duda, la competencia que le atribuye el artículo 1.880 del CC en materia de hipotecas. El Código Civil es nuestro primer Cuerpo Legal, la Ley sustantiva por antonomasia. El párrafo 2.º del artículo 1.573 del CC es una norma (3) que fue derogada, lo mismo que el artículo 1.537, por el artículo 608 del CC y por las reformas posteriores de la LH, especialmente por la Ley de 30 de diciembre de 1944, como veremos.

(3) *Un párrafo de un artículo que se coló de rondón como si fuese uno de los pilares del Derecho registral o hipotecario y con el aplauso aún hoy de algunos registradores, no de todos ni mucho menos, por sin razones de un protagonismo que su importante tarea no necesita y que lo empuja hacia un corporativismo sin más sentido jurídico que una pretendida e inútil defensa de la evidente importancia de la función del Cuerpo. No se trata de un corporativismo expoliador como el que profesa una minoría influyente políticamente del notariado con poco peso notarial y que sufren o sufrimos desde el año 2004 los notarios jubilados y las viudas y los huérfanos de notarios, que pretende canalizar las infundadas rebajas de las pensiones mutualísticas destinándolas al ascenso informático e inmobiliario de la Corporación, quizá fundándose en el pensamiento demagógico y la idea extraña a nuestro Derecho y al margen del Estatuto de la Mutualidad Notarial de considerar y calificar corporativas las aportaciones de los notarios a su Mutualidad, como expresión o manifestación de un corporativismo inverso al de la UGT en su desgraciada incursión por la promoción inmobiliaria, que nos solidarizó a todos los españoles en la reparación de los daños que causó a los miembros de la UGT con esa excursión a la promoción inmobiliaria.*

A) El nacimiento legislativo en España del Derecho hipotecario

Las Contadurías de Hipotecas creadas por la Real Pragmática de 31 de enero de 1768 era un Registro de cargas o gravámenes con el cual el crédito territorial no funcionaba, no aseguraba el pago de las deudas y el progreso en aquellos tiempos de cambio del sentido jurídico imperante, que la Revolución Francesa había imprimido al derecho de propiedad del suelo liberando su circulación y el progreso económico y social exigían una seguridad jurídica en esta materia, una institución que reflejase con certeza la titularidad de la propiedad inmobiliaria (4) y las cargas de los bienes objeto de la misma y para esta publicidad y seguridad el Registro de la Propiedad estaba en consonancia con los tiempos y no la de los Libros de las Contadurías de Hipotecas, que se limitaban a la publicidad, no decisiva, defectuosa, de las cargas y gravámenes de las fincas, no cumpliendo con las exigencias de los tiempos, como estaban haciendo en otras naciones los Libros del Registro de la Propiedad con la inscripción de los inmuebles, que expresaban sus dueños y las cargas que tuviesen y en los que constaban los cambios en los objetos y de los sujetos y el tracto sucesivo.

La forma de conseguir que se reflejasen estos cambios de manera exacta era muy sencilla, haciendo a la inscripción constitutiva de la modificación, o sea, que mientras el cambio de titular o la modificación del objeto no se refleje en los libros del Registro no se produce la transmisión o el gravamen en el objeto. Pero esta solución tenía graves e insuperables inconvenientes: había que inscribir todos los inmuebles, lo que implicaría un coste imposible para muchos propietarios y para esos nuevos funcionarios una labor irrealizable en pocos años (5) o dispensar la protección sólo a los inmuebles inmatriculados y sólo respecto de los actos que inscribiesen, es decir, no hacer obligatoria la inscripción, que fue el sistema que se acogió y sigue vigente, porque ha traducido mucho mejor la realidad social, que tenía que regular. Si la inscripción hubiese sido obligatoria, la transmisión y el gravamen de la propiedad inmobiliaria no inscrita viviría en la clandestinidad y al margen del Derecho positivo hasta su inmatriculación en el Registro y el Derecho vivido y vivo habría que cambiarlo, porque las transmisiones se hacían ante notario, en documento privado, ante testigos y a veces de palabra, en contrato verbal y para

(4) Los bienes muebles en aquella época eran considerados cosas y viles y, además, muchos de ellos eran muy difíciles de identificar y de llevar a los libros del Registro.

(5) No hay que olvidar que en el prólogo de la Reforma Hipotecaria de 1944, o sea, más de ochenta años después de haber entrado en vigor la primera LH, la de 1861, se lamentaban de que solamente el 40 por 100 de la propiedad inmobiliaria estaba inmatriculada y, además, existía una corriente desinscribitoria.

que la transmisión se inscribiese habría que hacerla ante un registrador, funcionario desconocido o sólo ante escribanos u otros funcionarios que garantizasen la autenticidad de lo pactado.

La coexistencia del régimen entonces vigente y que continúa hoy con el Registro de la Propiedad supuso un cambio menor en el Derecho vivo, que tenía unos fundamentos arraigados en el pueblo y difíciles de sustituir o cambiar, siendo lo más adecuado a la realidad social de aquella época y también a la de hoy; conservar el sistema introduciendo con carácter voluntario otro más perfecto para tutelar la propiedad inmobiliaria que se inmatricule y de acuerdo con el nuevo régimen exigiendo a los propietarios que deseen acogerse a él, que sus inmuebles se inmatriculen a su nombre en el Registro de la Propiedad y las transmisiones y gravámenes, previo otorgamiento en un documento fehaciente, ante escribano u otro funcionario público se presenten e inscriban en dicho Registro, las cuales tendrán un tratamiento especial en aras a la seguridad jurídica.

El primer proyecto a estos fines que tuvo trascendencia en la Comisión General de Codificación fue el de 1843, cuya base 52, redactada por don Claudio ANTÓN DE LUZURIAGA, acogía en estos términos la inscripción constitutiva: "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón en el Registro público...". Ahora bien, si las fincas no estaban inmatriculadas no se podía desarrollar esa Base y tampoco entrar en juego una vez articulada y, como los Registros no se habían creado aún, tardaría mucho en constituirlos para que empezase su funcionamiento y, además, una vez constituidos y en funcionamiento el acceso de las fincas a los mismos iba a ser muy lento y muy pobre; por otra parte, se rechazaban los modos de nuestro Derecho tradicional de transmitir la propiedad.

Por todo lo anterior, no se acogió la inscripción obligatoria, sino que se adoptó el sistema, que sigue hoy vigente, para superar el obstáculo de la inscripción constitutiva, la cual sólo incluiría en el tráfico jurídico a las fincas inmatriculadas y se reformó la base 52 en el anteproyecto de 1848, de acuerdo con la opinión de BRAVO MURILLO, en este sentido: "Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón en el Registro público...", de modo que si el título traslativo de la propiedad del inmueble lo confería el propietario del mismo y no estaba inscrito en el Registro, la propiedad se transmitía como en el Derecho anterior en cuanto al modo de adquirir la propiedad y no se perjudicaba a ningún tercero registral, porque no lo había; si ya lo estaba y la transmisión se inscribía, adquiría también de acuerdo con el Registro y se convertía en tercero registral; pero si no se inscribía, el titular

registral y transmitente podría volver a transmitirla y si este segundo adquirente inscribía su adquisición, el propietario sería él (6). Este artículo fue la causa de que a la Ley Hipotecaria se la conociera como una Ley de terceros, porque el tercero era su principal sujeto, aunque distinto del de hoy.

Ahora bien, si el inmueble que se quería inscribir en el Registro ya estaba inscrito a nombre de otra persona distinta del adquirente, como ésta era extraña a este acto traslativo de la propiedad, el titular registral sería un tercero y, como tal tercero, este acto o contrato traslativo no le afectaba, según dispuso la modificación de la base 52 y no produce efectos frente a él y no podría inscribirse, es como si no se hubiese otorgado, como si no hubiera existido, como si fuera nulo, al menos en el ámbito del Registro de la Propiedad.

Ahora bien, este tercero no tiene siempre el mismo origen. En el caso de que hubiese adquirido del verdadero propietario, en virtud de un título perfecto y no hubiese enajenado la finca y si el anterior propietario intentara volver a enajenarla, la transmisión sería nula en el ámbito civil y tampoco podría inscribirse en el Registro, lo impediría la inscripción del primer adquirente como tercero registral, que no le perjudicaría. El precepto en este supuesto sería justo. Pero, si el titular registral no adquirió del auténtico propietario, porque ya la había enajenado, supuesto de la doble enajenación, la primera normalmente válida, la segunda, si fue válida la primera, sería nula, aunque la adjudicación hubiese sido en juicio ejecutivo, si el título adolecía de defectos que lo invalidaban o podían invalidarlo, si ya había enajenado la finca inscrita a su nombre y el adquirente no la inscribió, esa protección al tercero inscrito, en principio, no parece justa.

Por otra parte, este desconocimiento de un título traslativo de la propiedad en beneficio del titular registral enfrentará dos propiedades, una civil con otra registral respecto de la misma finca, lo que es absurdo y contrario al postulado: “que no pueden existir dos derechos subjetivos de igual valor sobre el mismo objeto” (7). En estos casos habrá una sola propiedad, que pertenecerá a quien no la inscribió o al del titular registral y este problema no lo resuelve el Proyecto estudiado.

Este artículo 52 del Proyecto de 1843, según la modificación de 1848, es para nosotros el primer antecedente legal del problema de la sentencia que vamos a comentar.

(6) Nada se decía sobre si la inscripción convalidaba o no los actos y contratos nulos, aunque la tesis negativa cristalizó en la Ley de 8 de febrero de 1861 y para adquirir la propiedad bastaba una inscripción cualquiera y no la cualificada que impuso el artículo 34 de la LH de 1861.

(7) DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España. Parte General*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949. Nota 3 de la p. 583.

Claudio ANTÓN DE LUZURIAGA, según GARCÍA GOYENA (8), también redactó en esta materia hipotecaria los artículos 1.858 y 1.859 del Proyecto de 8 de mayo de 1851 en estos términos: *“Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en un registro público”* (párr. 1.º de aquel artículo). *“Cuando el propietario enajene unos mismos bienes a diferentes personas por actos distintos pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título”* (art. 1.859). En este Proyecto hay dos artículos que se refieren a este mismo conflicto, el 982: *“Cuando por distintos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble, siendo inmueble se estará a lo dispuesto en el artículo 1.859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe, el derecho que le corresponda según lo dispuesto en la sección 3, capítulo 3, de este título”* y el 1.396: *“Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982”*.

El régimen hipotecario que regulaba el Proyecto del Código Civil de 1851 se inspiraba fundamentalmente en el artículo 52 del Proyecto de 1848, según la redacción de BRAVO MURILLO, donde nació el tercero, aunque era contradictorio y muy difícil de adaptar a nuestro Derecho común y tradicional, lo que no se superaba por haberlo insertado en el Proyecto de 1851, lo que no ocurrió con el Código Civil, que respetó la legislación hipotecaria. La inscripción de los inmuebles tutela a su titular impidiendo que los terceros inscriban sus títulos en perjuicio de quienes tengan inscrito su título, sólo los actos que emanen de los mismos son inscribibles, como son los de enajenación y gravamen del inmueble inscrito (1858). La inscripción es un modo de adquirir la propiedad de los inmuebles en caso de enajenación del mismo inmueble a diferentes personas, porque la propiedad la adquiere el primero que inscribe, aunque sea de mala fe, pero mientras no se inscribe, el transmitente no sigue siendo dueño de la finca, la ha transmitido, normalmente al primero de los adquirentes, que si no es el que inscribe, sino otro, quien lo hace después de horas, días, meses o años, usurpa así, por la mera inscripción, al primer adquirente su derecho de propiedad sobre la finca que adquirió legalmente. Este modo de adquirir la propiedad de los inmuebles, según el articulado del Proyecto de 1851, no es un modo justo de adquirir en los casos de mala fe de quien ya no es dueño y no había ni hay razón jurídica para que prevalezca la inscripción como título adquisitivo sobre otros iguales; al contra-

(8) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Imprenta Cometa, SA, Zaragoza, 1974, pp. 927 y ss.

rio, que se expolie el derecho de propiedad a una persona es infringir un principio básico del Derecho, *ius suum quique tribuere*, que en aquellos tiempos no estaba a nivel de la *seguridad jurídica* en defensa del tráfico y tampoco lo está hoy; además los artículos 982, 1.396 y 1.859 insisten en defender este atropello despreocupándose del atropellado en los casos de mala fe.

Ante la dureza de este sacrificio del arraigado principio de dar a cada uno lo suyo en aras a la seguridad del tráfico jurídico, inventando un modo de adquirir la propiedad, la inscripción registral, en defensa de la seguridad del mismo y de la débil claridad jurídica del Proyecto de 1851, con buen sentido político y mejor aún jurídico, se buscó un nuevo camino, una Ley hipotecaria separada del Código Civil, para la implantación legal de un nuevo *sistema de seguridad jurídica inmobiliaria y defensa del crédito territorial*, que fue la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. El legislador era consciente de la novedad y trascendencia de esta importante Ley y de las dificultades que habría que superar para la incorporación a nuestro sistema de este progreso jurídico y lo reflejó en el largo Preámbulo o la amplia Exposición de Motivos de la misma.

B) La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861

1. Los modos de adquirir, transmitir, modificar y extinguir el dominio de los inmuebles y los demás derechos reales sobre los mismos.

Esta Ley en la cuestión que planteamos sobre los problemas que tuvo que resolver para que el nuevo Derecho hipotecario se incorporase al Derecho común vigente entonces sin romperlo, pues es un Derecho que choca con la concepción sustancialmente romana de nuestro Derecho, ya que estábamos ante una creación extraña al mismo, fundamentalmente germánica y su penetración lo hace en estos términos: 1.º La nueva Ley acepta los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales inmobiliarios regulados en el Derecho civil y los acoge explícitamente en su artículo 2.º, pues en el Registro de la Propiedad se inscriben los títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, así como los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales (9),

(9) Este artículo sólo difiere del vigente en que éste, en su número 1, habla de títulos declarativos del dominio o de los derechos reales que aquél no menciona, lo que evidencia el acierto del legislador de 1861.

no para que con la inscripción registral se transmita, constituya, modifique o extinga el derecho real inmobiliario, porque en el título que se inscribe ya está transmitido, constituido, modificado o extinguido el derecho real inmobiliario que accede al Registro para el conocimiento, publicidad y seguridad del derecho una vez inscrito.

Ahora bien, estos títulos, para que pudiesen ser inscritos en el Registro de la Propiedad, el artículo 3.º exigía que estuviesen “consignados en una escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por el Gobierno o sus Agentes en la forma que prescriban las leyes o los reglamentos” (10). Exigencia lógica y acorde con la función del Registro.

En ninguno de estos dos aspectos el Derecho tradicional cambiaba, salvo que ahora se podía inscribir el derecho real inmobiliario y su inscripción tenía unas consecuencias para los derechos reales inmobiliarios, según estuviesen o no inscritos, que paso a examinar.

2. Las consecuencias sustantivas de la inscripción.

La principal cuestión que plantea la inscripción es su valor jurídico, sus efectos jurídicos, que se pueden considerar contemplando la vida del derecho, según esté inscrito o no.

El artículo 23 es importante en esta materia, hasta el punto, como he anticipado, que este artículo que popularizó esta Ley y se la conoció como una “Ley de Terceros” y dispuso: “Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º (11) que no están inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero”. El artículo 27 define así al tercero: “Para los efectos de esta Ley, se considera tercero aquel que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito”. Definición que no debe hacer una Ley, además, si no acierta con la definición, en vez de no resolver nada, confunde. Una ley o un artículo de la misma son una norma jurídica con su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica y en nuestro caso tenemos un supuesto de hecho, una definición sin consecuencia jurídica, no tenemos ni ley ni artículo.

Si el título traslativo de la propiedad del inmueble lo confería el propietario del mismo y no estaba inscrito en el Registro, la propiedad se transmitía sin modificarse el Derecho anterior en cuanto al modo de adquirir la propiedad.

Pero si el inmueble que se quería inscribir en el Registro ya estaba

(10) Y el vigente dice casi lo mismo, si bien lo mejora técnicamente al mencionar expresamente a la “autoridad judicial”, que no es un agente del Gobierno.

(11) Este número se refería a la inscripción de la posesión, que desde la Reforma de 30 de diciembre de 1944 ya no es inscribible.

inscrito a nombre de otra persona distinta del adquirente, como ésta era extraña a este acto traslativo de la propiedad, el titular registral sería un tercero y, como tal tercero, este acto o contrato traslativo no le afectaba, según dispone el artículo 23 y no producía efectos frente a él, es como si no se hubiese otorgado, como si no hubiera existido, como si fuera nulo.

Esta innovación nos lleva al tema fundamental, pues, si quien inscribió la adquisición de ese derecho lo hizo del auténtico propietario, la solución es perfecta, pero si adquirió de quien no lo era y privó de ella a quien lo era, la solución es inaceptable en principio, y en la propia Ley de 1861 tenemos un justo rechazo de la misma en su artículo 33: “La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes”. Si la inscripción del titular registral está viciada, el Registro no puede desplegar para ella, para un acto nulo, sus efectos y así lo dispone el artículo 33 (12). El problema es del título del titular registral, si es nulo, anulable o se extingue no despliega los efectos que predica el artículo 23 y el título no inscrito prevalecerá sobre el indebidamente inscrito. No estamos ante una concesión al nuevo Registro de la Propiedad, sino ante una conservación de nuestro Derecho histórico en cuanto a los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales inmobiliarios.

A su vez, el artículo 34 modifica el 33 no por vía de una excepción, que declare válida una inscripción, que lo fue, pero que ya no traduce la realidad jurídica a causa de una enajenación que válidamente otorgó su titular y que el adquirente no inscribió y lo hace legitimando al titular registral, no en virtud del *ius disponendi* que tiene el propietario, porque ya no lo es, sino legitimándolo *ex lege*, por ministerio de la ley, para que sea válida *a non domino* la enajenación que otorga el titular registral y lo hace en estos términos: “No obstante lo declarado en el artículo anterior, *los actos y contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero*, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito...”.

Este precepto contradice el principio de nuestro Derecho histórico *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, abreviadamente, *nemo dat quod non habet*, pues el tercero de este artículo 34 ha transmitido un derecho de propiedad u otro derecho real, ambos inmo-

(12) Ahora, desde el 8 de febrero de 1946, que da al artículo 23 el número 32 y lo coloca inmediatamente antes que el 33, con el que guarda íntima relación.

liarios o ha gravado aquél, no siendo el dueño de la finca transmitida o gravada o titular del *ius in re aliena* y esto choca con los principios de nuestro Derecho histórico. El hecho de constar el titular en su inscripción registral con facultades para disponer del derecho planteaba la cuestión de que en virtud de qué título adquirió el derecho registrado a su nombre, si resultaba que no pudo haberlo adquirido, porque el derecho que le transmitió el anterior titular registral se anula o resuelve después por causas que no constan o no constan claramente en el Registro. La inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho del transferente y que el adquirente inscriba su adquisición antes que se anule o resuelva y cancele el derecho del transferente, son los únicos requisitos que el artículo 34 exige para esta adquisición *a non domino* y si bien la Ley, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el transferente siempre estaba legitimado para la transmisión de su derecho real, cumplía con el principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Sin embargo, en el supuesto de hecho del artículo 34 de la LH el titular registral que transmitía no estaba legitimado, no era propietario del derecho que enajenaba, pero el artículo 34 sin convertir en propietario al titular registral, que transmitía el dominio o derecho real inmobiliario lo legitimaba para disponer de él y para transmitirlo en propiedad al adquirente, contrariando el principio del Derecho romano acogido en nuestro Derecho histórico, *nemo dat quod non habet* y lo legitimaba para transmitirlo por ministerio de la Ley en defensa de la *Seguridad del Tráfico Jurídico Inmobiliario*, del *Crédito Territorial*.

C) El Código Civil

El Código Civil ha sido y es el Primer Cuerpo jurídico de nuestro Derecho privado, a pesar de los atropellos que ha sufrido en los últimos tiempos con reformas lamentables, por precipitadas y mal concebidas algunas, por atropelladas y politizadas otras y por desconocer el sistema esencial de todo Código serio, como lo es nuestro Código Civil.

A nuestro Código le preocupó la regulación del Registro de la Propiedad y a ella le dedicó el título VIII de su libro II, porque “tiene por objeto la inscripción y anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”, como dice su artículo 605 y, por una parte, la propiedad y los demás derechos reales están regulados en el Código Civil y constituyen el objeto esencial del Registro de la Propiedad, salvo en cuanto al derecho real de hipoteca, que el artículo 1.880 dispone que “la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y

a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente”; y, por otra, el artículo 608 confiere y reconoce la competencia de esta Ley en estos términos: “Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, *la forma, efectos y extinción de las mismas*, la manera de llevar el Registro y *el valor de los asientos de sus libros*, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”. Este artículo confiere fuerza legal, plena eficacia jurídica a la adquisición *a non domino* consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como adquisición *ex lege*, como *modo de adquirir por ministerio de la Ley*, que desde la promulgación del Código Civil está enumerado expresamente en el artículo 609 (13) y en nuestro caso como excepción al principio romano (14) incorporado a nuestro Derecho histórico y vigente y expresado en la regla formulada en el aforismo, *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* y fundando la excepción en el nuevo camino abierto por el Derecho a la protección que al Tráfico Jurídico Inmobiliario, al Crédito Territorial, que dispensa y dispensará en el futuro esta seguridad del Registro de la Propiedad.

D) La doble venta de bienes inmuebles y la doble transmisión

Ya el Proyecto de 8 de mayo de 1851 intentó explicar el planteamiento del problema derivado de la pluralidad de transmisiones de la propiedad plena de la misma finca a dos o más personas y que uno de ellos, al menos, haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad, e intentó resolverlo por una vía, que tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria le cerraron, pero que algunos pretenden abrirla al tráfico resucitando la vigencia del párrafo 2.º del artículo 1.473 del CC en beneficio de un tercero registral al margen del artículo 34 de la LH, sin ninguna razón jurídica y despertando, en mi opinión, confusión.

Los artículos interesantes proceden del Proyecto de 8 de mayo de 1851 en relación con el artículo 1.473, párrafo 2.º, del CC y son: los artícu-

(13) Este modo de adquirir por ministerio de la Ley no estaba enumerado en el artículo 606 del anteproyecto del Código Civil de 1882-1888 y se agregó en cumplimiento de la Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 30 de abril de 1888, que dispuso que los individuos de la Comisión de Códigos remitieran sus observaciones a todos los libros de Anteproyecto redactados por la sección de lo civil y repartidos impresos a dichos individuos, según nos indica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS al principio de su trabajo, “El Anteproyecto del Código Civil en 30 de abril de 1888”, publicado en el *Anuario de Derecho Civil* de octubre-diciembre de 1960, p. 1171.

(14) Atribuido, como ya hice constar en la nota 1.ª, a ULPiano en el Digesto 50, XVII, 54, en estos términos: *ius suum quique tribuere*.

los 1.858 y 1.859 de dicho Proyecto, en estos términos: “Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en un registro público” (párr. 1.º de aquel artículo). “Cuando el propietario enajene unos mismos bienes a diferentes personas por actos distintos pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título” (art. 1859). En este Proyecto hay otros dos artículos que se refieren a este mismo conflicto, el 982: “Cuando por distintos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble, siendo inmueble se estará a lo dispuesto en el artículo 1.859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe, el derecho que le corresponda según lo dispuesto en la sección 3, capítulo 3, de este título” (15) y el 1.396: “Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982”.

“Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella de buena fe, si fuere mueble. *Si fuere inmueble la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.* Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea el primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.” El párrafo 2.º de este artículo 1.473, que resalto en cursiva, contiene la misma norma que el 1.859 del Proyecto de 1851 (16). El supuesto de hecho de este párrafo es materia propia de la Ley Hipotecaria y por ella ha de regirse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 608 del CC, pues no coinciden plenamente los supuestos de hecho de ambos artículos, párrafo 2.º, del 1.473 del CC y 34 de la LH, y las consecuencias jurídicas no son ni pueden ser las mismas, porque el artículo 34 es un artículo que excluye de su supuesto de hecho al inmatriculante y al titular de un asiento de inmatriculación de menos de un año y exige expresamente la buena fe desde la Ley de reforma de 30 de diciembre de 1944 y, además, estamos ante un artículo que debe integrar la Ley Hipotecaria en atención al contenido y efectos de su supuesto de

(15) Sección que regula las indemnizaciones a este adquirente de buena fe que nada adquirió.

(16) Los efectos de la inscripción en caso de doble enajenación que establece el artículo 1.859 del Proyecto de 1851 atribuyendo la propiedad al primer adquirente son coherentes con su sistema hipotecario; pero su traslado al supuesto de hecho del párrafo 2.º del artículo 1.473 del CC no, porque el sistema hipotecario del CC es distinto en dos aspectos, los actos que no estén debidamente inscritos no perjudican a tercero, mas para adquirir la propiedad es necesario que se incurra en el supuesto de hecho del artículo 34 de la LH.

hecho, porque el artículo 608 del CC atribuyó la competencia y articulación a la LH y no hay razón para conservarlo en el CC con un sentido que contraría abiertamente las competencias de la LH. Este párrafo 2.º del 1.473 no debió nunca integrar ningún artículo del CC, porque su supuesto de hecho ya integraba la LH, ha nacido derogado en su supuesto de hecho y sus efectos, que eran materia y competencia de la LH y además fue derogado expresamente por la Ley de 30 de diciembre de 1944, que impuso expresamente la buena fe en el adquirente registral *a non domino*. Al tercer adquirente del artículo 34 de la LH se le motejaba con el nombre de “chulo del Registro”, aún en mi primera época de notario, como expresión de la comunión en los principios del Derecho romano, en este supuesto introducido por vía de excepción para amparar una institución nueva, un Derecho nuevo, introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico hacía casi un siglo y para atender una necesidad nueva, la necesidad de proteger el tráfico jurídico.

Por último, la norma del párrafo 2.º del 1.473, relativo a la venta de una misma cosa inmueble a diferentes compradores, dispone que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, pero lo invoca en los supuestos de doble o triple enajenación. Tenemos que distinguir: Si el vendedor se obliga a vender el mismo inmueble a varias personas, obligándose expresa o tácitamente, en su caso, a adquirirlo previamente a su dueño para cumplir la o las obligaciones contraídas, estamos en supuestos propios del campo del Derecho de obligaciones, que aquí no interesan. Pero si lo que pretende es enajenar el mismo inmueble a varias personas distintas transmitiéndoles sucesivamente el mismo bien, previa recuperación del dominio que ya había transmitido a otra persona o bien disponiendo sin haberlo recuperado o se adjudica a otra persona en subasta celebrada en venta judicial o forzosa, entonces estamos en el ámbito de los Derechos reales. Campos a cuyo deslinde han contribuido con acierto el CC y la LH, especialmente ésta. Ahora bien, el tratamiento jurídico no puede ser unitario, no puede ser el mismo para los contratos sucesivos de venta por el mismo vendedor y del mismo inmueble a dos o más personas, que sólo generan obligaciones, que para los contratos de enajenación por compraventa del mismo inmueble y por la misma persona a favor de dos o más adquirentes sucesivos y distintos del mismo inmueble.

a) La doble o múltiple venta del mismo inmueble con efectos meramente obligacionales.

Si una persona promete vender el mismo inmueble a dos o más personas en contratos sucesivos, habiendo conformidad en la cosa y en el

precio, al amparo del artículo 1.451, esta promesa de venta es válida y da derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento de su respectivo contrato. Mas, como en el caso que planteamos, las promesas van a ser normalmente incompatibles porque, si el vendedor cumple respecto del primer comprador, ya no podrá cumplirla respecto de un segundo comprador y el propio artículo 1.451 en su párrafo 2.º dice: “Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro”, o sea, la indemnización de daños y perjuicios. Ambos contratos son válidos.

Lo mismo ocurre con los contratos de venta de bienes inmuebles, de los que sólo derivan para el vendedor meras obligaciones, no actos traslativos de su propiedad, ni actos de enajenación o gravamen, como se desprende del artículo 1.450, en que el vendedor puede obligarse a vender el mismo inmueble a dos o más compradores sucesivamente y si no puede cumplir con la obligación que contrajo respecto de algún comprador, el contrato es válido y el problema se resuelve mediante la indemnización al mismo de los daños y perjuicios, si no se pactó otra solución para este supuesto.

No obstante, es preciso destacar que normal y primordialmente el contrato de compra tiene por objeto la adquisición de la propiedad del inmueble vendido y para ello es necesario que se convierta en un contrato traslativo de la propiedad y entonces tenemos que salir del campo de las obligaciones o derechos de crédito y entrar en el de los derechos reales, ante la enajenación de un inmueble, mas para que la compraventa sea un negocio jurídico de disposición, para que transmita la propiedad se requiere no sólo el acuerdo entre comprador y vendedor sobre la cosa y el precio, conforme al artículo 1.450, sino además la tradición o el modo, como exige el artículo 609, párrafo 2.º, inciso final: “La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la *tradición*”, la cual se cumple respecto de los inmuebles observando los modos establecidos en los artículos 1.462 y 1.463.

b) La doble o múltiple enajenación del mismo inmueble a dos adquirentes distintos.

Así como la doble venta de un mismo inmueble por un mismo vendedor a dos personas distintas se logra con dos contratos de compraventa válidos, la doble enajenación de dos inmuebles por el mismo propietario a dos adquirentes distintos no es posible jurídicamente, porque la propiedad del inmueble legitima a su titular para transmitirlo, para enajenarlo

al primer comprador, pero no puede enajenarlo al segundo, porque no está legitimado para ello, pues ya no es propietario, ya no goza del *ius disponendi*, podrá obligarse con un segundo comprador a adquirir el inmueble para transmitírselo por compraventa una vez que lo haya adquirido, mientras tanto no puede hacerlo, no está legitimado para ello.

Ahora bien, si el vendedor pretende disponer del inmueble que ya no es suyo, porque lo ha vendido a otra persona, el negocio jurídico es nulo, no por falta de objeto (17), pues la finca sigue existiendo, sino porque al ser ajena al vendedor, quien, por no ser propietario de ella y carecer del *ius disponendi*, no está legitimado para enajenarla, aunque el objeto cierto que sea materia del contrato, la finca, existe y está en el comercio de los hombres, pero no puede ser objeto de un contrato traslativo del dominio, porque no se puede contratar a nombre de otro, del dueño de la finca que adquirió por compraventa de él sin estar por éste autorizado o sin tener su representación legal, siendo el contrato nulo conforme al artículo 1.259. En este caso no hay contrato traslativo del dominio, porque el disponente no está legitimado para transmitirla, porque carece de esta facultad, del *ius disponendi*, que es propia del derecho de propiedad, salvo si la finca siguiese inscrita a favor del primer vendedor y el segundo comprador la adquiere de buena fe y la inscribe a su nombre, que el artículo 34 de la LH legitima esta adquisición *a non domino, ex lege*, del segundo comprador fundamentada en la función que desempeña el Registro de la Propiedad en defensa del tráfico jurídico por estar inscrita aún a nombre del vendedor.

Esta contradicción la justifica la función del Registro de la Propiedad, su funcionamiento, ya que “*tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles*” y sus asientos “*en cuanto se refieren a derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley*”, según dispone el artículo 1.º de la LH y entre los efectos está la adquisición “*a non domino*” proclamada en su artículo 34, que legitima al titular registral del dominio u otro derecho real inmobiliario para enajenarlo, aunque después se anule o resuelva su derecho en virtud de

(17) El artículo 1.261-2.º dice: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato” y una finca, una casa, un piso, son objetos ciertos que son materia de contrato, pero en los contratos traslativos del dominio, si el objeto de los mismos no es propiedad del transmitente ni es su apoderado o representante legal y se otorga el contrato, éste es nulo, no porque no sea cierto su objeto ni materia de contrato, sino porque carece del *ius disponendi* y no está legitimado para transmitir el objeto del mismo, para producir el efecto pretendido. Cuestión distinta sería si el objeto no fuese materia del mismo por estar fuera del comercio de los hombres; por ejemplo, un río.

un título anterior no inscrito, como sucede en el caso que planteamos, estando hecha esta adquisición por uno de los modos consagrados en el inciso 1.º del párrafo 2.º, artículo 609 del CC, que tiene igual valor jurídico que la que había hecho el comprador anteriormente en virtud de un contrato de compraventa con tradición instrumental también reconocida como modo de adquirir en el inciso final del mismo párrafo. El vendedor a cuyo nombre sigue inscrito el inmueble que vendió, por negligencia del primer comprador, que no inscribió su adquisición, continúa legitimado al amparo del Registro de la Propiedad para disponer del mismo voluntaria o forzosamente a favor de persona que lo adquiera de buena fe e inscriba su título de adquisición y este título de propiedad prevalece sobre el del primer comprador que no inscribió, porque asegurar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario es la función del Registro de la Propiedad. Si la Ley no se inclinase por este adquirente, el Registro no cumpliría esta función y sería inútil en este importante punto. Ciertamente que la conciliación de este nuevo modo de adquirir con el tradicional parece que se hace a costa de un importante principio de nuestro Derecho tradicional e histórico, pero la conducta del segundo comprador, la Ley, al exigirle la buena fe a éste, eleva su rango moral a la altura moral y jurídica de la del primer comprador y si bien aquél se ampara en la publicidad esencial para el funcionamiento del Registro, éste, sin embargo, no cumple con las tutelas que le brinda al no inscribir la compraventa a su nombre. Ante este dilema la Ley ha resuelto el conflicto de acuerdo con las exigencias de los nuevos tiempos y con el progreso y con cuya solución estamos de acuerdo.

El caso de doble venta, la primera sin transmisión del dominio en virtud de pacto de reserva de dominio o de exclusión de la tradición y la segunda con transmisión o la primera con transmisión y en la segunda el vendedor se obliga a adquirirlo, la cuestión es ajena al artículo 34 de la LH y no sería supuesto de hecho del 1.473-2, porque no hay más que una sola transmisión del dominio para la que el vendedor y dueño está legitimado, tiene el poder de disposición como facultad inherente a su derecho de propiedad sobre el inmueble que transmite.

En el de venta por el propietario con transmisión del dominio a un comprador y venta posterior voluntaria o forzosa, unos días, unos meses o unos años a otro comprador distinto, el primer comprador adquiere la propiedad en firme, si la inscribe y la segunda venta no le afecta, no jugando ni pudiendo jugar el artículo 34. Si no la inscribe y el segundo comprador sí, si es de buena fe, la Ley, el artículo 34, como modo de adquirir la propiedad establecido en el inciso 1.º del párrafo 2.º del artículo 609 del CC transmite a éste la propiedad, como hemos explicado, perdiéndola el primer comprador. Si el segundo comprador es de mala fe, no estamos en el supuesto de hecho del artículo 34, porque le falta el requisito

de la buena fe y nuestro Derecho positivo ampararía jurídicamente algo que se acerca más al Código Penal que al ilícito civil.

Por otra parte, como ya dijimos y es frecuente en la realidad, la segunda enajenación puede ser forzosa, por impago de deudas, procedentes de obligaciones contraídas por el vendedor y transmitente, reparación de daños causados por él, impago de impuestos o multas, etc., y continuando la finca inscrita en el Registro de la Propiedad a su nombre, al del vendedor, haberse decretado para el pago de estas obligaciones el embargo de la misma, cuando ya no era propiedad del titular registral, embargo mal trabado por ser los bienes ajenos al deudor y en la subasta judicial se adjudica al mejor postor, al rematante, el propio acreedor o un tercero cesionario del remate, normalmente ambos de buena fe y el adjudicatario la inscribe a su nombre, también adquiere la propiedad como adquirente a título oneroso y de buena fe en la subasta conforme al artículo 34 de la LH, porque su buena fe se apoya en la inscripción registral del transferente y ni el embargo ni otros defectos del proceso, en principio, la contaminan, como tampoco contamina al segundo comprador de buena fe que la inscribe en el Registro.

Por último, en apoyo de esta confusión tan pródiga en el Derecho de nuestros tiempos actuales plagados de leguleyos ejercientes en nuestra vida política, se invoca el artículo 1.537: “Todo lo dispuesto en este título (IV del Contrato de compra y venta) se entiende con sujeción a lo que respecto a los bienes inmuebles se dispone en la Ley Hipotecaria”, que repite en un lugar extraño lo que decía el artículo 1.468 del Proyecto de 1851 en otro adecuado, porque estaba refiriéndose a cuestiones de Derecho Hipotecario, que no tenía Ley propia, cuestiones que en el proyecto estaban articuladas en el mismo; pero en la del CC ya tenía una Ley Hipotecaria en vigor desde hacía más de un cuarto de siglo y se había resuelto esta cuestión a favor de esta Ley en el artículo adecuado del Código Civil, en el 608, integrante del título “Del Registro de la Propiedad” (18).

Traigo a colación estos dos artículos del CC, principalmente el párrafo 2.º del 1.473, porque se han aducido en muchas sentencias y también lo esgrime un sector doctrinal, éste por un impulso corporativista equivocado y superfluo, y lo aducen porque la letra del supuesto de hecho de este artículo da carta de naturaleza más que a una doble venta, a dos ventas con transmisión del dominio del mismo inmueble otorgadas por el mismo vendedor a dos compradores y adquirentes distintos, con el importan-

(18) El antecedente del 1537, como refiere PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, era el 1.564 del Anteproyecto de 1882-1888 y el de éste, el 1.468 del Proyecto de 8 de mayo de 1851, que decía: “Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en el título XX de este libro”.

te efecto jurídico de que la propiedad la adquiere el adquirente que primero la inscribe en el Registro. Este supuesto de hecho del párrafo 2.º del artículo 1.473 es imposible que pueda acontecer en el campo de los derechos reales, como hemos demostrado, porque transmitido el dominio al primer comprador, el mismo vendedor no puede volver a transmitirlo a otra persona, porque no está legitimado para ello al no ser ya propietario y carecer del *ius disponendi* respecto a ese inmueble. Estamos ante el supuesto de hecho de una norma cuyo supuesto de hecho es imposible que pueda realizarse, que pueda acontecer en la realidad social. La confusión entre derechos reales y de crédito hoy ya no es posible ni admisible y, en consecuencia, en el campo del derecho de obligaciones no cabe duda de la posibilidad, pero en al ámbito de los derechos reales es indudable jurídicamente la imposibilidad.

E) Conclusión

Concluimos esta interpretación histórica tomada de la evolución de nuestro Derecho positivo en los siglos XIX y XX en esta materia relativa a la relación de nuestro Código Civil y nuestra Ley Hipotecaria, invocando el apoyo de la coincidencia y la seriedad de las líneas maestras que a la Comisión de Codificación sujetó la Base 1.ª de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888, la cual expresa las fuentes y las directrices a las que ha de acomodarse la redacción del mismo y a las que fundamentalmente se sujetó: *“El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en las legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores”*. Parece claro que tanto el Gobierno como la Comisión han cumplido con el mandato y en esta base se plantea el problema y la solución clara y evidente que se dio al tema objeto de este trabajo en cuanto a la conjugación del Derecho histórico patrio y el Registro de la Propiedad como nueva institución para la defensa y desarrollo del Crédito Territorial, de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

**F) La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1)
de 5 de marzo de 2007**

a) El fundamento tercero.

Lo copio literalmente, porque en él se recogen los hechos:

“Los hechos probados según la sentencia recurrida, por remisión expresa de su fundamento jurídico primero al correlativo de la sentencia de primera instancia, son los siguientes: 1.º Con fecha 12-4-94 Polígono Industrial la Mora, SA, otorgó escritura pública de dación en pago al Banco Español de Crédito, SA, de la subparcela 4-A, situada en la Cistérnega, Polígono industrial La Mora, con una superficie de 2.504 metros cuadrados, que linda: Dicha dación o adjudicación, por un valor de 38.327.000 ptas. se realizó en pago parcial por subrogación de la deuda de 104.027.914 ptas. que la entidad Promociones Bolado, SA, mantenía con el Banco Español de Crédito.

El 27 de abril de 1994 la mencionada escritura se presentó en el Registro de la Propiedad, que fue denegada por la existencia de dos defectos subsanables.

Así consta por admisión de partes y por la documental que acompaña a la demanda.

2.º El 17 de febrero de 1997 la Agencia Tributaria, en sede de un expediente administrativo de apremio, procedió a vender a la entidad Indeco Construcciones, SA, en representación de Polígono Industrial la Mora, SA, la expresada parcela. La entidad compradora inscribió el 5 de mayo de 1997 su compraventa. Cuando en el mes de julio del mismo año, y una vez subsanados los defectos que el Registrador apreció en su día, el Banco Español de Crédito interesó la inscripción de su escritura de dación en pago, tal inscripción le fue denegada por la previa inscripción a favor de Indeco Construcciones, SA.

Así consta por admisión de partes y por la documental obrante en autos.”

En cuanto a los datos complementarios, conviene reseñar los siguientes:

“1.º El procedimiento administrativo de apremio, regido por el Reglamento General de Recaudación de Tributos aprobado por Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo..., se incoó en virtud de una deuda de la titular registral de la finca para con la Hacienda Pública por importe de 1.757.926 pesetas.

2.º La providencia por la que en dicho procedimiento se ordenó embargar los bienes del deudor fue ya posterior al título de adquisición del Banco demandante (12 de abril de 1994), ya que se dictó el 11 de julio de 1995.

3.º El embargo de la finca litigiosa se concretó en el mismo procedimiento mediante diligencia de 14 de noviembre de 1995, se notificó a la entidad deudora de la Hacienda Pública titular registral de dicha finca el siguiente día 15 y se anotó en el Registro de la Propiedad el día 27 siguiente.

4.º Las razones por las que se denegó inscribir en el Registro de la Propiedad la adquisición de la finca por el banco demandante fueron dos: Primera, no constar el compromiso de dicho Banco de levantar el embargo a su favor sobre las acciones de su deudora; y la segunda, no acreditarse la inscripción en el Registro Mercantil de la modificación de los estatutos y nombramiento de administrador de la sociedad transmitente.”

b) El considerando cuarto.

Dice que de los términos del recurso y de su impugnación se desprende, de un lado, que ya no se discute sobre la validez de la adjudicación o dación en pago a favor de la parte demandante ni sobre la aptitud de este negocio para transmitirle el dominio de la finca mediante la tradición instrumental y, de otro, que siempre fueron cuestiones pacíficas la onerosidad tanto de dicha adjudicación como de la venta de 1997 y la buena fe de los dos sucesivos adquirentes de la misma finca.

Se trata por tanto, única y exclusivamente, de determinar si quien compró en 1997 e inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad debe ser mantenido en su adquisición, pese a la previa adquisición de la misma finca por el Banco demandante.

c) El largo considerando quinto.

Se destina a exponer los criterios encontrados de las sentencias de esta Sala cuyos supuestos de hecho eran la propiedad de la misma finca inscrita a nombre del transmitente y transmitida a una persona, quien no la inscribió y después a otra por el mismo disponente cuando ya no era dueño o en su nombre en venta judicial o forzosa cuando ya la había enajenado, inscribiéndola el segundo adquirente a su nombre en el Registro de la Propiedad. Esta doble enajenación se pretendió resolver en muchos casos como si el CC y la LH estuviesen enfrentados, como si fuese incompatible el artículo 609 de aquel Cuerpo legal con el 34 de esta Ley y, además, para resolver el problema confirió cierto protagonismo al artículo 1.473, aunque desde 1989 la reanimación de este artículo va debilitándose en la jurisprudencia.

Este artículo que, en mi opinión, nació derogado, pero que su protagonismo como modo de expresión legal de un supuesto de adquisición de

la propiedad por ministerio de la Ley, aunque contrariaba a la LH y al propio CC, se pensaba y se piensa por algunos, que su párrafo 2.º, supervivencia del artículo 1.858 del Proyecto de 1851, hace de la inscripción un modo de adquirir la propiedad que elevaba la transcendencia de la función del Registro de la Propiedad, aunque contrariando el sensible sentido jurídico del CC y de la LH.

El artículo 1.473 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo reseñada en la sentencia. Afirma que esta jurisprudencia hasta el año 1989 incluía en el ámbito de este artículo la venta de un mismo inmueble a diferentes compradores, aunque entre ellas hubieren mediado varios años, poniendo dicho precepto en relación con el 34 de la LH, siempre que la finca estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor común y manteniendo en la adquisición al segundo comprador, si inscribía su título en el Registro antes que el primero. Así la sentencia de 6 de diciembre de 1962 apreció doble venta del artículo 1.473 pese a una separación de más de diez años entre una y otra y no aplicó el artículo 34 por no estar previamente inscritas las fincas a nombre del transmitente común, ya que fue el segundo comprador quien procedió a inmatricular la finca mediante acta de notoriedad y el primero impugnó su adquisición durante el período de suspensión de la fe pública registral del artículo 207, careciendo aquél del carácter de tercero hipotecario y del de propietario inscrito.

Estamos de acuerdo con la solución de la sentencia, en este caso ajeno al supuesto de hecho del artículo 34, puesto que las fincas no estaban inmatriculadas y ninguna función ni papel podía desempeñar el Registro respecto de ellas. Que esta doble venta haya sido un supuesto de hecho del artículo 1.473, lo dudo, no porque hayan transcurrido más de diez años entre ambas, sino porque de un lado el artículo 608 del CC dispone que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no en el Código Civil y, por tanto, este párrafo 2.º de su artículo 1.473 no los puede dictar, pues dicta los efectos propios del sistema registral del proyecto de 1851, incompatible con nuestro sistema hipotecario encarnado en el artículo 34, como hemos puesto de relieve en el primer capítulo dedicado a la interpretación histórica, y, por último, que la doble venta sea una figura que envejezca muy deprisa y deje de ser tal cuando la segunda acontezca unos días o un mes o dos después de la primera no nos parece un criterio serio, porque en realidad no estamos frente a dos contratos como negocios jurídicos fuente de obligaciones, como serían los de compraventa, en los que puede una misma persona vender la misma cosa por entero a dos o más, sino ante dos negocios jurídicos de disposición, uno válido y eficaz, el primero, y en él transmitimos el dominio del inmueble, y el otro nulo, porque el vendedor no está legitimado

para transmitir el dominio del mismo inmueble que ya no es suyo, aunque por la fuerza jurídica del Registro de la Propiedad recibida de la Seguridad del Tráfico Jurídico Inmobiliario puede ocupar el puesto del válido, si incurre en el supuesto de hecho del artículo 34 de la LH, como hemos defendido.

La sentencia de 7 de diciembre de 1987 considera tercero en el orden civil puro a quien respecto de un determinado contrato, negocio o situación jurídica al que es extraño o ajeno al mismo y en el campo del derecho hipotecario y a los efectos de la protección que la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad significa, en concreto la que deriva de la operancia del principio de fe pública registral, que los artículos 32 y 34 de la LH consagran, *es tercero en el campo del Derecho hipotecario el adquirente que por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral anterior a su adquisición, aunque en un orden civil puro el título por el que un determinado contenido registral tuvo acceso al Registro de la Propiedad adoleciera de vicios que lo invalidaran*. Por tanto, la cualidad de “tercero hipotecario” no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero, pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo del tercero, en el sentido de convalidarlo, sanándolo de los vicios de la nulidad de que adolezca. A partir de tales consideraciones esta sentencia negaba a los demandados la protección del artículo 34 de la LH, porque conforme al artículo 33 de la misma Ley aquéllos no eran terceros en relación con su propio título adquisitivo y, como éste consistía en una adjudicación de las fincas en procedimiento del artículo 131 de idéntica Ley, en su redacción por entonces vigente, pero en tal procedimiento se había omitido el requerimiento de pago al deudor, esta omisión determinaba la nulidad de todo lo actuado en el mismo, expresamente pedida en la demanda, y por tanto también en la subasta, remate y adjudicación de los bienes.

Ya hemos apuntado que la definición que el artículo 27 de la Ley de 1861 dio del tercero no fue ningún acierto, porque las definiciones no son propias de las leyes como normas jurídicas, cuya estructura es un supuesto de hecho de la vida social y un efecto jurídico, una consecuencia jurídica y a ambos es ajena la definición, aunque esa definición sirvió para popularizar la Ley Hipotecaria como una “Ley de terceros”, lo que

no es ningún logro jurídico. En la reforma de 30 de diciembre de 1944 se planteó la cuestión de suprimir la palabra tercero del artículo 34 y creo que hubiese sido un acierto. Esta sentencia con esa carga doctrinal, que le habrán planteado las partes, confunde más en la resolución del problema.

El párrafo de la sentencia que destaco en cursiva se refiere al adquirente del artículo 34 y en este sentido estamos conformes con él, la legitimación que confiere este artículo al titular registral, manteniéndolo en su adquisición por ministerio de la Ley a pesar de haberse anulado el derecho del transmitente, porque figura como propietario, cuando ya no lo era y en defensa del tráfico jurídico salvaguardado por el Registro de la Propiedad lo legitima este artículo; pero a renglón seguido se desdice afirmando que el tercero hipotecario no lo origina el acto jurídico determinante de la adquisición, pues si el acto adquisitivo es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria y esta afirmación no tiene fundamento, ya que el supuesto de hecho del artículo 34 a quien evidentemente protege es al adquirente de quien está legitimado por el Registro de la Propiedad, es decir, a quien figura como propietario en él y ya no lo es, porque ha enajenado su finca, aunque en el Registro continúa inscrito como propietario de la misma y este artículo únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero, pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo del tercero, en el sentido de convalidarlo, sanándolo de los vicios de la nulidad de que adolezca. Si sólo adolece de ese vicio, que por sí solo haría nulo el procedimiento judicial sumario del artículo 131 y es el padre de los vicios del embargo, subasta, remate y adjudicación de bienes ajenos del mismo procedimiento, la legitimación que confiere el artículo 34 los salva y hace firme la transmisión registral, pero si no se hizo requerimiento de pago al deudor o se infringió alguna otra regla del artículo 131 que haga nulo el procedimiento que regula, entonces estamos frente a un supuesto de hecho del artículo 33 respecto a estas infracciones. De un lado, los demandados presentarán a la inscripción un título que cumplía los requisitos para que entrara en juego el artículo 34 y de otro impedían que el mismo título entrara en juego a causa de su nulidad porque infringe alguna o algunas reglas del artículo 131 de la LH.

Cuando el documento presentado en el Registro de la Propiedad contiene, además de la nulidad de falta de legitimación sustantiva, que cubre el artículo 34 otra u otras, juega el artículo 33 respecto de ellas.

La sentencia de 4 de marzo de 1988 aplica a un litigio en el que se confrontaban una compraventa en documento privado del año 1981 con

posesión efectiva de la finca por el comprador (19) y una compraventa en escritura pública del año 1983 inscrita en el Registro de la Propiedad. Situando el conflicto en el ámbito del 1.473 del CC en relación con el 34 de la LH y descartando que quien adquirió confiado en el Registro estuviera obligado “a una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada”, pues de ser así “el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad”, la sentencia declara lo siguiente: “Por ello, y en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1.473 del CC y 34 de la LH, quedando a salvo los derechos de orden personal del primer adquirente burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor que habrá, en su día, de responder, según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad, pero que en esta litis, como se dijo, no se ha suscitado como tema a decidir” y a continuación invoca el párrafo 3.º del artículo 1.473: “si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo), pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal el elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito, que aquí en este recurso no ha sido descalificada.”

La invocación del artículo 1.473, párrafos 2.º y 3.º, ensombrece esta sentencia en cuanto se refiere al Registro de la Propiedad y a la LH y la ensombrece: 1.º Porque es el *ius possidendi* del propietario, como facultad de su derecho de propiedad, cristalizada en la tradición, la que la transmite. 2.º Porque su párrafo 3.º no es supuesto de hecho de la misma, es ajeno al caso y se invoca desafortunadamente *obiter dictum*. La buena fe en la que insiste la sentencia está en el artículo 34 de la LH, no en el párrafo 2.º del 1.473 y este artículo está derogado por el 608 del CC, que dispone que la LH es la que determina los efectos de título sujetos a inscripción y el valor de sus asientos y no el CC y menos aún este párrafo 2.º de su artículo 1.473, que se coló en su articulado a través del Proyecto de 1851, como al principio de este artículo he puesto de relieve y

(19) La posesión efectiva en esta materia es una expresión equívoca a efectos de la transmisión del dominio de la finca en el que juega el papel decisivo la tradición.

que la modificación por Ley de 30 de diciembre de 1944 modificó el artículo 34 y exigió expresamente la buena fe en el adquirente.

Vamos a ver si acierto a exponer la sentencia de 17 de octubre de 1989: CYOSA había vendido a los esposos N. N. y H. S. en documento privado el 20 de febrero de 1976 sin fecha fehaciente y sin haber adquirido ésta con posterioridad, conforme al artículo 1.227 del CC, y aunque este título no era oponible a terceros, les había transmitido su propiedad. El 27 de septiembre de 1978 CYOSA vendió la finca 46197 al matrimonio R. A. y C. G., la cual se inscribió en el Registro de la Propiedad a su favor y en garantía del pago de su precio se constituyó en escritura de 8 de marzo de 1979 una hipoteca a favor de la Caja General de Ahorros de Canarias en la que la prestamista cometió el error de hipotecar la finca que equivocadamente figuraba en la escritura de compra anterior y que era distinta de la que efectivamente se quería comprar e hipotecar, cierto que la escritura de compra fue subsanada después, el 21 de julio de 1983, pero no la de préstamo hipotecario y aquella subsanación que se formuló más de cuatro años más tarde que la de préstamo hipotecario no afectó a ésta. Pero el error en la declaración de voluntad (se quería hipotecar, pero otra finca) fue cometido por una de las partes (la prestataria) y no por la entidad prestamista, que creyó de buena fe que esa era la finca que se le ofrecía en hipoteca. La citada Caja que adquirió la hipoteca desconocía el contrato de compra de 20 de febrero de 1976 y que los esposos N. N. y H. S. fuesen sus propietarios.

El principio de fe pública registral, según el cual el tercero que adquiere del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscribe, está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente (art. 34 y concordantes de la LH) y el principio contenido en el artículo 32 de la citada Ley en virtud del cual los títulos no inscritos debidamente en el Registro no perjudican a tercero (20), que en nuestro caso resuelven la adquisición a favor de la citada Caja del derecho real de hipoteca referido sobre una finca ajena al hipotecante y lo hace con estos argumentos: 1. Haber adquirido del titular registral. 2. A título oneroso. 3. De buena fe. 4. Inscribir el derecho resultante del título adquisitivo. 5. *Que el acto adquisitivo sea válido*, y 6. Que se anule el derecho del transmitente por virtud de causas que no consten en el Registro. Estos requisitos, dice la sentencia, se cumplen de manera eviden-

(20) La sentencia habla del principio de inoponibilidad, manifestación de que lo no inscrito no perjudica a tercero, adoptando el léxico propio de los sistemas registrales francés e italiano, como expresión de un supuesto de ineficacia relativa con la que la doctrina francesa e italiana denominan la limitación de eficacia de los negocios jurídicos frente a tercero, pero en el Derecho positivo registral o hipotecario español, salvo algún hipotecarista, se habla de *perjudicar a tercero*; v. g., artículos 31 y 32 de la LH.

te, los señalados en los números 1, 4 y 6 y el del título oneroso y la buena fe también, porque el préstamo a interés es claro que hace oneroso el contrato y la buena fe de la Caja de Ahorros también, porque de los hechos probados no resulta en instancia que la entidad prestamista conociera que la finca hipotecada estuviera ocupada por el comprador en el documento privado de 20 de febrero de 1976 o que tuviera instalación de butano a su nombre.

Interesante es el argumento relativo a la validez del acto adquisitivo: "Para que el artículo 34 sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo se aplicaría entonces el artículo 33 de la propia LH y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en ese acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación de la LH de 1861 y de su colocación sistemática en la ley actual".

Concebido en estos términos no debe producir la nulidad del acto en perjuicio de la Caja de Ahorros de Canarias. Por estas razones y principios: 1.º Porque quien se equivocó debió rectificar inmediatamente. 2.º Porque el principio de protección de la apariencia a quien contrató de buena fe confiado en lo que dice la otra parte, debiendo quedar obligado quien la crea y no rectifica. Y no habiendo sido impugnado dentro de los cuatro años fijados para el ejercicio de la acción en el artículo 1.301 por la parte que sufrió el error debe estimarse confirmado tácitamente, consecuentemente considera que la citada Caja debe estimarse protegida por los artículos 32 y 34.

Estamos de acuerdo con la sentencia, si bien matizamos que el acto que se inscribe recibe la legitimación registral el transmitente del acto anterior inscrito, fundada o explicada como una adquisición por ministerio de la Ley.

La sentencia de 13 de abril de 1993 vuelve a encuadrar en el artículo 1.473 dos ventas de una misma finca por el mismo vendedor a diferentes compradores, aunque entre ambas hubieran transcurrido más de diez años y la segunda de ellas fuera una venta judicial y el conflicto lo resuelve la sentencia a favor del Banco adquirente a consecuencia del procedimiento de enajenación forzosa, es decir, por venta judicial con base en la pasividad durante años de quien había adquirido en documento privado y aplicando el artículo 34 de la LH, pues dicho Banco *"adquiere a virtud del mecanismo de la subasta pública... un inmueble de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo"*.

Esta sentencia invoca el artículo 1.473, resuelve los efectos de la inscripción con el que impone el artículo 608 del CC, el 34 de la LH y que,

en mi opinión, deroga el párrafo 2.º del 1.473 y resalta acertadamente la legitimación registral para convalidar la transmisión al amparo del citado artículo 34.

La sentencia objeto de este artículo que comentamos destaca que entre los años 1989 y 1994 cabe advertir dos cambios significativos: Se excluye definitivamente del ámbito del artículo 1.473 del CC la llamada venta de cosa ajena, venta de una finca por quien antes había sido propietario a un segundo comprador; y disminución de la protección al adquirente del artículo 34 de la LH al adquirente en procedimiento de apremio de una finca que, cuando se embargó, ya no pertenecía al propietario por haberla enajenado a otra persona, que no inscribió en el Registro.

La sentencia de 23 de mayo de 1989 resolvía sobre la adjudicación de una finca en subasta pública, siendo demandante el primer adquirente, el Ayuntamiento de Benidorm, quien no pidió la nulidad del procedimiento de apremio, sino solamente la nulidad de la enajenación en la subasta, cuya sentencia deniega al segundo adquirente, Proside, SA, la protección de los artículos 32 y 34 y la presunción *iuris tantum* del 38, todos de la LH, por apreciar nulidad del título inscrito del segundo adquirente a partir del embargo, subasta y adjudicación de una finca que no era propiedad del ejecutado por haberla transmitido anteriormente mediante escritura pública no inscrita en el Registro de la Propiedad. En la sentencia del TS se dice: La protección que el artículo 34 de la LH dispensa no deriva del asiento por el que el “adquirente” constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan con presunción “*iuris et de iure*”, que el Registro para dicho subadquirente es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad jurídica extrarregistral, realidad jurídica, que en los supuestos en que el título por el que se ha obtenido la inscripción sea nulo, se sobrepone a la verdad formal que el asiento representa, lo que acontece en el caso aquí enjuiciado, en que el título de dominio de la recurrente se originó por el irregular embargo, subasta y adjudicación de la tercera parte indivisa de una finca en la que se comprendía una porción de terreno, que ya no era propiedad del ejecutado y sí, por el contrario, del Ayuntamiento demandante. En consecuencia, tampoco vulneró la resolución impugnada el artículo 32 de la LH al no estar adornada Proside, SA, de la cualidad de “tercero” a que la norma se refiere y, por último, lo que el párrafo 1.º del artículo 38 de esta Ley, al sancionar el principio de “legitimación registral” a favor del titular de los derechos reales establece, es una presunción *iuris tantum* a favor del titular de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, presunción que al haber sido desvirtuada en el litigio por la prueba en contrario determina la improcedencia de su aplicación, como con harta reitera-

ción ha establecido la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 4 de marzo de 1982, 16 de septiembre de 1985 y 18 de febrero y 21 de septiembre de 1987.

Este considerando tercero, que he ampliado, tomándolo directamente de su sentencia, pone de relieve una de las argumentaciones de quienes no quieren incorporar a nuestro Derecho común la aportación de la Ley Hipotecaria en su aspecto de Derecho del Registro de la Propiedad en materia de seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, que no compartimos en absoluto. La legitimación del vendedor para transmitir la parcela a Proside, SA, deriva de la inscripción registral a su favor, que el primitivo comprador, el Ayuntamiento de Benidorm, no actualizó, inscribiéndola a su nombre y se la confiere el artículo 34 de la LH y deriva del asiento de inscripción a favor del vendedor al Ayuntamiento y del asiento donde se registró la adjudicación a Proside, SA, en la subasta objeto del procedimiento de apremio, que cumple con el principio registral del tracto sucesivo, legitimación amparada por el artículo 34 de la LH, porque el vendedor aparece con facultades para transmitir la finca derivadas del derecho de propiedad que consagra la inscripción, el *ius disponendi*, y cumplido ese requisito lo mantiene en su adquisición, aunque después se anule el del adquirente por causas que no consten en el mismo Registro. Estamos ante una adquisición por ministerio de la Ley, del artículo 609 del CC, en este caso cristalizada en el artículo 34 de la LH. Que la adquisición de Proside, SA, es nula no hay duda, pero la nulidad de esa adjudicación no consta en el Registro, como la de todos los adquirentes en virtud de un contrato traslativo del dominio otorgado por quien fue dueño de la finca y ahora no lo es porque la enajenó anteriormente. Esto es lo que concede el artículo 34, siempre que en el Registro no haya constancia ni duda derivada de una anotación preventiva de demanda de la nulidad del título adquisitivo del vendedor y que el adquirente no tuviese noticia del vicio de ese contrato en el momento de la inscripción, más exactamente del asiento de presentación y que no estuviese en el supuesto del artículo 207 de la LH. Esta Ley nada dicta ni resuelve respecto de las responsabilidades derivadas del contrato nulo, de la adquisición nula, esto lo deja a la competencia del CC y ella se limita a defender la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario con la magistral fórmula del artículo 34 de la LH incorporada a nuestro Derecho común.

Proside, SA, no ha sido parte en la primera transmisión, en la hecha al Ayuntamiento de Benidorm, es un subadquirente, es el tercer adquirente del artículo 34 de la LH, a quien este artículo legitima pasivamente para adquirir la finca vendida a dicho Ayuntamiento y también es claro que la legitimación registral como discutida y forzada presunción *iuris tantum* otorga el párrafo 1.º del artículo 38 de dicha Ley, nada tiene que

ver directamente (21) con la legitimación que confiere el citado artículo 34 para mantener en su adquisición por ministerio de la Ley al adquirente a Proside, SA.

La sentencia de 8 de marzo de 1993 se funda muy especialmente en la anterior y en la de 26 de junio de 1946 por la referencia de esta última a la necesidad de que el embargo se trabara sobre bienes propios del deudor, según los artículos 1.442 y 1.445 de la LEC de 1881 y se excluye rotundamente del ámbito del artículo 1.473 la segunda transmisión, a consecuencia del procedimiento de apremio, que sería una venta de cosa ajena o una venta inexistente "por falta de objeto"; se deniega la protección del artículo 34 al segundo adquirente, considerando desvirtuada la presunción del 38, ambos de LH y se declara la nulidad del juicio ejecutivo pedida en la demanda a partir del embargo de la finca y, en definitiva, se declara propietarios a quienes cinco años antes de la segunda transmisión habían comprado la finca en escritura pública, no inscrita en el Registro de la Propiedad, y entrado en la posesión material de la misma.

Estamos de acuerdo en que el embargo se deberá trabar sobre bienes propios del deudor, y si no se trabare estaríamos ante una venta forzosa de cosa ajena, ante una venta nula por falta del *ius disponendi*, no ante una doble venta y que por ello el artículo 1.473 no es aplicable; pero no lo estamos en que por eso se deniegue la protección del artículo 34 de la LH, porque precisamente el supuesto de hecho de este artículo es conferir al titular registral que figura como propietario de ese inmueble la legitimación sustantiva o civil para que pueda disponer del mismo, del que el Registro de la Propiedad publica legalmente y cuya legalidad desprecia el primer comprador. El artículo 34 de la LH no convalida, no sana ese contrato nulo ni regula los efectos de esa nulidad, se desentiende de todo ello, porque no lo considera de su competencia, su regulación corresponde al Derecho civil. El comentario, pues, de la sentencia anterior, la de 23 de mayo de 1989, es aplicable a ésta incluido el relativo al artículo 38, párrafo 1.º, de la LH y agregamos que el hecho de que el primer comprador haya entrado en la posesión material de la finca no tiene ninguna relevancia jurídica respecto de la adquisición de su propiedad, que la adquirió por la compraventa acompañada de la tradición instrumental.

La sentencia de 25 de marzo de 1994 recayó sobre un caso de adjudicación en procedimiento administrativo de apremio de una finca vendida por su titular registral cuatro años antes en escritura pública y con tradición instrumental, que no inscribió, se ratifica en la inaplicabilidad del artículo 1.473 del CC a la venta de cosa ajena entendida en el sentido hasta

(21) Constituyen directamente el fundamento de los procedimientos regulados en el artículo 41 de la LH.

ahora examinado, puntualizando que la doble venta “implica una cierta coetanidad cronológica entre ellas”, porque en otro caso se daría en la segunda un supuesto de venta de cosa ajena o inexistencia de segunda enajenación por falta de objeto. Además deniega la protección del segundo adquirente por los artículos 32 y 34 de la LH. En cuanto al 32 por presuponer “la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa”, circunstancias que no se darían en el caso, y en cuanto al artículo 34, porque “la entidad recurrente nunca pudo tener la consideración de tercero protegido por la fe pública registral al haber adquirido *a non domino*, es decir, de personas que en el Registro aparezcan con facultades para transmitir el dominio, aunque después inscribieran su derecho realmente inexistente; y ello en cuanto según las sentencias de 23 de mayo de 1989 y 15 de noviembre de 1990, el contenido registral por el que entra en juego la protección que deriva del asiento no procede de este mismo, sino de los asientos que le anteceden, principalmente de que el disponente sea titular inscrito; lo que reiterando lo dicho, no se da en la litis, puesto que los transmitentes carecían del dominio por haberlo enajenado a la entidad recurrida con cuatro años de anterioridad”.

Estamos de acuerdo en la inaplicabilidad del artículo 1.473 del CC, pero con carácter absoluto, como hemos defendido anteriormente, porque su supuesto de hecho es imposible, pues la primera venta con tradición transmite siempre el dominio de la finca y la segunda otorgada por el mismo vendedor o en su nombre en virtud de un poder o de un procedimiento de apremio es siempre nula, porque no es propietario, carece del *ius disponendi* y no está legitimado para enajenar; otórguese después de la primera el mismo día, unos días más tarde, unas semanas, unos meses o unos años, siendo la razón jurídica la falta de legitimación del vendedor en la que incurre inmediatamente después de transmitir la finca en la primera venta. Si la inscripción fuese constitutiva de la transmisión, como dice el artículo 1.473, párrafo 2.º, que no lo es evidentemente, en la primera venta, como el comprador no inscribió no se le transmitió la propiedad y en la segunda, si el comprador inscribe, sí.

En cuanto a la invocación del artículo 32 para negar su aplicación, estamos de acuerdo en que no es aplicable, pero por presuponer “la creencia y la conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa”, circunstancia que no se daría en este caso. Esto implica dos cosas distintas, si cree que es propietario, hay buena fe y estamos en el supuesto de hecho del artículo 34, que precisamente dispone que se le mantenga en esta adquisición *a non domino*, porque precisamente aparece con facultades en el Registro para transmitirla a este tercer adquirente,

quien no ha sido parte en el primer contrato de compraventa y el asiento donde se inscribe la finca a favor del vendedor le legitima para esta segunda enajenación. Si no se da en el segundo adquirente esa creencia y conciencia, habrá mala fe y no es supuesto de hecho del artículo 34 y tampoco puede serlo del 32, tanto porque no está debidamente inscrito como porque, si se inscribió, la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, según dispone el artículo 33, salvo en el supuesto de hecho del 34, todos de la LH.

El panorama jurisprudencial a partir de entonces, dice la sentencia comentada, puede describirse, en síntesis, del siguiente modo: de un lado, se mantiene invariable, con contadísimas excepciones, la inaplicabilidad del artículo 1.473 del CC a la venta de cosa ajena entendida en el sentido considerado hasta ahora, es decir, no como la de una finca que nunca ha sido del vendedor, sino como la de una finca que ha dejado de serlo, pero sin constancia en el Registro; y de otro, en materia de protección registral del segundo adquirente, coexisten dos líneas opuestas de decisión, una denegatoria por considerar nulo su acto de adquisición al ser nulo el embargo de una finca no perteneciente al deudor, y la otra otorgante de la protección registral por no perjudicar al segundo adquirente lo que no constaba en el Registro.

La sentencia de 11 de octubre del 2006 es una excepción a la jurisprudencia excluyente de la venta de cosa ajena del artículo 1.473 del CC, que recayó sobre un caso de venta de varias viviendas y un local de un mismo edificio mediante sendos documentos privados, pasando a poseer como propietarios los compradores antes arrendatarios, frente a una posterior transmisión por el mismo vendedor, titular registral, mediante una opción de compra a favor de una sociedad y ejercicio de la misma documentadas en sendas escrituras públicas inscritas en el Registro de la Propiedad. Tras declarar esta sentencia que el grado de cumplimiento del pago del precio carece de relevancia para distinguir la venta de cosa ajena de la doble venta, rechaza que la segunda transmisión pudiera declararse nula por no ser ya la cosa vendida propia del vendedor y carecer de objeto. Antes bien, afirmando que esta segunda transmisión, sí tenía objeto, constituido por las fincas transmitidas, sitúa la cuestión en el ámbito de la validez no del contrato posterior, sino en el de la oponibilidad de su eficacia transmisiva. Y aplicando en consecuencia el artículo 32 de la LH, complementado con la exigencia jurisprudencial de la buena fe en el tercero, que en este caso sería el segundo adquirente que inscribió, declara prevalente la propiedad de los primeros adquirentes, porque el segundo, al ejercitar su opción de compra, sabía que quienes ocupaban las viviendas y el local no eran ya arrendatarios, sino dueños.

Sobre el irrealizable supuesto de hecho del párrafo 2.º del artículo 1.473 para la doble venta con enajenación en ambas, claro es por el mismo vendedor, que la segunda es siempre una venta de cosa ajena, si en la primera se determinó el precio, se realizó la tradición, aunque se haya sujetado su impago a condición resolutoria mientras el vendedor no inste la resolución y estamos de acuerdo en que la cantidad mayor o menor que se haya pagado no afecta a la transmisión del dominio, mientras el vendedor no opte por la resolución del contrato en caso de impago total o parcial, conforme al artículo 1.124 del CC.

En cuanto al caso de la sentencia, no parece discutible que los primeros compradores de los pisos y del local de negocio como arrendatarios se convirtieron en propietarios por el contrato de compraventa en documento en virtud de la tradición regulada en el inciso final del artículo 1.463 y que la sociedad que pretendió adquirir la propiedad de los mismos mediante el ejercicio de un derecho de opción, no pudo conseguirlo, porque el primer vendedor no estaba legitimado para transmitirlos mediante un contrato de opción de compra, porque ya no era dueño, si el artículo 34 no podía legitimarlo por ministerio de la Ley respecto de esos mismos pisos y local de negocio, porque los representantes de la sociedad sabían que sus ocupantes eran dueños y no arrendatarios, cuya mala fe impedía que entrara en juego el artículo 34 de la LH, impedía que se diese su supuesto de hecho para que la legitimación registral que confiere ese artículo entrase en vigor respecto de ese objeto. No hay ninguna extraña cuestión a nuestro Derecho positivo de inoponibilidad, sino de que el contrato de opción no está debidamente inscrito y no perjudica a terceros, los arrendatarios compradores de los pisos y el local, que no habían inscrito su título.

La sentencia de 10 de junio de 2006 sobre una venta en escritura pública no inscrita, del año 1989, frente a un auto de adjudicación en procedimiento de apremio del año 1995, sí inscrito, habiéndose pedido en la demanda la nulidad de todo lo actuado en dicho procedimiento de apremio, rechaza la aplicabilidad del artículo 1.473 del CC con base en la jurisprudencia que distingue la venta de cosa ajena de la doble venta, porque la primera compraventa había resultado “plenamente consumada por el pago íntegro del precio y entrega de la cosa al vendedor” y por tanto en la segunda se dará una venta de cosa ajena o inexistencia de venta “por falta de objeto”. Por lo que se refiere al artículo 34 de la LH, toma como precedente la sentencia de 17 de octubre de 1989 para declarar la nulidad del acto adquisitivo inscrito, porque faltó el objeto de la adjudicación, concluyendo que el primer adquirente, “extraño al juicio ejecutivo por no resultar obligado al pago de la cantidad reclamada y que resulte titular legítimo de algún bien que ha sido trabado, está autorizado a instar judi-

cialmente la nulidad de las actuaciones del proceso de embargo, subasta y adjudicación, nulidad determinante a su vez de la del título del segundo adquirente” y “que le priva de la protección que otorga el artículo 34 de la LH”, de suerte “que el adjudicatario no reviste condición de tercero hipotecario y la inscripción que llevó a cabo no convalida la adquisición ineficaz de la finca” al primar el artículo 33 de la misma Ley, del que el 34 es una excepción.

Nosotros rechazamos la aplicabilidad del supuesto de hecho del párrafo segundo del artículo 1.473, ya que es imposible su realización, pues, si la primera venta transmite el dominio del inmueble, la segunda venta otorgada por el mismo vendedor y del mismo bien es una venta de cosa ajena y, en principio, nula, porque el vendedor no está legitimado para venderlo, carece del *ius disponendi*, por no ser titular del dominio, aunque si incurre en el supuesto de hecho del artículo 34 legitima al segundo comprador manteniéndolo en su adquisición. La segunda venta será nula, por falta de legitimación del vendedor, pero no inexistente por falta de objeto, porque el objeto existe y tan claro es la existencia de su objeto, que si el propietario del mismo la ratificase o mejor la confirmase la venta surtiría su efecto traslativo, si va acompañada de la tradición, como se desprende por analogía del principio en que se funda el párrafo último del artículo 1.259, repito, aunque si incurre en el supuesto del artículo 34 de la LH por ministerio de la Ley éste lo legitima para transmitirlo. Si la primera venta no transmitió el dominio y la segunda sí, adquiere la propiedad el segundo comprador, pero este caso es ajeno al problema que tratamos, la venta de cosa ajena.

Por lo que se refiere al artículo 34 de la LH, toma como precedente principal para declarar la nulidad del acto adquisitivo inscrito la sentencia de 17 de octubre de 1989 (que ya examinamos y resuelve aplicando el 34 a favor del acreedor hipotecario, titular de un derecho real sobre una finca ajena al hipotecante) a cuya exposición nos remitimos (22) y la declara, porque faltó el objeto de la adjudicación, lo que no es exacto, como acabamos de ver, lo que falló fue la legitimación, que es la que confiere en su caso el artículo 34, porque el demandado en el juicio ejecutivo era el deudor y como tal no estaba legitimado para transmitirlos, sólo lo estaba el propietario de los bienes, quien nada debía y por ello estaba legitimado para instar judicialmente la nulidad de las actuaciones del proceso de embargo, subasta y adjudicación, lo que instó el primer comprador como propietario de ellos, nulidad determinante de la del título del segundo adquirente, en todo lo cual estamos de acuerdo, pero no en las conclusiones de la sentencia, que le priva de la protección del artículo 34,

(22) Véase nuestro comentario en los folios 17 *in fine* y 18.

porque el adjudicatario no es tercero hipotecario, el acreedor del vendedor no es parte en el contrato entre éste y el primer comprador, sino tercero y así lo reconoce la propia sentencia, pues, si aplica el artículo 33, lo es con respecto de un acto o contrato que no está debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, como es el acto nulo, el de la sentencia, y si no está debidamente inscrito, el artículo 32 admite que perjudique a tercero y el 33 dispone que, aunque se inscriba el acto nulo, la inscripción no lo sana, no lo convalida, salvo en el supuesto del 34, que confiere la legitimación registral al primer vendedor para mantener en su adquisición al adjudicatario en el proceso de apremio, que de buena fe los adquirió e inscribió, y esto, aún cuando el acto nulo, como fue el de adjudicación en el proceso de apremio, que ya estaba inscrito en el Registro de la Propiedad al dictarse la sentencia y en el que no constaba que haya sido anotada preventivamente la demanda antes de la inscripción.

La sentencia de 16 de junio de 2003 sobre un caso de adjudicación de la finca al propio acreedor ejecutante habiéndose pedido en la demanda la nulidad de la venta judicial, pero no la del procedimiento de apremio y habiendo mediado entre la primera y segunda venta cerca de cinco años, declara que falta el objeto en la venta judicial y que “tratándose de venta carente de objeto no hay contrato”, así como que al acreedor adjudicatario “no le asiste la condición de tercero hipotecario, por lo que la inscripción de la venta judicial no convalida la adquisición ineficaz del local del pleito, al aplicársele el artículo 33 de la LH, ya que el artículo 34 lo que protege es la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio.”

Esta sentencia es interesante, porque acoge la mayor parte de los erróneos fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Supremo para rechazar el juego del artículo 34 de la LH en defensa de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Si la venta judicial adjudicando la finca al propio acreedor ejecutante estaba ya inscrita en el Registro cuando se interpuso la demanda o no lo estaba y no se pidió la anotación preventiva de la misma cuando se interpuso, sino después de inscrita la venta, a menos que haya mala fe en el acreedor adjudicatario, como no parece que ocurre en este supuesto de hecho judicial, el título para la inscripción registral es perfecto, si no pretendemos infringir el artículo 34 citado y ello: 1.º Porque la doble venta como contrato traslativo del dominio es siempre venta de cosa ajena, otórguese la segunda unos segundos después, diez o más minutos, una o varias horas, uno más días, meses o años, la doble venta como contrato jurídico real es irrealizable, pues la primera transmitió el dominio de la finca y la segunda es siempre una venta de cosa ajena; ahora bien, en la segunda venta no falta el objeto, que es el mismo que el de la primera venta, el objeto existe y respecto del cual el vende-

dor fue su propietario y ahora ya no lo es y su existencia está tan viva para nuestro Derecho positivo, que si el primitivo comprador y actual dueño la asume confirmándola o ratificándola, la venta es válida y eficaz según los principios de nuestro artículo 1.259 o el propio artículo; lo que falla no es la existencia del objeto, sino la legitimación para disponer de él, el *ius disponendi*, que es inherente a la propiedad del objeto, no a la existencia del mismo.

2.º En cuanto a la errónea afirmación de que el acreedor ejecutante a quien se le adjudicó la finca no le asiste la condición de tercero hipotecario, argumentando, “por lo que la inscripción de la venta judicial no convalida la adquisición ineficaz del local del pleito al aplicársele el artículo 33 de la LH”, ya que el tercero del artículo 33 es un tercero del artículo 32, lo mismo que el del artículo 34, que es un tercer adquirente debidamente inscrito, conforme a los asientos vigentes del Registro, según el artículo 1.º, párrafo último, de la LH y que después, por causas que no constan en el Registro, se convierte en un tercero indebidamente inscrito, porque el propietario de la finca según la inscripción había vendido su finca o se la habían enajenado en pública subasta en un procedimiento de apremio y ya no lo era. El conflicto lo resuelve el artículo 34, o sea, la Ley, ya que es su supuesto de hecho y mantiene en su adquisición a quien de buena fe y a título oneroso, confiando en el Registro, se le adjudicó la finca en pago de su crédito en virtud de un procedimiento de apremio, sanando por medio de la Ley el defecto de legitimación del titular registral. El artículo 34 de lo que evidentemente protege es de la nulidad del acto jurídico anterior, del cual resultaba que, a causa de la no inscripción por el adquirente de la transmisión de la anterior del titular registral, éste no estaba ya legitimado para transmitirla, y esa falta de legitimación es la que el artículo 34 confiere por ministerio de la Ley al adquirente, el defecto que sana para mantener la adquisición es ese, en beneficio del adquirente a título oneroso y de buena fe, en defensa del tráfico jurídico inmobiliario y del Registro de la Propiedad. El problema lo plantea con más o menos disculpas quien compra y no inscribe.

La sentencia de 25 de mayo de 2006 no vamos a examinarla, porque estamos de acuerdo con su resolución *ratio dicendi*, de negar al adjudicatario en el juicio ejecutivo la protección del artículo 34 por haber actuado de mala fe, aunque agrega *obiter dictum*, que su acto adquisitivo estaba afectado de nulidad, siendo aplicable, por tanto, el artículo 33 de la misma Ley, porque se habían trabado y adjudicado fincas manifiestamente pertenecientes a otro propietario legítimo, lo que implica una invocación sin ninguna razón del artículo 34 y su derogación jurisprudencial, porque será muy difícil que produzca algún efecto contra el aforismo, más bien la regla interpretativa de que las palabras de la Ley han de ser admitidas con

efecto, *verba legis cum effectu sunt accipienda*, recogida en el artículo 1.284 y en cierto modo también en el 1.286 de nuestro CC.

Finalmente reseña las sentencias que expresan un criterio favorable a mantener en su adquisición a quien adquiere a título oneroso y de buena fe del titular registral, el cual puede considerarse mayoritario en el repertorio más reciente de las sentencias de esta Sala.

Así, la sentencia de 19 de octubre de 1998 declara rotundamente que la adquisición *a non domino* es “la manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregistral el transmitente (titular según el Registro) no fuera dueño del piso en virtud de la declaración de nulidad (que no constaba en el Registro) de la subasta por la que había adquirido el referido piso” y aunque en el caso se protegía la posición de quien había comprado al rematante, se afirma que también éste habría resultado protegido por el artículo 34 de la LH al ser desconocedor de la nulidad de la subasta.

De acuerdo con la sentencia en cuanto se refiere a la adquisición del adquirente del piso que había comprado al rematante, la cual es *ratio decidendi* en este juicio. La adquisición del transmitente en una subasta nula, cuya nulidad desconocía, es una cuestión *obiter dictum*, que no sienta jurisprudencia y en la cual no entramos, aunque estamos de acuerdo con la solución de la sentencia.

La sentencia de 22 de junio de 2001 declara que “la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no la del propio título adquisitivo del tercero”. Estamos de acuerdo.

La sentencia de 6 de mayo 2004 reitera la jurisprudencia que distingue la doble venta de la venta de cosa ajena, exigiendo para esta última el requisito de “una cierta coetaneidad cronológica”, pero aplica el artículo 34 a favor del adquirente en subasta por haberse embargado la finca cuando aún pertenecía al titular registral, no haberse acreditado vicios que provocaran la nulidad del procedimiento de apremio y no faltar el objeto de la venta, rechazando así la fundamentación de la sentencia recurrida, según la cual, cuando se otorgó la escritura pública por el juez en nombre del vendedor, el piso ya no era propiedad de éste y por eso la venta carecía de objeto y era inexistente.

La distinción de la doble venta de la venta de cosa ajena, si la primera venta transmitió el dominio, la segunda venta, célebrense poco o mucho tiempo después de la primera, es una venta de cosa ajena, como hemos expuesto reiteradamente.

En cuanto al hecho de haberse embargado la finca cuando aún era propiedad del vendedor, supuesto que, en mi opinión, no había razón para invocar, porque está excluida del supuesto de hecho de esta resolución el problema del embargo de bienes ajenos, pero al plantearlo parece insinuar una

solución negativa para la aplicación del artículo 34 en el caso de que los bienes ya no fuesen del titular registral con la que no estamos de acuerdo, precisamente porque el artículo 34 lo que suple es la falta del poder de disposición, la falta del ius disponendi del titular registral, por haber dejado de ser propietario y si no lo era cuando el Juez otorgó la escritura de venta y el artículo 34 por ministerio de la ley mantiene la adquisición, también debe aplicarse este artículo legitimando al titular registral desde que se consulta al Registro para iniciar el procedimiento de apremio.

La sentencia de 24 de junio de 2004, aun calificando los hechos de venta de cosa ajena y no de doble venta, protege la adquisición *a non domino* de quien confió en el Registro por no poder afectarle la inexactitud de su contenido cualquiera que fuese su causa.

Si el artículo 34 está dictado para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, tutelando las adquisiciones de quien según el Registro fue el dueño de la finca y ahora ya no lo es, el supuesto de hecho de este artículo es de venta de cosa ajena, como acertadamente los califica esta sentencia, que además matiza “cualquiera que fuese su causa”.

La sentencia de 25 de octubre de 2004 se pronuncia también en el auténtico sentido del artículo 34 al declarar que la fe pública registral no se puede enervar porque en la verdad material el transmitente ya no fuera dueño de la cosa transmitida, pues en virtud de este artículo de la LH “se viabilizan las adquisiciones *a non domino*”.

La sentencia de 30 de diciembre de 2005, aunque resuelve el recurso principalmente por inexistencia del requisito de la buena fe, distingue el embargo que será nulo, si se traba sobre un bien no perteneciente ya al deudor, de la adjudicación judicial, que será válida si se inscribe, porque “es susceptible de ser considerada como acto sustantivo y registral independiente de la anotación preventiva de embargo, al menos cuando no se plantea cuestión alguna en relación con la cancelación de inscripciones previas, como ocurre en el caso examinado, en el que, como queda dicho, las adquisiciones a favor de los demandantes no tuvieron acceso al Registro”. Esta sentencia también resalta la necesaria conexión del artículo 1.473 del CC con el 34 de la LH para poner en relación la prioridad con el Registro de la Propiedad, pues “en caso de doble venta de un inmueble urbano, que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no la inscribe en el Registro de la Propiedad y el posterior sí realiza la inscripción a su nombre, confiere a este último la propiedad siempre que medie buena fe”.

Esta sentencia resuelve *ratio dicendi* el recurso esencialmente por la inexistencia de la buena fe en el adquirente que pretende hacerlo al amparo del artículo 34, porque no puede ser su supuesto de hecho para que surta el efecto de mantenerlo en su adquisición.

La distinción que hace, entiendo *obiter dictum*, entre el embargo de un bien ajeno, que será nulo, de la adjudicación judicial, que será válida, si se inscribe, porque es susceptible de ser considerada acto sustantivo y registral independiente de la anotación preventiva de embargo, a nosotros nos parece que se funda en la adquisición *ex lege* y *a non domino*, dictada esencialmente para garantizar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y que en el embargo indebidamente trabado no existe una razón como la de la seguridad del crédito territorial para defenderla y, claro es, no es suficiente para obstaculizar el supuesto de hecho del artículo 34 en perjuicio del tráfico jurídico inmobiliario.

Respecto de la relación del artículo 1.473, párrafo 2.º, del CC con el 34 de la LH, ya hemos insistido en exceso sobre ello: El supuesto de hecho de ese párrafo es irrealizable en nuestra vida social, si en una compraventa se transmite la propiedad de un inmueble y el vendedor vuelve a venderlo pretendiendo transmitir el dominio a otra persona es nula la segunda, porque el comprador carece del *ius disponendi*, que le legitime para volver a transmitirla.

La sentencia de 21 de julio de 2006 versa sobre una venta en documento privado por el titular registral en 1976, seguida de otra en 1977 por el comprador, también en documento privado, que no se pronuncia sobre la nulidad, no pedida en la demanda, de un embargo trabado en 1983 sobre el piso, que seguía inscrito a nombre del mismo titular y mantiene la adquisición hecha en 1991 por quien, tras la subasta practicada en 1993 en un procedimiento de apremio de un juicio ejecutivo, fue cesionario del remate e inscribió su título en 1993, incluso a pesar de que en 1992 se había dictado a favor del adquirente en 1977 un auto favorable en expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo que, sin embargo, no llegaría a inscribirse. Al producirse el conflicto, en este caso, entre la adquisición del cesionario del remate y la usucapión *contra tabulas* de quien en 1977 había comprado el piso y entrado en la posesión material del mismo, se declara por esta Sala que “que el principio de seguridad jurídica que inspira toda la institución del Registro de la Propiedad favorece *erga omnes* al adquirente, a quien se le cede el remate en subasta practicada en juicio ejecutivo y tiene la consideración de tercero hipotecario conforme al artículo 34 de la LH, cuya buena fe se presume”, subrayándose cómo la sentencia del anterior día 10 había señalado la improcedencia de exigir a quien participa en una subasta judicial la carga de comprobar si lo publicado en el Registro coincide exactamente con la realidad.

El silencio de la sentencia respecto de la nulidad no pedida de una demanda de embargo del piso que seguía inscrito a nombre del titular registral parece lógica, pues el único que tendría interés en pedirla no estaba legitimado con su documentación sobre la finca para instarla.

La inscripción practicada a favor del cesionario del remate en la subasta del procedimiento de apremio del juicio ejecutivo y apoyada en el artículo 34 no parece que ofrezca dudas, porque el auto favorable en el expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo, como no se inscribió no parece que lo conociese el adquirente.

El conflicto se plantea entre la adquisición del cesionario del remate, que inscribió su título y la usucapión *contra tabulas* de quien en 1977 había comprado el piso y entrado en la posesión material del mismo (se entiende en concepto de dueño) la resuelve la Sala a favor de aquél, que tiene la consideración de tercero hipotecario conforme al artículo 34 de la LH, cuya buena fe se presume, aplicando el principio de seguridad jurídica que inspira toda la institución del Registro de la Propiedad y favorece *erga omnes* al adquirente, quien tiene la consideración de tercero hipotecario. Resolución que nos parece acertada.

En cuanto a la invocación de la sentencia del día 10 de junio del 2006, debe de haber un error en la fecha, pues hay varias sentencias que han señalado la improcedencia de exigir a quien participa en una subasta judicial la carga de comprobar si lo publicado en el Registro coincide exactamente con la realidad y también es raro que lo diga una sentencia que priva a quien lo alega de la protección del artículo 34.

d) El fundamento de Derecho sexto.

Este considerando dice: “El panorama jurisprudencial que se acaba de describir aconseja que para recoger el presente recurso, fundado en la infracción del artículo 34 de la LH y de la jurisprudencia al respecto, se fije definitivamente la doctrina de esta Sala sobre si dicho precepto ampara o no las adquisiciones *a non domino*, especialmente cuando éstas se producen a consecuencia de procedimientos de apremio sobre bienes embargados después de haberlos enajenado ya su titular registral.”

“Conviene señalar que el artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) de 2000 parece haber eliminado cualquier duda al declarar eficaz el embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al ejecutado y proteger al rematante o adjudicatario que hubiera adquirido los bienes de modo irreivindicable, conforme a la legislación sustantiva, frente al verdadero titular que no hubiera hecho valer sus derechos por medio de la tercería de dominio. Pero la salvedad del número 2 del mismo artículo sobre la nulidad de la enajenación y la casi segura probabilidad de que haya que seguir pronunciándose sobre adquisiciones anteriores a la entrada en vigor de dicha Ley procesal (7 de enero de 2001, disposición final 21, ahora 23) son factores de entidad más que suficientes para seguir considerando imprescindible la fijación de un criterio uniforme al respecto.”

Sin duda, es necesario fijar la doctrina de esta Sala aplicando el artículo 34, que por ministerio de la Ley dispone que se mantenga en su adquisición a quien adquiera en el supuesto de hecho del artículo 34, aunque después se anule el derecho del titular registral, que lo transmitió y se desconozca la reforma que han hecho la LH y el CC en los modos de adquirir los derechos reales inmobiliarios en nuestro Derecho histórico y tradicional.

En cuanto a la invocación de la LEC del año 2000 nos preguntamos: ¿es de su competencia la resolución de este problema?, o ¿es un problema sustantivo que la LEC debe dar tratamiento procesal de acuerdo con la solución civil? Nosotros creemos que el problema del embargo de los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de un titular, que ya no es dueño de ellos por haberlos enajenado, es un problema accesorio y sin relevancia a los efectos del artículo 34 de la LH, que decide sobre la propiedad de los bienes embargados como derecho real y, por tanto, está embebido en la solución que sobre la misma nazca del supuesto de hecho de este artículo, si reúne los requisitos del mismo para que consagre la adquisición *ex lege*, el embargo que en virtud de la anotación preventiva confiere como derecho personal una proyección del crédito ejecutante contra el titular registral de la finca o fincas embargadas, siempre y cuando prospere a favor del acreedor ejecutante la adquisición de la finca al amparo del artículo 34 y se haya inscrito o se inscriba a su favor; pero si el primer comprador anota su demanda en la tercería de dominio interpuesta contra aquél antes de que inscriba su adquisición, ésta no podrá inscribirla el adquirente *a non domino* evidentemente, ya que la causa de la anulación consta en el mismo Registro y el embargo será nulo por estar trabado sobre bienes ajenos, propios del primer comprador, que nada adeuda al ejecutante y creemos que sin necesidad de demostrar la mala fe del adquirente.

e) El fundamento de Derecho séptimo.

“La doctrina sobre el artículo 34 de la LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su

derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente.”

“Esto último se comprende mejor si la conjunción aunque se interpreta como equivalente a incluso cuando o imaginando antes de aquélla un punto y coma en vez de una coma, y mejor aún si se recuerda que la Ley de 30 de diciembre de 1944 de reforma hipotecaria, antecedente inmediato del Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, suprimió el artículo 23 de la Ley anterior, equivalente al 32 del vigente texto por considerarlo innecesario tras el fortalecimiento de la posición del tercero del artículo 34 y la consagración del principio de la fe pública registral como documento básico del sistema. Por eso, el preámbulo de dicha Ley Reformadora, al explicar la precisión del concepto de tercero que se lleva a cabo en el artículo 34, que por tal se entenderá «únicamente al tercer adquirente, es decir, al causahabiente de un titular por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra ¿tercero? por la de ¿adquirente?, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo.”

El primer párrafo resalta que el artículo 34 ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente, porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, pero que de haberla enajenado y no ser ya propietario ha perdido el *ius disponendi* y aunque está legitimado registralmente, en la realidad jurídica no lo está, salvo que ésta cristalice en el supuesto de hecho del artículo 34 de la LH, que legitima, no al actual propietario, sino al anterior en la realidad jurídica y en el Registro para otorgar esa transmisión como modo de adquirir por ministerio de la Ley, proclamado en el inciso 1.º del párrafo 2.º del artículo 609 del CC del que el artículo 34 citado fue la llave que abrió la puerta de la seguridad jurídica inmobiliaria a nuestro Derecho común.

Ahora bien, nosotros hemos defendido que el artículo 609 del CC estableció exhaustivamente los modos de adquirir y transmitir el dominio y los demás derechos reales (23), enumerándolos: La ley el primero y en el que está comprendido la adquisición del supuesto de hecho del artículo 34, que es una adquisición y transmisión por ministerio de la Ley, aunque, en rigor, no transmite la finca o el derecho real inmobiliario el propietario, sino por ministerio de la Ley lo hace el anterior propietario que la ha enajenado sin que el adquirente la haya inscrito a su favor.

En segundo lugar, el mismo artículo 34 no supone una transmisión intermedia que se anule por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo 1.º, como dice la sentencia, goza de sus-

(23) “Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre del 2001, pp. 67 y ss.

tantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiriera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente y a esta cuestión le dedica el párrafo siguiente.

El segundo inciso es muy interesante, pues algunas sentencias han exigido una transmisión intermedia para aplicar el artículo 34 y declarar que sin esa transmisión estábamos ante un supuesto de hecho del artículo 33, pero es consecuencia de ver la LH como una Ley de terceros y para aplicarla los crea y de no ver al adquirente un tercero respecto al primer contrato de transmisión del titular registral, a pesar de que de la lectura del artículo 34 se desprende con meridiana claridad que es el adquirente de la persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir el derecho inscrito.

El adquirente es tercero en relación con el contrato primero de compraventa con enajenación del dominio otorgado por el titular registral como vendedor y transmitente. El supuesto de hecho del artículo 34 no es en rigor una excepción normal al 33, relativa a un título nulo con arreglo a las leyes que accede al Registro, sino de un derecho de propiedad que continúa inscrito en el Registro, porque el adquirente de la misma no ha inscrito su contrato de adquisición y ha dejado subsistente la inscripción de un título traslativo del dominio, que ha dejado de concordar con la realidad jurídica y si bien la inscripción que fue válida y eficaz, el artículo 33 no puede convalidarla, anularla ni cancelarla, produciendo todos sus efectos, la cual sigue vigente, mientras por los Tribunales “no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley”, según dispone el párrafo último del artículo 1.º de la LH, y en éste nuestro caso, la función asignada por el legislador al artículo 34, más que la de conferir al titular registral la legitimación para que por ministerio de la ley pueda enajenar válida y eficazmente la finca a pesar de no ser ya propietario de la misma, fue la de legitimar al adquirente para adquirir la propiedad de ella, con lo cual el título de propiedad del adquirente *a non domino* queda sanado, convalidado. Y coincide con esta tesis la explicación de la Exposición de Motivos de la Ley Reformadora, que invoca la sentencia, en la cual insisto repitiendo sus palabras: “Por eso el preámbulo de dicha Ley Reformadora, al explicar la precisión del concepto de que se lleva a cabo en el artículo 34, que por tal se entenderá «únicamente al tercer adquirente», es decir, al causahabiente de un titular por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra ¿tercero? por la de ¿adquirente?, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo.”

Que para la aplicabilidad del artículo 34 de la LH se exija una nueva transmisión otorgada por el adquirente en el procedimiento de apremio, no

es cierto, pues este artículo 34 ampara evidentemente a quien de buena fe adquiriera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su transmitente.

Por otra parte, si aceptásemos que el adquirente tenía que serlo, no del titular registral, sino del adquirente del titular registral, como ocurre en el caso del cesionario que adquiere del rematante a quien se adjudicó la finca en pago de su crédito, nada adelantáramos y nos enfrentaríamos con un hecho evidente: el contrato de cesión adolecería del mismo vicio de nulidad que el del adquirente del titular registral, el del cedente, pues si el artículo 34 no podía actuar en beneficio de éste, su contrato sería nulo, con la misma nulidad que la del celebrado entre el titular registral y el adjudicatario en la subasta judicial o administrativa.

Por último, queremos matizar que el artículo 23 (24) de la LH derogada por la vigente, cuya norma se recogió en el artículo 32 con alteraciones (25), porque no se había adaptado al artículo 606 del CC, artículo éste que nunca estuvo derogado ni modificado desde la promulgación de este Cuerpo Legal y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 608 lo insertó en el citado artículo 32 del Texto Refundido de la LH de 8 de febrero de 1946.

f) El fundamento de Derecho octavo.

Principia por no entrar en el fondo de la cuestión, no analizando los criterios interpretativos del artículo 1.473 del CC por no citarse como infringido en el recurso. Nuestra postura respecto al párrafo 2.º de ese artículo, que es el único que tiene relación con el Registro de la Propiedad, ya ha sido reiteradamente expuesto.

A continuación plantea la cuestión relativa a si el embargo trabado sobre una finca que no era ya propiedad del ejecutado por habérsela vendido a otro determina o no la nulidad del acto adquisitivo del tercero en procedimiento de apremio, pues, de ser nulo, la inscripción no tendría efecto convalidante por impedirlo el artículo 33 de la LH y después se refiere al artículo 594 de la LEC de 2000, respecto del cual parece inclinarse por la validez de la “enajenación”, aunque la posterior remisión del mismo apartado a la legislación sustantiva y la referencia del apartado 2 del mismo artículo a la posible “nulidad de la enajenación” no dejen de plantear ciertas dudas y, aun cuando no corresponda ahora a esta Sala inter-

(24) “Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero.”

(25) “Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero.”

pretar el artículo 594, ya que la adjudicación de que se trata en el presente recurso fue muy anterior a su entrada en vigor, sí procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata en definitiva de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro.

Podrían tal vez objetarse en contra de tal solución, dice, “razones de justicia material, pero la lectura de los preámbulos y exposiciones de motivos de nuestras Leyes hipotecarias y de sus reformas revela que el objetivo a alcanzar fue siempre, sobre todo, la «certidumbre del dominio», «la seguridad de la propiedad» como «condición más esencial de todo el sistema hipotecario», «porque si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que pueda tener el acreedor hipotecario», según consta en la Exposición de Motivos de la LH de 1861. De ahí que los reformadores de 1909 se quejaron de los «relativamente escasos resultados» de la Ley de 1861 «en lo que se refiere a la vida económica de la nación»; y que el preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de Reforma hipotecaria, identificara como «propósito inquebrantable de la misma» el de «acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplazable solución» a los problemas consistentes en que aún se hallara sin inscribir «más del 60 por 100 de la propiedad», se hubiera iniciado una «corriente desinscribitoria» y se estuviera retrocediendo paulatinamente a un «régimen de clandestinidad»”.

“Además la justicia de la solución opuesta, es decir, de no proteger a quien de buena fe adquirió confiando plenamente en el sistema legal, resulta más que dudosa. Y de otro lado, desde el RD 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre Notarios y Registradores de la Propiedad para la seguridad del Tráfico Jurídico Inmobiliario, hasta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, y la Reforma del Reglamento Notarial por RD 45/2007, de 19 de enero, se ha reforzado muy considerablemente la información en tiempo real sobre la situación registral de las fincas al tiempo de otorgarse las escrituras públicas relativas a derechos reales sobre las mismas y, a su vez, se ha reducido notablemente el tiempo real sobre la situación registral de las fincas al tiempo de otorgarse escrituras públicas relativas a derechos reales so-

bre las mismas y, a su vez, se ha reducido notablemente el tiempo para la debida constancia registral de tales escrituras, lo que supone tanto una garantía normativa añadida para quien adquiriera confiado en el Registro como un estímulo normativo más para que quien adquiere no deje de inscribir su derecho.”

“Ciertamente es que esas razones de justicia pueden parecer ciertamente poderosas cuando se considera la situación de compradores de viviendas en documento privado, impedidos por ello de inscribir su adquisición, que se vean privados de su propiedad, pese a haber entrado en posesión de viviendas compradas cuando se sigue procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, titular registral, y tal procedimiento culmina en la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Pero no lo es menos que tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral y que su remedio habrá de buscarse, en la etapa inicial, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en su etapa intermedia en la tercería de dominio; y en su etapa final, en la demostración de ausencia de buena fe del tercero o, incluso, en la tercería de mejor derecho sobre el producto de la venta judicial o administrativa, y desde luego siempre sin perjuicio las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor o, en su caso, de los derechos cuyo reconocimiento proceda obtener en el concurso.”

Estamos de acuerdo con este interesante considerando, cuyas razones jurídicas hemos aducido varias veces, solamente agregaríamos lo que decimos en el párrafo último del comentario al considerando o fundamento de Derecho sexto, que para evitar repeticiones no reproduzco.

g) Fundamento de Derecho noveno.

“De aplicar todo lo antedicho a los dos motivos del presente recurso se desprende la procedencia de su estimación, porque no pudiendo tacharse de nulo el acto adquisitivo de la sociedad adjudicataria en procedimiento de apremio por la sola circunstancia de haberse embargado la finca cuando ya no pertenecía al titular registral, la posterior inscripción salvó la falta de poder de disposición de dicho titular. Se trató de una segunda enajenación hecha por el mismo transmitente, puesto que la escritura se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo; enajenación que determinó, merced a su posterior inscripción, el mantenimiento de la propiedad del segundo adquirente por aplicación del artículo 34 de la LH, ya que adquirió la finca de quien registralmente aparecía facultado para transmitir su dominio y el procedimiento administrativo de apremio, con independencia del embargo trabado sobre la

finca después de su enajenación al Banco demandante, no adoleció de irregularidad alguna que pudiera determinar la nulidad del acto adquisitivo en el sentido contemplado por el artículo 33 de la LH, cual hubiera sido la omisión de algún trámite esencial de dicho procedimiento; a todo lo cual, en fin, se une que en ninguna de sus dos demandas acumuladas pidió el Banco actor la nulidad de aquel embargo ni de ninguna otra fase de aquel procedimiento administrativo de apremio, sino única y exclusivamente la de la venta misma.

La sentencia recurrida, por tanto, infringió el artículo 34 de la LH, como se aduce en el primer motivo del recurso, ya que, pese a la efectiva existencia de sentencias de esta Sala que autorizaban la solución del tribunal de apelación de considerar nula la venta por inexistencia de objeto, y por ello no convalidable mediante la inscripción, el criterio interpretativo de tales sentencias debe ser descartado en virtud de la doctrina que ahora se fija en esta sentencia de casación; como igualmente debe ser descartado el mismo argumento de la sentencia recurrida, que para la aplicabilidad del artículo 34 de la LH parece exigir necesariamente una ulterior transmisión por quien adquirió a consecuencia del procedimiento de apremio, pues según se ha razonado al comienzo del fundamento jurídico séptimo de esta sentencia de casación dicho artículo 34 ampara también, por sí mismo, a quien de buena fe adquiriera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su transmitente.

Consecuencia necesaria de lo anterior es que igualmente procede estimar el segundo motivo del recurso, ya que las sentencias de esta Sala que en el mismo se citan son de las que mantienen al tercero en su adquisición y esta es la línea que debe considerarse definitivamente consolidada por decisión del Pleno de magistrados de la Sala.”

h) Fundamento de Derecho décimo.

Dice que “la estimación de los dos motivos del recurso comporta la casación de la sentencia recurrida y que, conforme al artículo 1.715-3.º de la LEC de 1881, deba decidirse el litigio en el mismo sentido que lo hizo la sentencia de primera instancia, desestimando íntegramente las demandas acumuladas, como claramente se desprende de todo lo razonado en los fundamentos jurídicos precedentes”.

i) Fundamentos jurídicos undécimo y duodécimo.

Se refieren a las costas causadas en primera y segunda instancia y en casación.

j) El fallo.

“1.º Haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, contra la sentencia dictada con fecha 12 de julio de 1999 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid en el recurso de apelación número 153/99.

2.º Casar la sentencia recurrida dejándola sin efecto, para, en su lugar, CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE LA DE LA PRIMERA INSTANCIA, incluido su pronunciamiento sobre costas.”

El 3.º y el 4.º Se refieren a las costas.

G) Insistiendo sobre las razones jurídicas para legitimar las adquisiciones inmobiliarias al amparo del artículo 34 de la LH

El problema quizá más importante de la adquisición *ex lege* del artículo 34 de la LH es la explicación jurídica de la legitimación del titular registral para transmitir el dominio del inmueble inscrito a favor de quien ya no es propietario a un segundo comprador o adquirente del mismo, bien en virtud de un segundo contrato de compraventa con tradición instrumental, que contraviene el Derecho civil, ya que no está legitimado para disponer de ese objeto, bien en virtud de un procedimiento judicial o administrativo entablado sobre un inmueble inscrito a nombre del vendedor, cuando ya no era dueño del mismo por haberlo vendido y también falta la legitimación activa para la enajenación en procedimiento judicial o administrativo, pues en ambos casos el del segundo contrato de enajenación sin el *ius disponendi* sobre su objeto es nulo y el procedimiento judicial o administrativo sobre el inmueble que fue propiedad del titular registral, pero que ya no lo es, también es nulo, salvo en el caso de que la Ley, en defensa de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que es la función primordial del Registro de la Propiedad, legitima a quien ha dejado de ser propietario concediéndole por ministerio de la Ley, del artículo 34, el *ius disponendi*, a quien ya no es propietario, a fin de que el sujeto pasivo de la segunda transmisión, el adquirente, que ha confiado en que los asientos del Registro producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la LH.

El Derecho civil priva de legitimación al titular registral para enajenar un derecho que ya no es suyo, pues es la facultad de disposición ínsita en el derecho de propiedad la que le legitima para transmitir el bien objeto de este derecho, y el Derecho Registral o Hipotecario, en su artículo 33, dispone que “la inscripción no convalida los actos y contratos

que sean nulos con arreglo a las leyes”; pero, si ocurre el supuesto de hecho del 34, este artículo paraliza la anulación derivada de una causa que no conste en el Registro de la Propiedad, manteniendo en su adquisición al nuevo titular registral, a causa de que por ministerio de la Ley, del artículo 34, como modo de adquirir el dominio consagrado en el inciso 1.º del párrafo 2.º del artículo 609 del CC le confiere la facultad de transmitir ese derecho real.

En la explicación jurídica empezaremos por resaltar que esta discordancia de los Libros del Registro con la realidad social la causó el primer adquirente, que no tuteló su derecho inscribiéndolo en el Registro y el Registro siguió tutelando el derecho del transmitente, quien volvió a disponer del mismo a favor de otra persona o para el pago de sus deudas le embargaron y ejecutaron bienes inmuebles inscritos a su nombre y que ya no eran suyos, y este segundo adquirente, seguramente previa consulta de los Libros del Registro, los adquirió y los inscribió a su nombre, tutelando plenamente su adquisición, al amparo del artículo 34 de LH, el cual por ministerio de la Ley mantiene esta adquisición, aunque el transmitente no fuese dueño en la realidad jurídica, que era la civil, siempre que este segundo comprador fuese de buena fe y a título oneroso y que del Registro no resultasen causas que anulen el derecho del transmitente como titular registral, como la derivada de una anotación preventiva de la demanda, instando en el proceso procedente la nulidad de la segunda venta o la nulidad del procedimiento judicial o administrativo de ejecución, anotada una u otra antes de la inscripción de la segunda venta o de la adjudicación al rematante o a su cesionario. Este segundo adquirente es mantenido en su adquisición por ministerio de la Ley, del artículo 34, y no es convalidada ni invalidada su adquisición, sino legitimada por la Ley, por este artículo, la enajenación objeto de esta segunda venta o de la adjudicación en la subasta con la que termina el juicio ejecutivo, solamente en el caso de que se anulase o resolviese el derecho del titular registral del transmitente por causas que no constaban en el Registro, siendo mantenido en su adquisición el segundo comprador o adjudicatario como adquirente *ex lege* y *a non domino* amparado por este artículo de la LH.

Insistiendo: La primera compraventa transmite el dominio del inmueble (art. 609, párr. 2.º, inciso final), pero como el comprador no inscribe la adquisición a su favor, al no estar inscrita en el Registro de la Propiedad esta adquisición no perjudica a tercero, que en este caso será el segundo comprador (art. 32 de la LH) que inscribe su compraventa. Este segundo contrato de transmisión del dominio por compra, permuta, dación en pago, adjudicación en la subasta de un procedimiento ejecutivo, etc., es nulo, porque el vendedor no está legitimado para transmitir el dominio del inmueble, porque ya no es dueño y no tiene poder de disposición, carece

de esa facultad propia del dominio, que, como lo enajenó, ya no la tiene, lo mismo hay que decir respecto de los bienes embargados, que como tampoco es dueño no pueden ser embargados, porque son ajenos, ni en principio tampoco pueden ser adjudicados en un procedimiento ejecutivo. Por otra parte, la inscripción no convalida esta compraventa, ni esta adjudicación, que serían nulas, según el artículo 33 de la LH. No obstante, como la inscripción a favor del vendedor continúa vigente, según el párrafo último del artículo 1.º de la LH, que dice: “Los asientos del Registro... en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley”. La inscripción a favor del vendedor de esta segunda compraventa o titular registral del inmueble o inmuebles que se le adjudicaron en el procedimiento ejecutivo judicial o administrativo ha de estar vigente cuando se inscribe esta segunda transmisión, y el artículo 34 de la LH establece un tratamiento a favor del tercero, sea segundo comprador o sea rematante en la subasta judicial o administrativa, “que de buena fe, adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenida en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro”. Es decir, se produce una adquisición *a non domino*, por ministerio de la Ley, del artículo 34 de la LH, conforme al inciso 1.º del párrafo 2.º del artículo 609 del CC, a favor de ese tercer adquirente, o sea, del segundo comprador.

Por otra parte, la LH deja la solución al CC de las responsabilidades civiles del vendedor con el primer comprador o de quienes ejecutaron el inmueble que el primer comprador no inscribió.

Como se puede observar, la justificación en nuestro Derecho positivo de la prevalencia del principio de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario encarnada en la función primordial del Registro de la Propiedad sobre el principio del Derecho romano del *ius suum quique tribuere*, sustancial en nuestro Derecho Civil Histórico, constituye la explicación del auténtico sentido de nuestro Derecho positivo común en esta cuestión, que el legislador ha traducido normativamente e imbuido en la Ley y resaltamos que lo ha hecho con gran acierto por estas razones:

Primero. Que el problema nace de la incuria del primer comprador o dificultades económicas que sufre y no inscribe la adquisición de su derecho real, constituyendo la causa en ambos casos, aunque en los casos de ventas con pacto de reserva de dominio o sin tradición en las que no se ha pagado la totalidad del precio y el vendedor impone esta garantía o de ventas en documento privado en las que tampoco se ha pagado todo el

precio, si tiene lugar una segunda enajenación por contrato, en adjudicación por procedimiento judicial o administrativo o por quiebra del vendedor, no puede ser culpado el comprador y será necesario buscar seriamente una solución para que el comprador no pierda el dinero que anticipó, que garantice la devolución de ese dinero.

Segundo. El artículo 34 de la LH de 1861 relaciona el artículo 34 con el 33 así: “La inscripción no convalida los actos y contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes”. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca con facultades para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del registro.” La onerosidad fue requisito que se incorporó al artículo 34 a los pocos años de la promulgación de esta Ley y el de la buena fe se insertó en la reforma de la Ley de 30 de diciembre 1944.

En los de la vigente, el 33 suprime la palabra inscritos: “La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”. Una supresión lógica, porque sólo podría convalidar los actos y contratos inscritos, los no inscritos es imposible que los convalide, porque aunque hayan tenido acceso al Registro no han sido inscritos. *El 34 dice: “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el Registro”. No se refiere al artículo anterior, como la Ley de 1861, que dice no obstante lo declarado en el artículo anterior, relacionando ambos artículos invocando la convalidación, como forma de subsanación, de sanación de un acto, lo que en principio sería convertir en válido un acto o contrato nulos; tampoco proclama que no se invalidarán en cuanto a tercero, sino que será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, que debería ser el derivado de la inscripción del titular registral, el que publica el Registro, mientras el asiento está vigente.*

El artículo 34 no convalida ni sana el contrato nulo por falta de legitimación del vendedor, del transmitente, en la segunda venta, se limita a disponer: “No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro”, defendiendo lo inscrito en el Registro, la

legitimación del titular registral para transmitirlo, según disponía este artículo en la Ley de 1861, legitimación que se proyectaba directamente sobre el acto que se inscribía al hacer prevalecer excepcionalmente la legitimación derivada de la inscripción registral, causada por la falta de inscripción de la adquisición por el primer comprador, sobre la realidad jurídica en esta materia y ante esta dualidad de legitimación, la fundada en la realidad jurídico-social y la fundada en el Registro no tiene más opción que apoyarlo por las razones que hemos aducido, pues la otra sería destruirlo.

La Ley vigente, en la última redacción de este mismo artículo, dispone: “El tercero que de buena fe adquiera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro”. Principia hablando del tercero, o sea, de quien no ha sido parte en el primer contrato de venta, o sea, el segundo comprador o adquirente que inscribe y que coincide exactamente con el llamado tercero referido en el artículo 34 de la primitiva Ley. La buena fe se exige expresamente y con más amplitud, claridad y precisión que en 1861, que no se exigía este requisito, porque el segundo adquirente podía tener conocimiento de que su transmitente ya no era dueño del derecho real inmobiliario que le transmitía, en cuyo supuesto debería anularse la adquisición. Resuelve el conflicto manteniendo al segundo adquirente en su adquisición, imponiendo la legitimación derivada del Registro a la del Código Civil, conflicto que surgió por negligencia del primer adquirente, que si bien es cierto que adquirió con todos los requisitos de la Ley, también el segundo lo hizo y así lo confirma, lo publica, el Registro de la Propiedad, instituto destinado a asegurar la seguridad del tráfico jurídico, habiendo causado el error el propio perjudicado, el primer adquirente, repito, por negligencia o por dificultades económicas de las que no es culpable. Sin embargo, entre el sentido jurídico del artículo 34 de la LH de 8 de febrero de 1861 y el de la vigente hay una diferencia que nos gusta destacar respecto a su relación con el inciso primero del párrafo 2.º del artículo 609: “La propiedad y los demás derechos reales *se adquieren y transmiten por la ley*” y es que aquella Ley se fija primordialmente en el transmitente (“los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca con facultades para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero”), mientras que en la vigente contempla primordialmente al adquirente (“El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho”), ya que la transmisión o adquisición de la propiedad de un in-

mueble puede la Ley tomar como supuesto de hecho al transmitente o al adquirente y hay supuestos en que no puede considerar al transmitente, porque no existe, como ocurre con la Ley del patrimonio del Estado respecto de los inmuebles abandonados, que como carecen de dueño nadie los puede transmitir al Estado y la Ley se refiere al adquirente, al Estado. En nuestro caso hay una cosa clara, que el transmitente puede estar manchado de culpa, incluso de dolo, mientras que el adquirente no, porque carecería de buena fe, con lo cual estaría excluido del supuesto de hecho del artículo 34 y por esta razón este artículo carga el acento en el adquirente, que aparece impoluto.

Creemos que el artículo 34 elige al adquirente para esta adquisición por esta misma razón, porque está limpia en el expolio que sufre el primer adquirente y sólo tiene que indagar en su negocio jurídico si se ajusta al artículo 34, en virtud del cual la Ley, el Derecho hipotecario, resuelve anteponer la legitimación registral a la derivada del Derecho civil, sin referirse, plantear ni regular ninguna cuestión relativa al tratamiento jurídico de los efectos del contrato que no se inscribió, o sea, el primer contrato de compraventa, ni a las responsabilidades del transmitente, razones por las cuales el repetido artículo 34 es tan preciso.

Lo importante, lo esencial, es que la inscripción registral legitima por Ley, encarnada en el artículo 34 de la LH, conforme al artículo 609, más que a su titular para enajenar o gravar la que fue su finca, aunque en la realidad jurídico-social ahora ya no lo sea, al adquirente que haya inscrito su derecho tal y como exige el supuesto de hecho del artículo 34 para que la consecuencia jurídica, el efecto jurídico, asignado a este supuesto de hecho se produzca.

Por último, si después se anula o resuelve el derecho del transmitente, ya que en realidad el titular registral no estaba legitimado para transmitir su derecho como propietario, porque ya no lo era, sino por ministerio de la Ley y el verdadero propietario según el Derecho civil venciese en juicio civil al titular registral, esta cuestión no afecta al adquirente según el Registro, ya que por imperio de la Ley, del artículo 34, “será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho”. Por tanto, las consecuencias jurídicas de la prevalencia del derecho del primer comprador no afectan al derecho del segundo adquirente; es una cuestión que se plantea entre el primer comprador y el vendedor, de la cual el artículo 34 se inhibe, dejando al margen al adquirente protegido por este artículo.

El título inscrito era nulo porque el otorgante no estaba legitimado para otorgarlo, ni el proceso judicial era idóneo para embargar el inmueble o los inmuebles inscritos a nombre del anterior propietario, quien los había ya enajenado y, por tanto, la segunda enajenación que otorgó o el

embargo y ejecución que le hicieron, porque como propietario son nulos, no estaba legitimado para venderlo o venderlos ni pasivamente para que se lo embargase o se los embargasen; ahora bien, si el adquirente era persona que reunía los requisitos del artículo 34 de la LH, era el sujeto de su supuesto de hecho, esta transmisión viciosa la sanaba el efecto jurídico, que contenía y contiene la norma de este artículo, que confería la propiedad al sujeto pasivo de este acto por ministerio de la Ley, quien desconocía la primera enajenación y nada había tenido que ver con ella, era un puro tercero respecto a la misma. La legitimación del titular registral para transmitir el inmueble o los inmuebles no deriva del *ius disponendi* como facultad ínsita en el derecho de propiedad del mismo o de los mismos, que tuvo como propietario para transmitirlo o transmitirlos “por consecuencia de ciertos contratos”, de acuerdo con el inciso final del párrafo 2.º del artículo 609, pero que ya no tenía por haberlo o haberlos enajenado y no ser ya propietario de los mismos, sino en virtud de la Ley, que también es un modo de transmitir la propiedad, según el inciso 1.º de este párrafo del artículo 609. Esta transmisión y adquisición nada tiene que ver con la del primer contrato, en el que su dueño transmitió la propiedad que entonces tenía y ahora ya no tiene y vuelve a transmitir o en juicio ejecutivo la transmite el juez en su nombre en la pertinente subasta.

CUATRO AÑOS DE SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA

ELVIRA LÓPEZ DÍAZ

Doctora en Derecho

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS. 3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD. 3.1. Procedimiento telemático. 3.1.1. *Inicio de la tramitación: Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE)*. 3.1.2. *Desarrollo del procedimiento de tramitación telemático*. 3.2. Procedimiento presencial. 4. RÉGIMEN JURÍDICO. 4.1. Denominación de la sociedad (art. 131 LSRL). 4.2. Requisitos de los socios (art. 133 LSRL). 4.3. Objeto social (art. 132 LSRL). 4.4. Capital social y régimen de las participaciones sociales. 4.4.1. *El capital social (art. 135 LSRL)*. 4.4.2. *Régimen jurídico para la transmisión de las participaciones sociales (art. 136 LSRL)*. 4.5. Los órganos sociales (arts. 138 y 139 LSRL). 4.6. Sistema de contabilidad simplificada (art. 141 LSRL). 5. VENTAJAS FISCALES. 6. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Hace algo más de cuatro años que entró en vigor la Ley 7/2003, de 1 de abril, de *Sociedad Limitada Nueva Empresa* (1) (SLNE), por la que se modificó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de *Sociedad de Responsabilidad Limitada* (SRL), con la pretensión de desarrollar un proyecto denominado “Nueva Empresa” que ha supuesto una aplicación práctica del desarrollo de las nuevas tecnologías en el campo notarial y registral (2), teniendo por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las de pequeña y mediana dimensión (PYMES), ya que hoy en día y hasta el momento constituyen la columna vertebral de la economía de Europa y son claves en la producción de puestos de trabajo (3).

Así, la figura de la “sociedad Nueva Empresa”, objeto de regulación en la Ley 7/2003, de 1 de abril (BOE 2 de abril de 2003), merece una atención detenida desde el punto de vista del Derecho de Sociedades, dada su inserción en el ámbito definido por la “sociedad de responsabilidad limitada”, de la que viene a constituir una modalidad singular y a la que se dota de un tratamiento específico, con importante incidencia en diversos ámbitos normativos (mercantil, administrativo, etc.) y también en el campo particular de la fe pública tanto notarial como registral. De esta manera, se enriquece y diversifica nuestra tipología societaria, introduciéndose una figura con la que hay que contar en el futuro para una ordenación más sistemática y rigurosa de nuestro Derecho de Sociedades.

La Unión Europea es la encargada de desarrollar una política de protección a la pequeña empresa, y para ello las instituciones comunitarias han tomado numerosas iniciativas reflejadas en una amplia documentación, donde destacan como principal punto de referencia, 1) algunas Re-

(1) La nueva Ley consta de un artículo único por el que se modifica y adiciona un nuevo capítulo XII (compuesto por siete secciones y quince artículos, del 130 al 144) a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedad de Responsabilidad Limitada.

(2) Incorporación de técnicas electrónicas, telemáticas e informáticas a la seguridad jurídica preventiva, que ha sido posible aplicar en base a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, que regula entre otras cuestiones la posibilidad de que los notarios y registradores tengan firma electrónica y las demás aplicaciones prácticas que el soporte electrónico combinado con esta firma puede ofrecer.

(3) Una vez producido el ingreso de nuestro país en la Unión Europea, con el fin de armonizar nuestro ordenamiento con las Directivas aprobadas por la Unión respecto de las sociedades de capital, los dos tipos básicos de sociedad de capital, pero sobre todo la sociedad anónima, necesitaban una profunda reforma de su régimen jurídico, realizándose esa adaptación a través de un intenso proceso de reforma legislativa. Véase al respecto FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de Sociedades: un balance”, en *Derecho de Sociedades. Libro-Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, I. Madrid, 2002, pp. 159 y ss.

comendaciones (4) de la Comisión, en las que se manifiesta la necesidad de mejorar y simplificar el entorno empresarial, teniendo en cuenta que las actuales normativas y procedimientos administrativos constituyen una carga desproporcionada para las pequeñas empresas carentes de los recursos humanos y financieros de que disponen las grandes empresas, y 2) la Carta Europea de la Pequeña Empresa (5), más conocida como Carta de Feira, que constituye la piedra angular de la política comunitaria sobre las empresas familiares o de pequeña dimensión (6).

Durante el período de la presidencia española en la UE se produjeron dos eventos dignos de mención: la Conferencia del Consejo de Ministros de las PYMES, celebrada en Aranjuez en febrero del 2002, y la reunión del Consejo Europeo de Barcelona, que tuvo lugar durante los días 15 y 16 de marzo de este mismo año, donde se reconoce la necesidad de crear un entorno favorable a las pequeñas empresas, insistiendo en la necesidad de establecer fórmulas societarias más sencillas y mejor adaptadas a la realidad actual de las PYMES, utilizando las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones y reduciendo, en lo posible, la complejidad y la gran cantidad de documentos que hacen falta para constituir una empresa.

Así, la presente regulación acomete el compromiso de reforzar el espíritu innovador y emprendedor que permita a nuestras PYMES afrontar los retos que plantea el Mercado Único. Del mismo modo, establece un marco normativo mercantil y administrativo capaz de estimular la actividad empresarial y mejorar la posición competitiva de las pequeñas y medianas empresas en el mercado, dando cumplimiento a los compromisos de la "Carta Europea de la Pequeña Empresa". De esta forma, se trata de potenciar una revolución en el ámbito de creación de empresas que nos

(4) Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997, sobre la *Mejora y Simplificación de las Condiciones para la Creación de Empresas* (97/344 CEE).

(5) Carta Europea de la Pequeña Empresa. Anexo III de las Conclusiones de la Presidencia en Santa María de Feira (Portugal), en los días 19 y 20 de junio de 2000 (S/N 200/00 ADDI). También llamada "Carta de Feira" por haber sido aprobada en una reunión de jefes de Estado y Gobierno en Portugal, en la localidad de Santa María de Feira.

En esta Carta, los Estados miembros se comprometen a forjar un marco jurídico y administrativo que propicie la actividad empresarial a través de una puesta en marcha menos costosa y más rápida de las empresas. Consecuencia de ello fue la aprobación por el Consejo del "Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu innovador", en particular por las PYMES, vigente para el período 2001-2005, siendo su objetivo fundamental simplificar y mejorar el marco administrativo y reglamentario de las empresas para favorecer su creación.

(6) El apoyo a las PYMES ha sido una constante en la Unión Europea. En los años ochenta encontramos diversas iniciativas con esta finalidad. Véase al respecto las referencias contenidas en EMBID IRUJO, J. M.: "Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la reforma del Derecho de Sociedades español", *Noticias CEE*, 43-44 (1988), pp. 14-15, nota 25.

sitúe al nivel de los países más avanzados de la UE, como Francia o el Reino Unido.

Dichas previsiones se materializan en actuaciones que tienen que comenzar por la simplificación de los trámites de constitución de empresas y por el empleo de la asistencia técnica necesaria para ayudarlas, tanto en los momentos previos a su constitución como durante los primeros años de su actividad.

Esto hace que se pueda concebir “la sociedad Nueva Empresa” como una solución para empresarios autónomos, comunidades de bienes y aquellos emprendedores que quieran iniciar un proyecto empresarial recortando plazos y simplificando formalidades, al tiempo que pueden obtener ventajas fiscales y económicas. Con esta forma societaria se trata de estimular, como ya se ha dicho, la creación de pequeñas y medianas empresas y fomentar por esta vía la generación de empleo, poniendo a disposición de quienes pretenden acceder a la actividad empresarial un sistema que les permita no sólo otorgar la escritura de constitución y conseguir la inscripción en el Registro Mercantil en un tiempo récord (48 horas), sino también realizar rápida y económicamente todos los trámites fiscales y administrativos necesarios y recibir de la Administración, a través de los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT), la información, el asesoramiento y los servicios necesarios para el ejercicio de esa actividad empresarial durante los primeros años de funcionamiento.

Asimismo, teniendo en cuenta la situación y perspectiva de las pequeñas y medianas empresas como factores generadores de riqueza y empleo y con el objeto de proporcionarles los medios suficientes para que puedan desarrollarse, alcanzar el ámbito internacional y superar los cambios generacionales dentro de las mismas, la presente Ley intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación (7), la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional.

En este último aspecto, se introducen transformaciones en la legislación civil vigente, en aquellos preceptos (8) en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.

(7) GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La financiación de las Pymes*, Madrid, 2003.

(8) Se reforman algunos preceptos del Código Civil, en especial el artículo 1.056-2.º CC, con la finalidad específica de servir más adecuadamente a los supuestos de sucesión en la titularidad de la empresa, intentando favorecer su supervivencia. Además, artículos 1.271-2.º y 1.406-2.º CC.

Una vez hecha esta pequeña introducción, a continuación se va a proceder a analizar las características, la forma de constitución y el régimen jurídico de este tipo de sociedad.

2. Características

Teniendo en cuenta que la finalidad de la Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, es facilitar una estructura básica societaria a los jóvenes emprendedores con espíritu innovador que tienen una idea, un proyecto y que acceden, en la gran mayoría de los casos, por primera vez a la actividad empresarial, casi siempre con escasos medios y ningún conocimiento jurídico, son dos los objetivos que recoge su Exposición de Motivos, y que pueden ser considerados como los elementos caracterizadores de este tipo de sociedad:

- La agilización al máximo del proceso de constitución de la sociedad (9) y del cumplimiento de todos los trámites necesarios para la iniciación de la actividad.
- La creación de una estructura societaria sencilla, adaptada a la realidad empresarial actual de la pequeña y mediana empresa. Ahora bien, no se crea ningún tipo social *ex novo*, ya que la sociedad Nueva Empresa se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, aunque especial, según el nuevo artículo 130 de la LSRL.

El que no estamos en presencia de una nueva forma social, susceptible de añadirse al elenco contenido en el artículo 122 CCom, se fundamenta porque:

- a) En lo que atañe al régimen jurídico de la sociedad Nueva Empresa, como indica la Exposición de Motivos, debe partirse de una expresión simplificada de la sociedad de Responsabilidad Limitada, y como dice el nuevo artículo 130 LSRL: *se regula como especialidad dentro de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedad de Responsabilidad Limitada en su nuevo capítulo XII* (10).

(9) Es un dato digno de tener en cuenta que, en los seis primeros meses de funcionamiento de la Ley, se constituyeron ochocientas cuarenta y ocho nuevas empresas, ochenta y ocho de ellas por el procedimiento telemático.

(10) Son muchos los autores que consideran válida la creación de la sociedad nueva empresa en el seno de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Véase al respecto MIQUEL, J.: "Comentario al artículo 53", en ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 580-581.

- b) Además, en la denominación de la Nueva Empresa debe figurar la expresión “sociedad limitada”.
- c) Y en los supuestos de aumento de capital, cuando se sobrepasa el límite legal, la Nueva Empresa o bien puede optar por transformarse en otro tipo social, o bien, como dice la Ley 7/2003, *“puede continuar sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada”*.

Por lo que, a la vista de esta delimitación de la “sociedad Nueva Empresa”, como entidad “simplificada” o “especializada” respecto del tronco constituido por la sociedad de responsabilidad limitada, se puede concluir, por tanto, como ya se ha dicho anteriormente, que no se añade un nuevo tipo social a nuestro Derecho de Sociedades, sino que más bien se enriquece la tipología existente con una subespecie de una figura ya conocida, configurando una modalidad de sociedad limitada como instrumento jurídico al servicio de las PYMES.

Ahora bien, el que la sociedad Nueva Empresa se trate de una “expresión simplificada”, variante o modalidad singular de la sociedad limitada, no significa que no existan unas características especiales o particularidades en su régimen jurídico general, relacionados con su constitución y régimen de funcionamiento, que la diferencien de la sociedad limitada y que son objeto de estudio a continuación.

1. Por lo que se refiere a su constitución, sin perjuicio del mantenimiento de la exigencia de escritura pública y de la inscripción registral para la adquisición de la personalidad jurídica propia de una sociedad limitada, la Ley dispone que los trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura puedan realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, pretendiéndose con ello simplificar y abreviar el proceso constitutivo de la Nueva Empresa.

En la actualidad, la utilización de estas nuevas tecnologías se ha extendido para la constitución y puesta en marcha de las sociedades de responsabilidad limitada en general por el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre (BOE 30 de noviembre de 2006).

2. También existe para estas sociedades un modelo orientativo de estatutos (11) tipo muy sencillos, cuya utilización, si se adoptan en su integridad, da lugar a que la calificación y en su caso la inscripción registral de la escritura de constitución hayan de practicarse en las veinticuatro horas siguientes a su presentación.

(11) La existencia de estos estatutos orientativos que surgen por primera vez en nuestro ordenamiento, no cabe duda que tienden a un criterio uniformador que pretende evitar cualquier conflicto en la calificación registral y a facilitar el proceso contemplado en la Ley.

3. Sólo pueden ser socios las personas físicas, sin poderse superar el número de cinco socios en el momento de la constitución de la sociedad.

4. La denominación de la sociedad estará formada por los dos apellidos y el nombre de un socio fundador, seguido de un código alfanumérico (ID-CIRCE) que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca, lo que implica un cambio de denominación si el socio deja de serlo.

5. No cabe objeto social único, incluyéndose múltiples actividades fijadas en la Ley.

6. En cuanto al capital social, se establecen cifras de capital mínimo (3.012 euros) y máximo (120.202 euros), siendo una particularidad el capital social máximo, ya que el mínimo es prácticamente el mismo establecido para la sociedad de responsabilidad limitada.

7. Respecto a la administración de la sociedad, no cabe adoptar el sistema de Consejo de Administración, exigiéndose para ser administradores la condición de socios.

8. No se pueden acordar más modificaciones de los estatutos originarios que los relativos a la denominación, domicilio y capital social.

9. Para la contabilidad de la nueva empresa se adopta el principio de simplificación de cuentas.

10. Y, por último, este tipo de sociedad goza de ciertos beneficios fiscales en el año siguiente a su constitución.

Para el desarrollo de estas características, la creación de una nueva empresa se fundamenta en tres elementos esenciales: el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), el régimen jurídico de la Nueva Empresa y el sistema de contabilidad simplificada.

3. Las nuevas tecnologías y la constitución de la sociedad

Un mecanismo precursor cara al futuro y una novedad fundamental de la Ley es la aplicación de las nuevas tecnologías a los trámites constitutivos de la sociedad para facilitar que el proceso de constitución e inscripción de la nueva empresa se realice, como ya se ha dicho, en un tiempo récord (48 horas). No obstante lo cual, existen dos regímenes de tramitación: el telemático (utilizando todos los recursos tecnológicos del sistema) y el presencial o alternativo (con soporte papel).

Con carácter general para ambos casos, siguiendo la tradición de nuestro ordenamiento jurídico y en aras de la seguridad jurídica requerida por el mercado, el artículo 134.1 de la Ley comienza expresando que *la sociedad nueva empresa requerirá, para su válida constitución, escritura pública*

que se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio. Con la inscripción adquirirá la sociedad limitada nueva empresa su personalidad jurídica.

Aunque este precepto no diga nada, se deduce que se mantiene el requisito de la publicación en el BORME, como en el resto de las sociedades mercantiles.

Sin perjuicio de la utilización en su caso del estatuto orientativo (12) establecido por la Ley, que garantiza su inscripción en veinticuatro horas, el artículo 134.2 indica, al amparo del principio de libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución, que *en la escritura de constitución se podrán incluir los pactos y condiciones que los socios tengan por conveniente siempre que no contravengan lo prevenido en el capítulo.* Es decir, se da cabida al principio de la autonomía de la voluntad, como en todos los demás tipos societarios.

Por tanto, se puede afirmar que la sociedad nueva empresa, como subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada, no supone un cambio en los mecanismos básicos de constitución de una sociedad, siendo la mayor novedad de tipo operativo en lo que se refiere a la introducción del nuevo formato o soporte electrónico (DUE), que se expone a continuación.

3.1. Procedimiento telemático.

La utilización de las nuevas tecnologías para la constitución de la sociedad (13) supone, como se ha dicho ya, un avance y una gran novedad

(12) La Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, aprueba los estatutos orientativos de la SLNE, es decir, unos estatutos sociales que siguen un “modelo orientativo” con un contenido legal predeterminado, solución adoptada en aras de una mayor agilidad a la hora de la constitución de la sociedad.

La utilización de los estatutos orientativos conlleva, cualquiera que sea la forma de tramitación, la obligación para el registrador mercantil de calificar e inscribir en un plazo relámpago de veinticuatro horas, siendo en otro caso (si se utiliza cualquier otro tipo de estatutos convenidos entre los socios, en base al principio de la autonomía privada) el plazo general de quince días.

La propia Orden reconoce implícitamente que su objeto no es en realidad orientar a los fundadores en la tarea de redactar los estatutos, sino conseguir que la calificación del registrador sea positiva y pueda ser redactada en el plazo de veinticuatro horas.

(13) Hasta el año 2006 estas técnicas únicamente podían utilizarse para la constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, pero el Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática, ha extendido esta forma de constitución a todas las sociedades de responsabilidad limitada.

Esta posibilidad ya aparece prevista en la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, introducida por la Ley 7/2003, de

que ha aportado la Ley 7/2003, de la Sociedad Nueva Empresa (SLNE) y que ha permitido, como ya estaba previsto en la nueva disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL), ampliar este sistema de constitución telemática a otras formas societarias distintas; pero es necesario aclarar que dichas técnicas son empleadas únicamente para los trámites anteriores y posteriores al otorgamiento y autorización de la escritura pública.

En este sentido, el artículo 134.2 dispone que *la utilización de técnicas electrónicas, telemáticas e informáticas, para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución de la nueva empresa, se podrá efectuar teniendo en cuenta la normativa que regule el empleo de dichas técnicas por los notarios, registradores y las Administraciones públicas.*

Este sistema de tramitación telemática al que se refiere el artículo 134 está regulado por el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, y el procedimiento que debe seguirse es el siguiente:

3.1.1. Inicio de la tramitación: Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE).

Según la Exposición de Motivos de la Ley, el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) “se concibe como una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la gestación, tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales desde el comienzo, como durante los primeros años de actividad de las mismas”.

Mediante esta red se pretenden conseguir dos de los objetivos del proyecto “Nueva Empresa”:

- 1) La creación de una infraestructura de centros de asesoramiento, información y servicios accesible a todos los interesados desde todo el territorio nacional a través de Internet, intercomunicándose por medios telemáticos.
- 2) La constitución de una red de creación de empresas que facilite y agilice al máximo los trámites administrativos necesarios para la puesta en marcha de sus iniciativas empresariales.

1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que prevé que reglamentariamente se establezcan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la constitución de cualquier forma societaria.

El CIRCE (14) es un sistema de información y tramitación que utiliza técnicas telemáticas y que está integrado por:

1. El Portal PYME, que proporciona servicios de información y asesoramiento, y que está constituido por un conjunto de contenidos multimedia para proporcionar servicios de información y asesoramiento a los emprendedores a través de Internet y está ubicado en la página web de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa.

2. La Red de Creación de Empresas, constituida por los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT) (15), destinada a la prestación de servicios presenciales a los emprendedores. Tienen, entre otras funciones, la misión de asesorar a los emprendedores en la realización de su plan empresarial y ofrecer información sobre financiación y fiscalidad.

Desde estas oficinas se podrá solicitar la reserva de denominación social y se deberá iniciar la tramitación del DUE. En ellas se inicia el proceso y se coordinan todas las gestiones que se realizan hasta concluir la constitución de la sociedad.

Además la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Economía, podrá celebrar convenios de establecimiento de PAIT de las sociedades Nueva Empresa con otras Administraciones públicas y entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro.

También las Ventanillas Únicas Empresariales, creadas al amparo del Protocolo de 26 de abril de 1999, mediante los correspondientes instrumentos jurídicos de cooperación con Comunidades Autónomas y Entidades Locales, podrán realizar las funciones encomendadas al CIRCE (16).

3. El Sistema de Tramitación Telemática (STT), o sistema informático de tramitación de expedientes electrónicos que articula el proceso de creación de empresas basado en el Documento Único Electrónico (DUE).

El DUE es definido por la nueva disposición adicional octava de la LSRL como *aquel en el que se incluyen todos los datos referentes a la sociedad Nueva Empresa, que de acuerdo con la legislación aplicable, deben*

(14) BARREIRO FERNÁNDEZ, M. I.: "La creación de las sociedades mercantiles a través de técnicas telemáticas. La modificación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la llamada Nueva Empresa", en la obra *Derechos de Internet*, p. 750. Coordinadores: Rafael MATEU DE ROS y Mónica LÓPEZ-MONÍS, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

(15) Los PAIT son oficinas dependientes tanto de las Administraciones Públicas como de diversas entidades públicas y privadas, así como de colegios profesionales, organizaciones empresariales y cámaras de comercio. Por ahora se ubican físicamente en Madrid, Canarias y Andalucía.

(16) La Orden de la Presidencia 2491/2003, de 9 de septiembre, regula las prescripciones técnicas de los sistemas de información utilizados por las Ventanillas Únicas Empresariales.

remitirse a los registros jurídicos y las Administraciones públicas competentes para la constitución de la sociedad y para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social inherentes al inicio de su actividad (17).

Su objetivo es integrar todos los datos necesarios para la constitución de la SLNE y constituye un elemento básico para realizar telemáticamente todos los trámites necesarios, sobre el que se asienta todo el sistema.

El DUE (18) presenta dos aspectos fundamentales e innovadores en nuestro ordenamiento jurídico:

- a) **Carácter integrador:** ya que se materializan en un solo documento administrativo o formulario electrónico todos los datos requeridos para la realización efectiva de los trámites de constitución e inscripción y cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social.
- b) **Carácter electrónico-telemático:** ya que el soporte en el que se desenvuelve deriva de la necesidad de utilizar las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones para hacer posible la agilización de los procedimientos requeridos para la realización efectiva de los trámites antes mencionados.

Para garantizar la seguridad jurídica se utiliza la firma electrónica (19), tanto en las relaciones entre Administraciones públicas y los ciudadanos como entre éstas y los notarios y registradores mercantiles.

3.1.2. Desarrollo del procedimiento de tramitación telemático.

Una vez analizados los conceptos anteriores sobre los que se basa este proceso, a continuación, de una forma breve y concisa, se van a exponer los pasos de tramitación del mismo:

(17) El DUE está regulado por Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, capítulo II y en los anexos I, relativo a los datos básicos que deben cumplirse en el momento de iniciar la tramitación; el anexo II, que comprende los datos a incorporar en cada fase del proceso, y el anexo III, que describe los formularios que el DUE sustituye.

(18) GARCÍA MÁS, F. J.: "El documento público electrónico", en *Nuevas Tecnologías en la Contratación: Sociedad Nueva Empresa e Hipoteca Electrónica*, Consejo General del Notariado y Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 107 y ss.

(19) La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, sustituye al Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, que fue aprobado antes de la aprobación definitiva de la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

De lo que se trata ahora es de aprovechar los medios actuales de seguridad jurídica preventiva en la contratación electrónica, siendo una primera ventaja de la incorporación de estos medios tecnológicos facilitar el traslado de documentos y la práctica de comunicaciones y notificaciones entre notarios, registros, órganos de la Administración, jueces y tribunales.

- 1) En primer lugar, como se ha comentado anteriormente, el emprendedor se situará ante un PAIT y, tras haber obtenido la información que haya pedido al CIRCE, podrá solicitar el inicio de tramitación de su DUE (con los datos básicos a que se refiere el Anexo I del Real Decreto 682/2003) y reservar el nombre o denominación de la sociedad que quiere constituir.

Con el Documento Único Electrónico cumplimentado por el emprendedor se inicia la tramitación telemática. A partir de este momento, el sistema (STT-CIRCE) envía por Internet a cada organismo que interviene en el proceso la parte del documento que le corresponde para que cada uno realice el trámite de su competencia e incluya los datos pertinentes.

- 2) A continuación interviene el notario, pieza clave en el procedimiento, ya que, como se deduce del artículo 134, objeto de estudio, la Ley ha querido tomar al notario como piedra angular en la constitución de la nueva empresa.

En este sentido, supone una novedad que se puede efectuar por el emprendedor la elección del notario telemáticamente (20). Una vez elegido el notario, éste solicita del emprendedor que le entregue el resguardo de la entidad de crédito acreditativo de que se ha depositado a nombre de la sociedad en constitución una suma idéntica a la exigida como capital mínimo para constituir la SLNE (21).

- 3) Después, el notario interviniente, previa comprobación de que no existe ninguna denominación social anterior a la peticionada (lo que resultará de la certificación expedida por el Registro Mercantil Central), autorizará la escritura de manera inmediata (art. 134.4).

Para ello, el notario confecciona la escritura de constitución adicionando los estatutos orientativos, o en su caso los redactados es-

(20) Una vez que se ha cumplimentado el DUE con los datos básicos, el emprendedor elige al notario autorizante de la escritura de constitución de la sociedad, a través de medios informáticos, siendo ésta una gran novedad que incorpora la LSLNE. Para ello se exige al notario que cuelgue de la red su agenda para que el emprendedor pueda fijar un día y una hora de cita con el mismo. La aplicación informática notarial de la nueva empresa se encuentra en la plataforma *e-notario*, para todos los efectos.

(21) Se debe establecer en el texto de la escritura lo referente a las aportaciones realizadas, sean de forma originaria (cuando se le entrega el dinero al oficial público para que constituya el depósito a nombre de la sociedad) o en forma derivada (cuando se le entrega al notario una certificación acreditativa de haberse efectuado el depósito, expedida por una entidad de crédito). En la actualidad, la gran mayoría de las aportaciones se efectúan de forma derivada, es decir, mediante depósito en una entidad bancaria a nombre de la sociedad en formación, la cual procede a la emisión del resguardo acreditativo correspondiente, que posee una vigencia de dos meses desde la fecha del depósito.

pecíficamente para la nueva empresa de que se trate, y firma con su firma electrónica avanzada la escritura de constitución de la sociedad.

- 4) Una vez autorizada la escritura, el notario, de conformidad con su legislación específica en materia de incorporación de las técnicas telemáticas, electrónicas e informáticas a la seguridad jurídica preventiva (arts. 136 y ss. de la Ley 24/2001), remitirá de forma inmediata, a través de la plataforma CIRCE, copia electrónica autorizada junto con el Documento Único Electrónico a:

- El Registro Mercantil correspondiente a su domicilio (22).
- Las Administraciones Tributarias competentes para la obtención del número de identificación fiscal (NIF).
- La Agencia u Oficina Tributaria Liquidadora a efectos de que proceda a la autoliquidación del impuesto que grave el acto (operaciones societarias), de acuerdo con la legislación tributaria.

- 5) Por su parte, el Registro Mercantil, a la vista de la copia electrónica de la escritura de constitución, procederá a la calificación e inscripción de la misma.

La utilización, que será voluntaria para los socios de los llamados “estatutos sociales orientativos” aprobados por orden del ministro de Justicia, garantiza la calificación e inscripción de la escritura en veinticuatro horas.

Una vez efectuada la inscripción de la SLNE, el registrador mercantil transmitirá telemáticamente los datos concernientes a la misma al Registro Mercantil Central y al notario autorizante del título.

- 6) Efectuados todos los trámites, el notario, en un plazo máximo de veinticuatro horas (23), expedirá copia en formato papel, en la que hará constar a los emprendedores todos los datos y trámites realizados. Posteriormente, si así lo solicitaren los socios, podrá proceder al envío a la Seguridad Social de copia de la escritura (art. 134.11, mediante el DUE).

(22) Los requisitos y la forma de remisión de la copia autorizada electrónica al Registro Mercantil se deberá realizar cumpliendo la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2003, que contempla la comunicación Notarías-Registros Públicos, en cuanto a la presentación de los títulos públicos en el Registro.

(23) El incumplimiento reiterado de los plazos da lugar a las sanciones previstas por la Ley.

- 7) Con posterioridad a todo esto, al emprendedor sólo le quedará acudir a la notaría el día fijado para la constitución de la sociedad. En esta cita el notario le entregará, tras la firma de la escritura, un CIF provisional de la Nueva Empresa (24).

En conclusión, como puede deducirse de lo anterior, una primera ventaja de la incorporación de los medios tecnológicos es facilitar el traslado de documentos y la práctica de comunicaciones y notificaciones entre notarios, registros, órganos de la Administración, jueces y tribunales; además se introduce como innovación una mayor flexibilidad y simplicidad en el funcionamiento de las nuevas sociedades que se puedan crear, ya que el objetivo pretendido por la Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, a través de la tramitación telemática (25), es que el proceso de constitución de la sociedad sea lo más rápido posible y no se extienda más allá, entre unas cosas y otras, de cuarenta y ocho horas como máximo, siempre que no existan circunstancias tales como una calificación negativa (26) del registrador o un defecto en el sistema telemático de tramitación, etc.

Creo que esto representa un gran progreso, pues evita desplazamientos innecesarios, supone un ahorro de tiempo (bien tan escaso en la sociedad en la que vivimos) y evita el riesgo de la existencia de muchos documentos en soporte papel, ya que el futuro empresario que desee crear una sociedad Nueva Empresa, en lugar de tener que cumplimentar distintos impresos en cada uno de los organismos, sólo tendrá que rellenar el Documento Único Electrónico (DUE) y acudir a dos citas: al Punto de Asesoramiento e Inicio de la Tramitación (PAIT) y al notario de su elección. No obstante lo dicho, los nuevos emprendedores, si así lo desean, pueden optar por la forma de tramitación tradicional.

(24) Desde hace casi un año, los empresarios pueden obtener por vía telemática el CIF provisional de su nueva sociedad en cualquiera de las notarías españolas. Ello es posible gracias a un convenio suscrito entre el Consejo General del Notariado, la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT) y la Agencia Tributaria (AEAT), que ha permitido desarrollar el sistema telemático necesario para realizar este trámite en el mismo momento de la firma ante el notario de la escritura de constitución de la nueva empresa, sin necesidad de tener que desplazarse a una oficina de la Agencia Tributaria.

(25) GALINDO GIL, P.: "El Procedimiento de Constitución Telemática de la Sociedad Limitada Nueva Empresa", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 39, Ed. Consejo General del Notariado, junio 2003, pp. 77-103. También, a este respecto, véase: GUERRERO LEBRÓN, M. J.: "Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa", *Revista de Contratación Electrónica*, número 75, octubre 2006, EDICIP. Barcelona.

(26) Según la disposición adicional décima de la LSRL, en el supuesto de calificación negativa se estará a lo dispuesto en los apartados 6.º y 7.º del artículo 134 de dicha Ley y a la posibilidad de recurrir la calificación del registrador ante la DGRN, que deberá resolver el recurso en el plazo de cuarenta y cinco días.

3.2. Procedimiento presencial.

El procedimiento telemático, anteriormente expuesto, no es obligatorio, ya que el artículo 134.3 deja abierta a los socios la posibilidad de *optar por el sistema tradicional de inscripción de la sociedad y realización de los demás trámites administrativos*.

En este caso, los socios manifestarán, con carácter previo al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad Nueva Empresa, su voluntad de hacerse cargo de los trámites administrativos pertinentes, o bien por sí mismos, o por medio de un representante, eximiendo al notario de dicha tramitación, hasta obtener la inscripción registral de la sociedad.

En este supuesto, el artículo 134, objeto de estudio, se encarga de puntualizar que *el notario se limitará a expedir copia autorizada, en formato papel, de la escritura de constitución de la sociedad en un plazo máximo de 24 horas a partir del otorgamiento de la escritura*.

Si los socios no designan a un representante para la realización de los trámites necesarios para la constitución de la sociedad, es decir, para llevar la escritura al registro, para la gestión tributaria, etc., deberán indicar que realizarán por sí mismos estas gestiones.

En conclusión, como puede apreciarse, si se opta por la utilización de este procedimiento tradicional, llamado presencial, lo que únicamente varía es la realización de cada uno de los trámites requeridos, que serán efectuados o en forma personal por los propios socios o por el representante designado por los mismos y no por el notario, como en el procedimiento telemático.

4. Régimen jurídico

La sociedad Nueva Empresa supone una enorme simplificación del régimen jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y, pese a configurarse como una especialidad de esta última, presenta frente a la misma las siguientes diferencias o peculiaridades:

4.1. Denominación de la sociedad (art. 131 LSRL).

Una de las notas más especiales de la sociedad Nueva Empresa es su denominación social. Con el fin de acortar los plazos que actualmente son precisos para la verificación de la denominación en el Registro Mercantil Central y para abaratar los costes implícitos, se ha optado por una denominación mixta: nombre y dos apellidos de un socio fundador seguido

por un código alfanumérico (ID-CIRCE) que permita la identificación de la sociedad.

Así, está regulado en el artículo 131 LSRL de la manera siguiente:

- 1) *La denominación social estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca.*
- 2) *Por Orden del ministro de Economía se regulará el procedimiento de asignación del código a que se refiere el apartado anterior.*
- 3) *En la denominación de la compañía deberá figurar necesariamente la indicación Sociedad Limitada Nueva Empresa o su abreviatura "SLNE".*
- 4) *La denominación social se incorporará inmediatamente a una subsección especial de la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central, quedando constancia de ello en la correspondiente certificación que se expida.*

Como se puede comprobar, esta regulación en la formación de la denominación social resulta muy restrictiva, ya que se establecen de forma imperativa los criterios para la fijación de la razón social, reduciendo al máximo el margen de autonomía de la voluntad de los socios que existe en el ámbito de las sociedades de capital, en las cuales (colectivas, comanditarias, etc.) se permite incluir en la denominación de la sociedad el nombre de todos sus socios, de alguno de ellos o de uno sólo, e incluso como ocurre en el caso de la sociedad comanditaria por acciones, se permite añadir cualquier expresión que haga referencia a alguna actividad que esté incluida en el objeto social.

Por el contrario, aquí, en un principio, se limita la libertad de los socios fundadores para poder elegir una denominación objetiva o subjetiva o determinar el contenido de una u otra, ya que obligatoriamente se debe incorporar a la denominación de la sociedad los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, seguido del código alfanumérico y de la expresión Sociedad Limitada Nueva Empresa o sus abreviaturas SLNE.

Ahora bien, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la Productividad, ha introducido una modificación en cuanto a la legislación de la Nueva Empresa en lo que se refiere a la denominación social, ya que la razón social basada en los apellidos y nombre de los socios fundadores sólo será necesaria y obligatoria en el momento de la constitución de la sociedad, pudiéndose con posterioridad modificarse en los estatutos dicha denominación, dando así libertad a los socios de elegir la que quieran.

La Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo, regula el procedimiento de generación y asignación de códigos ID-CIRCE. Su disposición segunda establece que *el código será generado por el sistema de Tramitación Telemática STT-CIRCE*, correspondiendo su gestión y administración al Ministerio de Economía a través de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa.

El ID-CIRCE está constituido por una secuencia de diez caracteres alfanuméricos. Los primeros nueve son dígitos decimales y el décimo una letra simple numérica, y para obtener este código, según la disposición quinta de esta Orden y del apartado primero de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 30 de mayo de 2003, resulta que el emprendedor podrá obtener el ID-CIRCE o bien acudiendo al Área PYME de Información de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa o a los sitios web del sistema CIRCE, <http://www.circe.es> o <http://www.ipyme.org>.

Asimismo, se podrá acudir a las Ventanillas Únicas Empresariales (VUE) y a cualquiera de los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT) autorizados.

La generación del ID-CIRCE no supone en ningún caso la reserva automática de la denominación social, ya que el emprendedor deberá, en cualquier caso, realizar los trámites legalmente establecidos para solicitar la reserva de dicha denominación ante el Registro Mercantil Central (27).

Además es conveniente señalar que la asignación del código CIRCE se halla vinculada al proceso de expresión de la voluntad de los socios de petición de una denominación social para crear una SLNE, y que tanto el procedimiento de obtención de un nombre social SLNE, como la reserva de éste en la subsección especial de la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central, es siempre telemático, ya que el código generado conforme al apartado anterior es el único aceptado por dicho Registro.

De todo lo expuesto debe entenderse que la inclusión del código alfanumérico de la Sociedad Nueva Empresa que se pretende constituir es, para la Ley, un elemento suficiente de diferenciación de la sociedad, para poderla distinguir de otras de forma inequívoca, evitándose además los abundantes conflictos derivados de las confusiones posibles o reales entre denominaciones sociales o entre éstas y los signos distintivos (28).

No obstante, esta regulación sobre denominación de la SLNE plantea algunos problemas que son dignos de tener en consideración:

(27) Disposición séptima de la Orden ECO/1371/2003 y, en idéntico sentido, el punto 1.2 de la Instrucción de la DGRN de 30 de mayo de 2003.

(28) Sobre este tema, véase MIRANDA SERRANO, L. M.: *Denominación social y nombre comercial*, Marcial Pons Librero Editor, Madrid, 1997.

1. En primer lugar, no parece oportuno el casuismo legal al exigir dos apellidos de un socio fundador, sistema patronímico característico del Derecho español, y que puede suponer, si no es interpretado en sentido amplio y con sentido común, una limitación a la libertad de establecimiento en nuestro país de extranjeros o de nacionales comunitarios cuyo apellido es uno sólo, el paterno o el del cónyuge.

Parece razonable entender en estos casos, puesto que la nacionalidad no es requisito necesario para acceder a la nueva empresa, que no se pretende por la Ley imponer los dos apellidos, sino que lo que se exige es que se recoja en la denominación la totalidad de los elementos identificadores de la persona física que aporta su nombre. Por lo que bastará con incorporar a la denominación el apellido del socio fundador extranjero tal y como aparezca en su tarjeta de residencia, pasaporte o documento de identificación utilizado.

2. En segundo lugar, la Sociedad Nueva Empresa se encuentra obligada a modificar su denominación social en los supuestos de transmisión de todas las participaciones sociales del socio fundador o por muerte de éste, ya que el artículo 140.3 LSRL dispone que *en caso de que el socio cuyo nombre y apellidos figuren en la denominación social pierda dicha condición, deberá modificarse la denominación de modo que esté formada por el nombre y los apellidos de uno de los socios*.

Cabe la posibilidad de que el socio haya transmitido sus participaciones a un homónimo, ya que puede darse el caso de que exista en la nueva empresa otro socio con el mismo nombre y apellidos, debiendo proceder también al cambio de denominación social, con la particularidad, en este caso, de que la empresa podrá conservar el mismo nombre y apellidos, pero lo que variará será el código alfanumérico (29).

3. En tercer lugar, es necesario que nos remitamos a la práctica para ver si esta forma de denominación es aceptada por los emprendedores, máxime cuando si se pretende la continuación de las operaciones en forma de sociedad limitada, según los artículos 140 y 141.1 LSRL, *no podrá permanecer la antigua SLNE con la denominación que hubiera ostentado hasta entonces, encontrándose obligada a cambiar el nombre*.

Y lo mismo ocurre en los supuestos de transformación de la SLNE en otras formas sociales (art. 143 LSRL).

4. Por último, en los supuestos de fusión por absorción entre sociedades limitadas Nueva Empresa, pese a que el artículo 418 RRM estable-

(29) Teniendo en cuenta el carácter marcadamente personalista de estas sociedades, puede argumentarse también a favor de esta conclusión lo establecido en el apartado 4 del artículo 401 RRM para las sociedades colectivas, que dice así: *en el caso de que una persona cuyo nombre figure total o parcialmente en la razón social perdiera por cualquier causa la condición de socio colectivo, la sociedad está obligada a modificar de inmediato la razón social*.

ce como excepción la posibilidad de sucesión en la denominación de la sociedad absorbida por parte de la absorbente, tratándose de sociedades limitadas acogidas al marco estatutario de Nueva Empresa, la absorbente sólo podrá utilizar el nombre de la absorbida si subsiste la condición de socio en aquélla del que dio su nombre a la sociedad absorbida (30).

4.2. Requisitos de los socios (art. 133 LSRL).

El artículo 133 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece tres limitaciones respecto de los socios de la Sociedad Nueva Empresa:

1. Sólo pueden ser socios de la Sociedad Nueva Empresa las personas físicas (art. 133.1 LSRL), estando limitada su responsabilidad al capital aportado, lo que delimita su carácter *intuitu personae* y cerrado; esto hace, por tanto, que no puedan ser socios las personas jurídicas, excluyéndose la posterior transmisión de participaciones; no obstante, si adquiere alguna persona jurídica se procederá a su enajenación a favor de personas físicas en el plazo de tres meses o se la obliga a continuar como sociedad de responsabilidad limitada (art. 136.3 LSRL).
2. Al tiempo de su constitución, los socios no podrán superar el número de cinco, lo que supone un límite máximo *ab initio* del número de socios, pero derivativamente, por transmisión voluntaria o forzosa de las participaciones sociales, se podrá superar este límite cuantitativo, ya que, según el artículo 136, en sus apartados 1.º y 2.º, se permite durante la vida de la sociedad la transmisión voluntaria por acto *inter vivos* de participaciones sociales a favor de personas físicas, y como consecuencia de ello que se pueda superar el número de cinco socios. Aplicándose la misma solución, aunque no se diga nada al respecto, en caso de transmisión forzosa por acto *mortis causa*.
3. Este tipo de sociedad puede constituirse en principio, *ab initio*, con un único socio, pero no podrán constituir ni adquirir la condición de socio único de una Sociedad Nueva Empresa quienes ya ostenten la condición de socios únicos de otra sociedad de este tipo, ya sea por constitución directa o por adquisición de la totalidad de las participaciones de la sociedad (ni de forma originaria, ni derivativa).

(30) BENAVIDES DEL REY, J. L.: "Sociedad Nueva Empresa: realidad tecnológica multidisciplinar", en *Nuevas Tecnologías en la Contratación: Sociedad Nueva Empresa e Hipoteca Electrónica*, Consejo General del Notariado y Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 81.

Exigiéndose a tal efecto que en la escritura de constitución de la sociedad se haga constar por el socio único que no ostenta la misma condición en otra Sociedad Nueva Empresa (art. 133.2 LSRL). Aunque sí podrán ser socios en otras de carácter pluripersonal.

- Además, no será precisa la llevanza del Libro-Registro de Socios, acreditándose dicha condición mediante el documento público en el que se hubiere constituido la sociedad.

La supresión del Libro-Registro de Socios (art. 137 LSRL) permite que la acreditación de la condición de socios se realice simplemente mediante documento público que revela la adquisición de las participaciones, del mismo modo en que se constata la constitución de derechos reales limitados. La supresión resulta conveniente en razón del número de socios y en beneficio de una administración simplificada donde el órgano de administración se limita a realizar las notificaciones oportunas, siendo responsable de los perjuicios a que puede dar lugar su omisión o retraso (31).

Esta supresión del Libro-Registro de socios y su sustitución por un sistema de notificaciones, en cuanto a la constitución de derechos reales (art. 137.2.º LSRL), es otra de las novedades que introduce la Ley 7/2003, de la SLNE (32), objeto de estudio, y obedece a dos razones:

- 1.ª) A la simplificación administrativa y a la intención de facilitar el desenvolvimiento de la vida social.
- 2.ª) Y al reconocimiento del documento notarial como título, sin precisar mayores formalidades añadidas.

Por tanto, el documento público (escritura pública), mediante el cual se adquieren participaciones sociales, es el único medio para acreditar frente a terceros y frente a la propia sociedad la condición de socios, desapareciendo cualquier otro control o requisito complementario.

En realidad, como se ha mantenido en reiteradas ocasiones (33), “el

(31) DE ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, R.: “La Nueva Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa: oportunidad de la norma y principios en que se inspira”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 39, Ed. Consejo General del Notariado, junio 2003, p. 30.

(32) Por el contrario, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dispone la obligación de llevar un Libro-Registro de socios, en el que han de constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas.

(33) Sobre el Libro-Registro de Socios que viene establecido con carácter general en el artículo 27 LSRL, véase ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Comentario al artículo 27 de la LSRL”, en ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, pp. 322-323.

Libro-Registro tiene una finalidad organizadora de las relaciones socio-sociedad, pero carece de eficacia legitimadora para el ejercicio de los derechos del socio, y tampoco tiene carácter constitutivo respecto de los mismos o del nacimiento de eventuales derechos reales y gravámenes registrados sobre las participaciones sociales”. Por ello, y dado el sistema establecido en el nuevo artículo 137 LSRL, sobre estas cuestiones resulta positiva la supresión del Libro-Registro.

4.3. Objeto social (art. 132 LSRL).

No cabe objeto social único y exclusivo, permitiéndose que sea amplio y genérico con el fin de evitar posteriores modificaciones estatutarias y de facilitar la calificación e inscripción de la escritura de constitución. Este objeto social amplio que se establece tiene por función permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes, y en este sentido el artículo 132 de la Ley fija una suerte de lista, por la cual la Sociedad Nueva Empresa tendrá por objeto todas o alguna de las siguientes actividades que se exponen:

1. *La Sociedad Nueva Empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades, que se transcribirán literalmente en los estatutos: la actividad agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de profesionales o de servicios en general.*
2. *Además, los socios fundadores podrán incluir en el objeto social cualquier actividad singular distinta de las anteriores. En este caso, si la inclusión de dicha actividad singular diera lugar a una calificación negativa del registrador mercantil de la escritura de constitución de la sociedad, no se paralizará su inscripción, que se practicará, sin la actividad singular en cuestión, en la forma y plazos establecidos en el artículo 134, siempre que los socios fundadores lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o con posterioridad a ella.*

Como explica la Exposición de motivos de la Ley: “la configuración jurídica del objeto es otro de los elementos innovadores del régimen jurídico de la Nueva Empresa, a tales efectos se establece un objeto social amplio y de carácter genérico, cuya función no es otra que la de permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes, sin necesidad de tener que acudir a continuas modificaciones de los estatutos. Esta medida obedece a una realidad constatable, que no es otra que la del carácter cambiante de los pequeños negocios durante sus primeros años de actividad”.

Y es que, desde los primeros borradores de la Ley, primaba el criterio de un objeto amplio, que se correspondiera con el fenómeno sociológico actual observado en la creación de nuevas empresas según el cual en los primeros tiempos de vida de la sociedad pudiera cambiar su actividad según las necesidades del mercado. Por ello, un objeto pormenorizado y muy definido que no se correspondiera con la realidad y que exigiera una modificación posterior no resultaría apropiado.

Finalmente, en los últimos apartados 3.º y 4.º del artículo 132 objeto de estudio, se realizan dos exclusiones: no podrán ser Sociedades Limitadas Nueva Empresa aquellas que exijan la forma de sociedad anónima, ni las sociedades patrimoniales a las que se refiere la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y ahora la Ley 46/2002, de 16 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (34).

4.4. Capital social y régimen de las participaciones sociales.

4.4.1. *El capital social (art. 135 LSRL).*

Inicialmente, el capital social se divide en participaciones y se compone por la suma de las aportaciones de los socios, que representan la cuantía con que cada socio participa en la fundación de la sociedad.

Es decir, con la aportación social se adquiere la condición de socio y con ésta la participación social; dependiendo de lo que aporte cada socio tendrá más o menos participaciones sociales.

Lógicamente, aunque no se diga nada al respecto, el capital deberá estar íntegramente suscrito y totalmente desembolsado desde su origen (*cfr.* art. 4 LSRL), además de cumplir con los requisitos del artículo 5 LSRL, que exige *un capital social dividido en participaciones sociales íntegramente desembolsadas, iguales, acumulables e indivisibles*.

Así la Nueva Empresa, como sociedad limitada que es, presenta en cuanto al capital social la siguiente regulación:

(34) Se refiere a aquellas sociedades en las que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto al ejercicio de actividades económicas y a las que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a diez o menos socios o a un grupo familiar (cónyuge, descendientes, ascendientes, línea colateral, consanguínea o por afinidad hasta el cuarto grado, inclusive).

Son las llamadas “sociedades pasivas” que no realizan actividades económicas a efectos fiscales. Las sociedades patrimoniales constituyen un régimen especial del Impuesto sobre Sociedades que surge de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como resultado de la eliminación del anterior régimen de transparencia fiscal, en el que se agrupaban también las conocidas como “sociedades de profesionales”.

Artículo 135.1 LSRL: *El capital social de la sociedad Nueva Empresa no podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos.*

Artículo 135.2 LSRL: *En todo caso, la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias.*

De este precepto se destaca, no el límite mínimo, sino el máximo y el hecho que se limite la aportación a la de carácter dinerario.

Como se puede ver, se ha optado por mantener la cifra de capital mínimo, con un ligero redondeo al alza de 3.005,06 € en la SRL a 3.012 € en la SLNE (seis euros noventa y cuatro céntimos más), prácticamente igual que para la sociedad de responsabilidad limitada (35).

La razón por la que el legislador ha elevado ligeramente el capital mínimo de la Sociedad Limitada Nueva Empresa puede deberse, según MADRIDEJOS FERNÁNDEZ (36), “a razones estéticas y a la más fácil divisibilidad de la cifra elegida, ya que dicha divisibilidad facilita los cálculos si se recurre a participaciones de un euro y se trata de distribuir el capital social entre todos los socios, siempre que éstos sean dos, tres o cuatro”.

En cuanto a la limitación de la cifra de capital máximo (120.202 €), en cuantía justamente doble de la requerida para constituir una sociedad anónima, supone una novedad en la legislación societaria vigente y tiene su razón de ser en la propia esencia de la Nueva Empresa, ya que se pretende crear una sociedad modesta de reducida dimensión y que no tenga un crecimiento desmesurado (37).

Además, según lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley, esta cifra máxima de capital social es un límite que estará vigente durante toda la vida de la sociedad y en ningún caso se podrá sobrepasar, salvo que simultáneamente se acuerde la continuación de las operaciones en forma de so-

(35) Como señala el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley: *se ha optado por mantener la cifra mínima de capital social establecida para las sociedades de responsabilidad limitada.*

(36) MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “El Régimen Jurídico de la Sociedad Nueva Empresa”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 39, Consejo General del Notariado, junio 2003, p. 213.

(37) El legislador español sigue así las pautas que se tomaron para la sociedad privada europea en la cumbre europea de Tampere, que se celebró en el año 2002, recogidas en un documento denominado: “Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés”, que predica “el mantenimiento de una cifra de capital mínimo para constituir la sociedad, pero sin que la cantidad concreta llegue a ser un obstáculo que dificulte su creación, como también la exigencia de un capital máximo recomendable para evitar que puedan acogerse a este régimen especial sociedades de gran volumen que poco o nada tienen que ver con el mundo de la pequeña empresa”.

ciudad de responsabilidad limitada (38), u otra forma social que no precise un límite máximo.

La cifra del capital social indicada en los estatutos puede modificarse, pues entre las modificaciones estatutarias permitidas a la Sociedad Limitada Nueva Empresa se encuentra la de su capital social (art. 140.1 LSRL). Ahora bien, como dispone la Ley, la modificación debe efectuarse dentro de los límites máximo y mínimo establecidos en el precepto objeto de estudio.

También constituye una característica especial la regulación del apartado 2.º del artículo 134, objeto de estudio, al expresar que *en todo caso la cifra de capital mínimo debe ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias*. Ahora bien, si el capital social del que se parte es superior al mínimo, siempre que al menos se haya aportado en dinero 3.012 €, la diferencia, es decir, la parte del capital por encima de esos 3.012 €, podrá ser desembolsada en la forma en que los socios fundadores estimen conveniente, ya sean bienes muebles o inmuebles, con la misma libertad que en la sociedad de responsabilidad limitada.

Parece que la justificación de esta limitación también es la de simplificar al máximo el proceso de constitución de la sociedad, convirtiendo el desembolso dinerario del capital mínimo (que suele ser lo más frecuente sobre todo cuando es un capital reducido) en algo obligado para la Nueva Empresa.

4.4.2 Régimen jurídico para la transmisión de las participaciones sociales (art. 136 LSRL).

La regulación aplicable es la contenida en el artículo 136 de la Ley, que se transcribe a continuación:

Artículo 136.1: La transmisión voluntaria por acto “inter vivos” de participaciones sociales sólo podrá hacerse a favor de personas físicas y estará sometida a normas que, para las mismas, se establece en la presente ley.

Artículo 136.2: Como consecuencia del régimen de transmisión previsto en este artículo podrá superarse el número de cinco socios.

(38) En este sentido, afirma MADRIDEJOS: *op. cit.*, p. 214, “que en cualquier caso la cifra máxima de capital social es un claro condicionamiento al crecimiento desmesurado de la sociedad Nueva Empresa y puede servir de estímulo para el tránsito al régimen general de la sociedad de responsabilidad limitada, pero no deja de ser una restricción más formal que otra cosa, puesto que no hay límite a la dimensión económica del patrimonio social y es muy frecuente en el tráfico la existencia de sociedades con un gran volumen y un pequeño capital, ni hay norma alguna que impida constituir la sociedad con un capital pequeño y con la prima de emisión que se tenga por conveniente”. Yo, por mi parte, soy de la misma opinión.

Artículo 136.3: *En todo caso, si como consecuencia de la transmisión adquirieran personas jurídicas participaciones sociales, deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición; en caso contrario, la Sociedad Nueva Empresa quedará sometida a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse para ello el correspondiente acuerdo en los términos previstos en el artículo 144 de la presente ley.*

Este “en todo caso” se refiere a los supuestos de transmisión forzosa y adquisición *mortis causa* de las participaciones por personas jurídicas (39), las cuales adquirirán la *condición de socios* y deberán realizar la enajenación de dichas participaciones a favor de personas físicas, en el plazo de tres meses, si les interesa dejar de pertenecer a la sociedad. Los demás socios o la propia sociedad, lo único que pueden hacer para evitar que la sociedad pierda su condición de *SLNE* es adquirir las participaciones siempre que lo autoricen los estatutos, conforme lo establecen los artículos 31.3.º y 32.2.º LSRL, este último conforme a la redacción que le otorga la nueva Ley.

Es de destacar que la inobservancia por parte del socio “persona jurídica” de su obligación de vender a las personas físicas en el plazo de tres meses, determina la transformación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa en sociedad limitada ordinaria, con la sumisión al régimen general, lo que confirma el carácter “esencial” atribuido a la naturaleza personal de los socios.

Continúa vigente la regla de que la adquisición de alguna participación por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio (art. 32.1.º y 2.º) y la posibilidad de que los estatutos establezcan un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, no sólo a favor de los socios sobrevivientes, sino también (y ésta es la modificación), y en su defecto, a favor de la sociedad.

El régimen aplicable a la transmisión de las participaciones que se regula en este artículo 136 viene a regular fundamentalmente las consecuencias de la especialidad que supone el artículo 133.1, que ha sido objeto de estudio anteriormente en el apartado correspondiente, según el cual sólo podrán ser socios de la Sociedad Nueva Empresa las personas físicas, estando prohibida cualquier transmisión de participaciones a favor de personas jurídicas por actos *inter vivos* de carácter voluntario. Por lo demás, el

(39) Por ejemplo, se pueden dar supuestos tales como los de un socio de una *SLNE* que muere intestado y sin parientes, siendo por tanto heredero el Estado, o que deje testamento y nombrado heredero a una institución benéfica o asistencial.

régimen de transmisión de la Sociedad Nueva Empresa es el mismo que el de la sociedad de responsabilidad limitada, contenido en general en el capítulo IV, y en especial en la sección segunda, artículos 29 a 34, con las particularidades que derivan de la prohibición de que sean socios las personas jurídicas y del régimen especial de acreditación de la condición de socios que se establece en el artículo 137, del que destaca la supresión del Libro-Registro de Socios.

Por otra parte, para ayudar a resolver el problema de las dificultades de financiación que se presenta en la mayoría de las empresas y ayudar a los socios mayoritarios a mantener el control de la gestión social (40), la Ley introduce en el apartado quinto de su artículo único una nueva sección 5.^a al capítulo IV de la LSRL, integrada por el nuevo artículo 42.bis, en el que se regulan “las participaciones sin voto” y se permite que cualquier tipo de sociedad de responsabilidad limitada, y no solamente la Nueva Empresa, pueda crear participaciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social.

4.5. Los órganos sociales (arts. 138 y 139 LSRL).

La regulación de los órganos sociales se caracteriza por su extrema sencillez, sin alterarse la estructura orgánica básica de la sociedad de responsabilidad limitada, pero existiendo en efecto modificaciones con respecto a la normativa general, tanto en los requisitos de convocatoria de la Junta general como en el funcionamiento del órgano de administración, facilitando a los socios el gobierno de la sociedad.

El artículo 138 LSRL, relativo a la **Junta general**, se ocupa únicamente del modo de realizar la convocatoria, introduciendo dos novedades:

- En primer lugar, se suprime la convocatoria en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (BORME) y en la prensa diaria, sin necesidad de que figure en los estatutos (41), pudiendo convocarse la Junta mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado por los socios.

(40) Con este propósito, la Ley que nos ocupa reforma unos cuantos preceptos de la LSRL sobre el régimen de la autocracia: así se añaden al artículo 40 LSRL los artículos 40 bis y 40 ter, relativos al régimen de las participaciones propias y a las consecuencias de la infracción de dicho régimen, y se retocan otros preceptos en materia de transmisión de participaciones [art. 29.2.º, c) y art. 32.2.º] y de separación y exclusión de socios (art. 97.2.º y arts. 101 y 102), con el objetivo de facilitar en dichos supuestos la adquisición de participaciones por la propia sociedad.

(41) No es necesario que los estatutos sociales especifiquen la forma de convocar la Junta general. Los estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, aprobados por la

- En segundo lugar, se permite que la comunicación de la convocatoria tenga lugar mediante la utilización de procedimientos telemáticos, siempre que de ese modo se asegure el conocimiento de la misma por los socios.

Mediante estas dos modalidades de convocatoria se garantiza el derecho del socio a conocer cuándo, dónde y para qué se reúne la Junta general y además se permite a la sociedad abaratar los costes de convocatoria, pues ya no es necesario *el anuncio de la misma en el BORME, ni en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social*.

Según el artículo 139.1.º LSRL, la principal novedad, por lo que se refiere al **Órgano de Administración**, consiste en la supresión de la posibilidad de crear Consejo de Administración en la SLNE, aunque la administración se haya confiado a más de dos administradores mancomunados. Esta razón obedece a que en las pequeñas sociedades, con poco capital y escaso número de socios, la creación de un Consejo de Administración constituye una complicación innecesaria que no facilita el proceso de simplificación de la gestión de la sociedad.

— En cuanto a la representación de la sociedad, el artículo 139.2.º LSRL establece también algunas diferencias respecto al régimen general de las sociedades de responsabilidad limitada, ya que *la representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, caso de existir un administrador único, a éste; caso de existir varios administradores solidarios, a uno cualquiera de ellos y en el supuesto de existir varios administradores mancomunados, a dos cualquiera de ellos*.

Es decir, que según este último inciso, en el supuesto de que existan tres administradores mancomunados, sólo dos de ellos podrán representar a la sociedad, cosa que no ocurre en la sociedad limitada.

— Otra novedad que establece el artículo 139.3.º LSRL es que sea cual sea la forma de organizar la administración de la sociedad, para ser administrador se requiere la condición de socio, cosa que no ocurre con el régimen general, y de otra parte que el cargo podrá ser retribuido en

Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2003), establecen en su artículo 7.º, respecto a la convocatoria de la Junta general, que: *Las Juntas generales se convocarán mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido al domicilio que a tal efecto hayan comunicado los socios al órgano de administración (o mediante comunicación telemática dirigida a la dirección de correo electrónico que a tal efecto hayan comunicado los socios al órgano de administración)*.

la forma y cuantía que decida la Junta general, sin necesidad de que conste en los estatutos.

— Por otro lado, según el artículo 139.4.º LSRL, se confirma la duración indefinida del cargo de administrador, pero se establece una pequeña alteración, con respecto a la sociedad limitada, ya que únicamente la Junta podrá nombrar administrador por tiempo determinado en un momento posterior a la constitución de la sociedad.

— Por último, el artículo 139.5.º, relativo a la remoción del cargo de administrador, modifica la mayoría de los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales, que exige el artículo 68 de la LSRL y la sustituye por la mayoría del artículo 53.1, prohibiendo que en los estatutos se pueda exigir una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social y es nuevo, con el fin de facilitar la mayoría, el que se impida al socio afectado por la remoción ejercer su derecho de voto, excluyéndose y deduciéndose del capital social sus participaciones, para el cómputo de la mayoría de votos exigida.

Es decir, resulta una característica específica en la Sociedad Nueva Empresa la imposición de un régimen de remoción que impide al administrador apoyarse en sus propios votos para permanecer en el cargo.

4.6. Sistema de contabilidad simplificada (art. 141 LSRL).

Es bien sabido de la exigencia, en todas las sociedades mercantiles, de llevar una contabilidad que refleje fielmente su situación patrimonial, así como los resultados de cada ejercicio.

La presentación de las cuentas anuales (42) en el Registro Mercantil, correspondiente al domicilio social de la sociedad, es obligatoria, ya que a través de ellas se refleja fielmente el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa, estando interesados en ellas, por múltiples motivos, los socios (actuales y futuros), los trabajadores, los acreedores sociales e incluso el Estado a efectos del impuesto de sociedades.

La Ley 7/2003, objeto de estudio, innova respecto a la Sociedad Nueva Empresa la simplificación de los registros contables, de forma que, a través de un único registro, se permita el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone en materia de información contable y fiscal (art. 141 LSRL).

(42) Las cuentas anuales propiamente dichas están integradas por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Estos documentos contables forman la contabilidad de empresa.

El precepto del artículo 141 establece, pues, una contabilidad específica para esta forma social, “un régimen simplificado de contabilidad” (43), siempre que la empresa cumpla los límites que se señalan, que, aunque distintos en su cuantía, cualitativamente son los mismos límites que sirven para establecer cuándo es posible acogerse al balance abreviado, conforme disponen los artículos 181 y 191 de la LSA (44).

Este régimen simplificado de contabilidad (según la disposición adicional duodécima) prevé la posibilidad de formular las cuentas anuales en modelos específicos, que a tal efecto se aprueben por orden del ministro de Economía, en los que se tendrá en cuenta la reducida dimensión de la sociedad a que se refieren, así como la de aplicar criterios de registro contable simplificado.

Estos criterios se amplían en el artículo 145 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, para todas las entidades, cualquiera que sea su forma jurídica, que, debiendo llevar una contabilidad ajustada al Código de Comercio (arts. 25 y ss.), o a las normas por las que se rijan, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias que se establezcan en relación con el total de las partidas del activo, el importe neto de la cifra anual de negocios y el número medio de trabajadores empleados.

5. Ventajas fiscales

Los beneficios fiscales específicos que se conceden a la Sociedad Limitada Nueva Empresa se agrupan en dos bloques:

1. Uno, integrado por la disposición adicional decimotercera de la Ley 7/2003, de 1 de abril de la SLNE.
2. Otro, recogido en el artículo 1 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, sobre medidas de reforma económica.

(43) Teniendo en cuenta la cuarta Directiva de la Unión Europea en materia de sociedades, desde la entrada en vigor de la LSA, se admite la rendición de cuentas simplificada (art. 161 LSA) para el balance, y el artículo 190 LSA, para la cuenta de pérdidas y ganancias, lo que, por lo demás, exime a las sociedades afectadas de someter a auditoría sus cuentas anuales (art. 203.2.º LSA).

(44) El artículo 181 LSA admite el balance abreviado; el artículo 190 LSA, la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, y el artículo 201 LSA, la memoria abreviada para la rendición de cuentas e incluso en el artículo 203.2.º LSA se exime a las sociedades que pueden presentar balance abreviado de someter a auditoría sus cuentas anuales.

1. Respecto a las ventajas fiscales fijadas en la nueva disposición adicional decimotercera, que se añade a la LSRL, figuran la concesión de aplazamientos en el pago de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en el Impuesto de Sociedades, así como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El régimen tributario establecido es el siguiente:

- a) Por un lado, con carácter obligatorio, previa solicitud y sin aportación de garantías, la Administración Tributaria concederá el aplazamiento de la deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de operaciones societarias, derivada de la constitución durante el plazo de un año desde su constitución.

En este caso, para compensar a la Hacienda Pública de la falta de disposición del efectivo en plazo, se devengan intereses de demora durante el tiempo que dure dicho aplazamiento.

- b) Por otra parte, el aplazamiento será obligatorio para la Administración Tributaria, previa solicitud y sin aportación de garantías, de las deudas tributarias del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución. El ingreso de las deudas del primer y segundo período deberá realizarse a los doce y seis meses, respectivamente, desde la finalización de los plazos para presentar la declaración-liquidación correspondiente a cada uno de dichos períodos.

Igualmente, en este supuesto, el aplazamiento de las deudas lleva intereses de demora.

También se exime a la Sociedad Nueva Empresa de efectuar los pagos fraccionados a que se refiere el artículo 38 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, a cuenta de las liquidaciones correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución (45).

- c) Por último, potestativamente y no obligatoriamente, la Administración Tributaria, previa solicitud y con aportación de garantías o sin ellas podrá conceder aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que se devengue en el primer año de su constitución.

Dichas cantidades, o bien aplazadas o bien fraccionadas, continúan devengando intereses de demora.

(45) Además, en tanto que la Sociedad Nueva Empresa es una empresa de reducida dimensión, le son aplicables los incentivos fiscales recogidos en el capítulo XII del título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades.

En definitiva, como se desprende de la anterior regulación, no se establece un régimen especial tributario para la Sociedad Limitada Nueva Empresa, sino que se establece un tratamiento beneficioso en el aplazamiento del pago de determinados impuestos y otras obligaciones tributarias de contenido económico, devengadas en relación con la constitución e inicio de dicha sociedad. La razón que justifica este tratamiento excepcional y estas “medidas fiscales” no es otra que la de dotar de liquidez a la Nueva Empresa, difiriendo el pago de tributos, con la fundamental excepción del IVA, durante un año, al menos, de la vida de la sociedad, con el fin de fomentar no sólo la constitución, sino el inicio de su actividad económica (46).

2. El título I de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, otorga medidas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas y completa el régimen fiscal favorable concedido a las sociedades Nueva Empresa, merced a la adición en el artículo 55 de la Ley reguladora del IRPF de un apartado 6.º, en el que se recoge una nueva deducción de las cuotas líquidas estatal y autonómica por “inversión” en una cuenta ahorro-empresa (47).

Esta Ley, en su artículo primero, regula la cuenta ahorro-empresa, cuyos fondos deben destinarse a la constitución de una empresa, con una duración mínima de dos años con, al menos, un local destinado de forma exclusiva a llevar la gestión de la actividad y un empleado (con jornada completa y contrato laboral) en la forma de Sociedad Limitada Nueva Empresa. En este caso se produce la devolución del quince por ciento de las cantidades depositadas con el límite de 9.015,18 € anuales durante un máximo de cuatro años (48).

Este incentivo fiscal nace con el fin de contribuir a estimular el ahorro y animar al inversor español para la creación de empresas, siguiendo de este modo las recomendaciones efectuadas por la Comisión Europea en el Libro Verde de “El espíritu empresarial en Europa”.

(46) BOQUERA MATARREDONA, J. (directora) y otros: *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentarios a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8.ª a 13.ª de la LSRL*, Ed. Thomson-Aranzadi, SA, Navarra, 2003, p. 218.

(47) DOMÍNGUEZ RODICIO, J. R.: “Las Sociedades Limitadas Nueva Empresa. Consideraciones Fiscales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 39, Ed. Consejo General del Notariado, junio 2003.

(48) Para no perder el derecho a la deducción, durante el plazo de dos años, el emprendedor no podrá transmitir *inter vivos* las participaciones en la SLNE. Con esto se quiere evitar que la deducción beneficie a un socio que aporte capital, mero especulador, y no al auténtico emprendedor.

6. Consideraciones finales

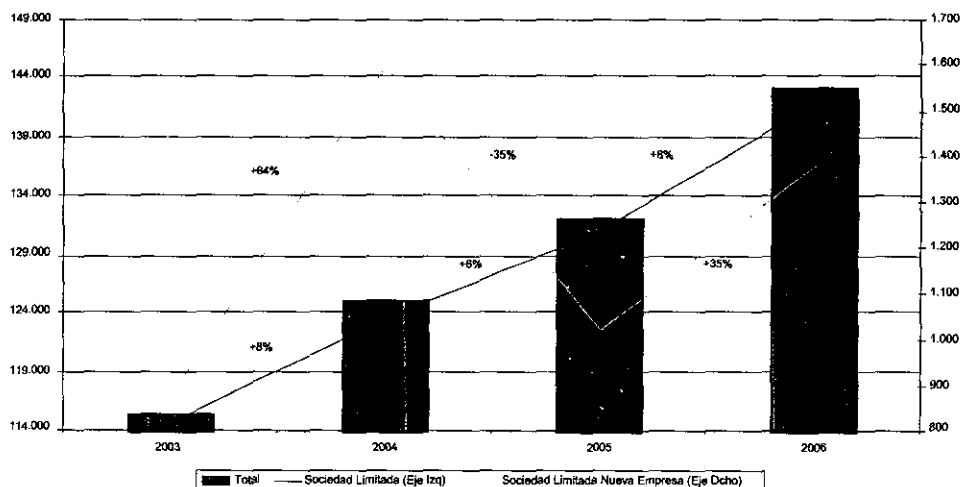
Constatada la utilidad, desde el año 2003, de la constitución de Sociedades Nueva Empresa por vía telemática, ha sido evidente la necesidad de abrir el modelo a otras formas societarias y de ahí la trascendencia del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del “Documento Único Electrónico (DUE) para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática”, que ha extendido esta forma de constitución a todas las sociedades de responsabilidad limitada que se creen a partir de noviembre de 2006. Desde entonces son casi 3.000 las empresas que se han constituido por este procedimiento.

Así, me parece oportuno, para hacernos una idea de la evolución en la constitución de las sociedades de capital, añadir unos datos facilitados por el Registro Mercantil Central:

	2003	2004	2005	2006
Sociedad Anónima	2.602	2.218	2.141	2.029
Sociedad Limitada	114.513	123.595	131.054	141.830
Sociedad Limitada Nueva Empresa	869	1.595	1.022	1.383
Total	117.984	127.408	134.217	145.242

Fuente: Registro Mercantil Central.

EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES LIMITADAS



Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F. J.: "Comentario al artículo 27 de la LSRL", en ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*.
- ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- BARREIRO FERNÁNDEZ, M. I.: "La creación de las sociedades mercantiles a través de técnicas telemáticas. La modificación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la llamada Nueva Empresa", en la obra *Derechos de Internet*. Coordinadores: Rafael MATEU DE ROS y Mónica LÓPEZ-MONÍS. Ed. Aranzadi. Navarra, 2003.
- BENAVIDES DEL REY, J. L.: "Sociedad Nueva Empresa: realidad tecnológica multidisciplinar", en *Nuevas Tecnologías en la Contratación: Sociedad Nueva Empresa e Hipoteca Electrónica*, Consejo General del Notariado y Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- BOQUERA MATARREDONA, J.: *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- DE ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, R.: "La Nueva Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa: oportunidad de la norma y principios en que se inspira", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 39, Ed. Consejo General del Notariado, junio 2003.
- EMBED IRUJO, J. M.: "Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la reforma del Derecho de Sociedades español", *Noticias CEE*, 43-44, 1988.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de Sociedades: un balance", en *Derecho de Sociedades. Libro-Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: "La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *La Ley*, año XXV, número 5938, Madrid, 2004.
- GALINDO GIL, P.: "El Procedimiento de Constitución Telemática de la Sociedad Limitada Nueva Empresa", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 39, Ed. Consejo General del Notariado, junio 2003, Madrid.
- GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La financiación de las Pymes*, Madrid, 2003.
- GARCÍA MÁS, F. J.: "El documento público electrónico", en *Nuevas Tecnologías en la Contratación: Sociedad Nueva Empresa e Hipoteca Electrónica*, Consejo General del Notariado y Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- GRANDÍO-DOPICO, A.: *Creación de empresas, Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- GUERRERO LEBRÓN, M. J.: "Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa", *Revista de Contratación Electrónica*, número 75, EDICIP, Barcelona, 2006.
- HIERRO ANIBARRO, S.: *Tratado de Derecho Mercantil. Tomo XI. La sociedad de responsabilidad limitada. Vol. 4. La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “El Régimen Jurídico de la Sociedad Nueva Empresa”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 39, Consejo General del Notariado, junio 2003, Madrid.
- MAGDALENA, N.: “Creación de empresas on line”, *Escritura Pública*, número 47, Consejo General del Notariado, 2007, Madrid.
- MARÍN HITA, L. J.; GUIADO MORENO, A.: “La Sociedad Limitada Nueva Empresa: Algunas consideraciones en torno a su disciplina legal”, *Derecho de los Negocios*, año 15, número 162, La Ley-Actualidad, Madrid, 2004.
- MIQUEL, J.: “Comentario al artículo 53”, en ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*.
- MIRANDA SERRANO, L. M.: *Denominación social y nombre comercial*, Marcial Pons Librero Editor, Madrid, 1997.
- VALPUESTA, E.: *La Sociedad Nueva Empresa, Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

INSTRUMENTOS DE OPOSICIÓN FRENTE A OPAs HOSTILES. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE SECTORES REGULADOS

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
*Becario de investigación
del Ministerio de Educación y Ciencia*

*A la memoria
de don Juan Francisco Delgado de Miguel*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INTERVENCIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES. 3. CLASIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DEFENSIVAS. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. Criterios de clasificación. 3.3. Medidas de carácter preventivo. 3.3.1. *Medidas que tienden a limitar la libre transmisibilidad de las acciones.* 3.3.2. *Medidas que tienden a limitar la influencia sobre la sociedad destinataria de la OPA.* 3.3.3. *Medidas que tienden a modificar el patrimonio de la sociedad.* 3.4. OPAs condicionadas al levantamiento de los blindajes. 3.5. Medidas defensivas tras el lanzamiento de la OPA. 4. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL EN MATERIA DE DEFENSAS SOCIETARIAS TRAS LA TRASPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS 2004/25/CE Y 2004/109/CE: LA LEY 6/2007, DE 12 DE ABRIL, DE REFORMA DE LA LEY 24/1988, DE 28 DE JULIO. 4.1. Breves consideraciones en torno al deber de pasividad. 4.2. Regulación de las medidas preventivas.

1. Introducción

Actualmente, un hecho de carácter irrefutable es el aumento de las operaciones de control hostil, siendo, a su vez, una tendencia con perspectivas de consolidarse. Una de las técnicas posibles para asumir el control de una sociedad es, precisamente, el lanzamiento de una Oferta Pública de Adquisición (en adelante, OPA). Tal técnica, en virtud de la cual se accederá o reforzará el control societario a través de la adquisición de una participación significativa en el capital de una sociedad (1), podrá presentar carácter amistoso u hostil. Es en este último caso cuando la operación se hace sin contar con los administradores de la sociedad que será objeto de la OPA.

Como se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina, gran parte de las medidas de carácter defensivo, ideadas y adoptadas con vistas a evitar el éxito de la OPA hostil, tienen como finalidad, más que la defensa de los accionistas, la de los propios administradores, ya que estos últimos son conscientes del hecho de que, si la OPA triunfa, sus puestos de trabajo podrían, a buen seguro, correr peligro (2), al igual, si bien en mucha menor medida –aunque la doctrina no es unánime (3)–, que, en cier-

(1) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Voz OPA”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Madrid, Civitas, 1995, p. 4581; SALA I ANDRÉS, A. M.: *Las OPAS obligatorias ordinarias*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 258; ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE, J.: “Artículo 1.º”, en *Régimen Jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAS). Comentario sistemático del Real Decreto 1197/1991*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), volumen 1, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1993, pp. 27 y ss.

(2) WALSH, J. P., y ELLWOOD, J. W.: “Mergers, acquisitions and the pruning of managerial deadwood”, *Strategic Management Journal*, número 12, 1991, pp. 201 a 217; MARTÍN, K. J., y MCCONNELL, J. J.: “Corporate performance, corporate takeovers and management turnover”, *The Journal of Finance*, número 46, 1991, pp. 671 a 678; AGRAWAL, A., y WALKLING, R. A.: “Executive Careers and Compensation Surrounding Takeover Bids”, *The Journal of Finance*, volumen 49, número 3, julio 1994, pp. 985 y ss.; KENEDY, V. A., y LIMMACK, R. J.: “Takeover activity, CEO turnover, and the market for corporate control”, *Journal of Business, Finance and Accounting*, número 23, 1996, pp. 267 a 285; FRANKS, J., y MAYER, C.: “Hostile takeovers and the correction of managerial failure”, *Journal of Financial Economics*, número 40, 1996, pp. 163 a 181; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre los modos de oposición a una OPA hostil: Blindajes y otras medidas defensivas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 8, 2003, pp. 356 y 357.

(3) Así, entienden que, como consecuencia de la toma de control por la sociedad oferente, disminuirá el empleo, entre otros, BHAGAT, S.; SHLEIFER, A., y VISHNY, R. W.: “Hostile takeovers in the 80s: the return to corporate specialization”, *Brookings Papers: Microeconomics*, 1990, pp. 1 a 84; LICHTENBERG, F. R., y SIEGEL, D.: “Takeovers and corporate overhead”, en *Corporate Takeovers and Productivity*, SIEGEL, F. R. (ed.), Cambridge, The Mit Press, 1992; ALCALDE FRADEJAS, N., y PÉREZ-SOBA AGUILAR, I.: “Influencia de las ofertas públicas de adquisición sobre el empleo de las empresas adquiridas: un análisis empírico”, *Investigaciones Económicas*, volumen 31, 2007, p. 37. Por el contrario, no observan cambios relevantes en el empleo, o, incluso, que, en algunos casos, éstos aumentan, tras la toma de control de la sociedad, entre

tos supuestos, el del resto de trabajadores de la sociedad amenazada por la OPA.

Como consecuencia de la oleada de operaciones de intento de adquisición de numerosas sociedades, de carácter hostil, acontecida desde la década de los ochenta, hemos sido testigos de un importante auge de estudios doctrinales, tanto extranjeros (4) como españoles (5), que, precisamente, versan sobre las medidas defensivas a las que los administradores sociales podían recurrir ante el intento de adquisición hostil de la sociedad que dirigen. No obstante, tales técnicas no gozan de buena fama, a la luz de un sector de la doctrina que se ha ocupado del análisis de las mismas, pues, más que beneficiar, perjudican el mercado.

Como en el presente estudio podremos observar, el elenco de medidas de carácter defensivo frente a una OPA hostil es muy numeroso, pu-

otros, BROWN, C., y MEDOFF, L.: "The impact of firm acquisitions on labor", en *Corporate takeovers: Causes and consequences*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, pp. 9 a 33; KAPLAN, S.: "The effects of management buyouts on operating performance and value", *Journal of Financial Economics*, número 24, 1989, pp. 217 a 254; DENIS, D. K.: "Evidence of the effects of hostile and friendly tender offers on employment", *Managerial and Decision Economics*, número 15, 1994, pp. 341 a 357; MCGUCKIN, R. H., y NGUYEN, S. V.: "The impact of ownership changes: a view from labor markets", *International Journal of Industrial Organization*, número 19, 2001; GUGLER, K., y YURTOGLU, B. B.: "The effects of mergers on company employment in the USA and Europe", *International Journal of Industrial Organization*, número 22, 2004, pp. 481 a 502.

(4) Así, entre otros, destacan los estudios de GIBSON, G. D., y CAMPBELL, T. J.: "Fundamental law for takeovers", *The Business Lawyer*, número 39, 1983-1984, pp. 1151 a 1559; GORDON, J. N., y KORNHAUSER, L. A.: "Takeover defensive tactics: a comment on two models", *Yale Law Journal*, número 96, 1986-1987/1, pp. 295 a 321; BROWN, R. C.: "The role of the Courts in hostile takeovers", *Dickinson Law Review*, número 93, Winter 1989, pp. 195 a 264; FARRAR, J. H.: "Business judgment and defensive tactics in hostile takeover bids", *Canadian Business Law Journal*, número 15, March 1989, pp. 15 a 42; FOGG, B. V., SOLOVAY, M. B., y SERLING, B. R.: "Poison pill update", en *Hostile battles for corporate control*, 1989, New York, Practising Law Institute, 1989; RYAN, P. J.: "Corporate directors and the social cost of takeovers - reflections on the tin parachute", *Tulane Law Review*, número 64, noviembre 1989, pp. 3 a 70; RAGAZZO, R. A.: "The legitimacy of takeover defenses in the 90's", *De Paul Law Review*, número 41, Spring, 1992, pp. 689 a 738; DAVIES, P. L.: "The regulation of defensive tactics in the United Kingdom and the United States", en *European Takeovers: Law and...*, cit., pp. 195 a 216; MAIER-REIMER, G.: "Protection against hostile takeovers in Germany: banks and limitations on voting rights", en *European Takeovers: Law and Practice*, HOPT, K. J., y WYMEERSCH, E. (ed.), London, Butterworths, 1992, pp. 242 a 251; SCHAAFSMA, J. R.: "Hostile Takeover bids and defenses: The Netherlands", en *European Takeovers: Law and...*, cit., pp. 217 a 227; GILSON, R. J., y BLACK, B. S.: *The law and finance of corporate acquisitions*, 2.ª edición, New York, The Foundation Press, 1995, pp. 730 a 895; VASSOGNE, T.: "Défense anti-OPA", *Banque*, número 589, 1998, pp. 39 y ss.; STEDING, R.: "Das take-over und Strategien zu seiner Abwehr im Aktienrecht", *Jura*, 1999, pp. 181 y ss.

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: "Los recursos y las acciones contra las OPAs como medida defensiva", *RDM*, número 201, 1991, pp. 423 a 464; DE CARLOS BELTRÁN, L., y CÁRDENAS SMITH, C.: "Obligaciones de información del órgano de administración de la sociedad afectada y limitaciones a su actuación durante una OPA", *RDBB*, año 12, número 46, 1992, pp. 523 a 540; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "Sobre los modos...", cit., pp. 331 y ss.

diéndose, en cierta medida, afirmar que, en mayor medida, en la teoría que a nivel práctico (6). Es, por ello, que en este trabajo haremos alusión a las más significativas, con especial atención a aquellas a las que podría recurrirse por parte de empresas que operen en un sector regulado.

Tales medidas, como hemos apuntado, tratan de dificultar o, incluso, impedir la toma de control por parte de la sociedad oferente haciendo más compleja la ya de por sí dificultosa operación de adquisición de la sociedad objetivo, pues debemos tener en consideración que, en el contexto de los sectores regulados, las OPAs tienen una *ratio* de éxito inferior, tardan más en completarse y son más costosas que en otros sectores.

Asimismo, conviene manifestar la importante labor que los agentes ordenadores de los mercados regulados ostentan, por lo que a la autorización de la OPA se refiere. En efecto, antes de que la CNMV autorice la OPA, tales organismos reguladores podrán autorizar la operación sin someterla al cumplimiento de presupuesto alguno, imponer ciertas condiciones a la misma o, incluso, vetar la operación.

A nuestro modo de ver, al abordar el estudio de los instrumentos de carácter defensivo frente a OPAs hostiles debe hacerse al menos mención de las denominadas tácticas de campeones nacionales. En efecto, las estrategias de protección de la identidad nacional de los propietarios de las empresas establecidas parecen formar parte de cualquier equilibrio político en numerosos países europeos, entre ellos, qué duda cabe, España. En este sentido, se manifiesta que resulta deseable, e incluso necesario, defender a grandes empresas de los ataques exteriores a su propiedad por dos motivos. Por un lado, para defender objetivos “estratégicos”: de política industrial o de empleo, de seguridad de suministro en los sectores energéticos, o de promoción de determinados factores de producción nacionales. Por otro, para que se constituyan en fuertes competidores en la escena internacional, convirtiéndose, a su vez, en el caso de las empresas españolas, en campeones a escala europea. Como se ha puesto de manifiesto por parte de un sector de la doctrina tales empresas serían capaces de defenderse de los eventuales intentos de tomas de control de carácter hostil, pudiendo, a su vez, extenderse a otros países (7).

(6) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre los modos...”, cit., p. 333.

(7) Sobre esta cuestión nos remitimos a ARIÑO ORTIZ, G.: “El desafío energético europeo: ¿campeones o mercado?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, número 247, 2007, pp. 20 y ss.

2. Intervención de los organismos reguladores

Como es sabido, en el ámbito de los sectores regulados (energía, telecomunicaciones, seguros, entidades de crédito y transportes), existen ciertos organismos ordenadores de los mismos. Como a continuación veremos, a consecuencia de las potestades –de intervención, control y supervisión– que tales entes ostentan en el ámbito de actividad en el que operan, qué duda cabe, se ve alterado el proceso ordinario de una OPA –hostil o amistosa–. Tales organismos han de intervenir antes de autorizarse la OPA, pudiendo, en este sentido, producirse cambios en la oferta, derivados, en todo caso, de la normativa jurídico-pública que en este campo impera.

Interesa considerar el hecho de que la autorización de la CNMV a la oferta pública de adquisición se encuentra condicionada, a su vez, por la necesaria connivencia de estos organismos reguladores. Dicho de otra forma, la autorización –condicionada o no– o, en su caso, veto de tales entes afecta a la autorización de la CNMV, lo cual, simultáneamente, afecta al procedimiento de OPA, condicionando el mismo.

Para la autorización de la OPA, que suponga el intento de adquisición de una participación significativa o la toma de control de la empresa que se pretende adquirir, se requerirá el visto bueno de los organismos reguladores propios de cada sector, a los que a continuación nos referiremos de manera individualizada. Tales organismos podrán supeditar la OPA al efectivo cumplimiento de las condiciones que, en su caso, estimen oportunas. Procede destacar que la decisión que, finalmente, se alcance por los mismos podrá ser objeto de reclamación ante los tribunales. El casuismo de cuanto acabamos de exponer es muy numeroso, pudiendo, en cualquier caso, aludirse como ejemplo cercano en el tiempo a la situación que se planteó a propósito de la ya histórica OPA de Eon sobre la española Endesa (8), en la que la Comisión Nacional de la Energía –CNE– condicionó la OPA (9)

(8) Como se recordará, la OPA que, en su momento, lanzó Gas Natural sobre Endesa quedó también condicionada por parte de la CNE. En efecto, las condiciones impuestas a la operación se centraron en limitar que Gas Natural pudiese utilizar activos de Endesa como garantías reales para la compra y en garantizar el plan de inversiones de la eléctrica para el periodo 2005-2009, siempre para actividades reguladas.

(9) No obstante, debe tenerse en cuenta que, al amparo de la DA 11 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos, las partes implicadas en la operación podrán presentar recurso de alzada ante el Ministerio de Industria. De acuerdo con la DA 11.5: “*Contra las resoluciones adoptadas por la Comisión Nacional de Energía en el ejercicio de las funciones a que se refieren los números 1 y 2 del presente apartado, y contra sus actos de trámite en las mismas materias que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, podrá interponerse recurso ordinario ante el Ministro de Industria y Energía*”. Del mismo modo, debe considerarse que la decisión adoptada por la CNE podrá ser objeto de recurso de reposición ante dicho organismo.

al cumplimiento de diecinueve condiciones, en contra de las cuales, dicho sea de paso, se manifestó, en su momento, la Comisión Europea, al considerar que se vulneraban los principios de libre circulación de capitales y de mercancías, así como el derecho de establecimiento.

En materia energética es, como hemos adelantado, la CNE la que, de acuerdo con la Disposición Adicional 11, apartado 3, número decimoquinto, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de hidrocarburos, deberá *“informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia”* (10).

La CNE tiene competencias sobre los sistemas energéticos, englobando dentro de los mismos tanto el mercado eléctrico como el mercado de los hidrocarburos líquidos y gaseosos, que velará por el cumplimiento de la competencia efectiva en dichos mercados.

Determina el artículo 18.1 del RD 1339/1999, de 3 de julio, en virtud del cual se aprueba el reglamento de la CNE –y en sentido muy similar la Disposición Adicional 11, apartado 3, número decimocuarto, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de hidrocarburos (11)– que corresponde a la CNE *“autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas, en las sociedades a las que se refieren los artículos 14.3 (12) de la Ley del Sector Eléctrico y 63.5 de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en las mencionadas le-*

(10) Debe, asimismo, tenerse en consideración lo dispuesto por parte de la DA 27 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, pues dicha disposición se ocupa de regular las participaciones públicas en el sector energético.

(11) Según redacción dada por el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, que modificó las funciones de la CNE.

(12) Preceptúa que *“Aquellas sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas podrán tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos al eléctrico previa obtención de la autorización a que se refiere la función decimoquinta del apartado 1 del artículo 8”*. Igualmente, debe considerarse lo establecido por el artículo 63.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de hidrocarburos, pues determina que *“Aquellas sociedades mercantiles que desarrollen actividades reguladas podrán tomar participaciones en sociedades que lleven a cabo actividades en otros sectores económicos distintos del sector de gas natural, previa obtención de la autorización a que se refiere la disposición adicional undécima, tercero 1, decimotercera de esta Ley. En todo caso, las sociedades a que se refiere el presente artículo deberán llevar contabilidades separadas de todas aquellas actividades que realicen fuera del sector del gas natural y de aquellas de cualquier naturaleza que realicen en el exterior”*.

yes, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales puedan realizarse las mencionadas operaciones” (13).

Respecto al mercado de las telecomunicaciones, es el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT) el que establece las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). Así, en el apartado “e”, subapartado 3, asigna como función propia de dicho organismo la de *“poner en conocimiento del servicio de defensa de la competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin la CMT comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”*. Seguidamente, la letra “f” establece como competencia de la CMT la de *“informar preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de operadores o de toma de control de uno o varios operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, cuando dichas operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia”*.

En cuanto al sector de seguros, el órgano supervisor del mismo es la Dirección General de Seguros, perteneciente al Ministerio de Economía y Hacienda. Sus funciones son objeto de disciplina por parte del Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio. De acuerdo con el artículo 17, apartado b), tal organismo ostenta *“la función de control en materia de fusiones, agrupaciones, cesiones de cartera, transformaciones, escisiones y otras operaciones entre entidades aseguradoras, y las iniciativas sobre medidas y operaciones que comporten una mejora en la estructura sectorial o en alguno de sus ramos”*. La transformación, fusión, escisión y agrupación de entidades aseguradoras es objeto de regulación en los artículos 71 a 74 del texto legal anteriormente enunciado.

Por lo que respecta a las entidades de crédito, debemos tener en consideración lo establecido en el título VI (arts. 56 a 62) de la Ley 26/1988, de 26 de julio, sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédi-

(13) Por tanto, si una empresa regulada compra otra empresa, el organismo regulador tiene capacidad de vetar o poner condiciones a la operación, para evitar que las empresas energéticas reguladas amplíen sus actividades a sectores de alto riesgo que ponga en peligro la solidez financiera de la empresa regulada. Y a la inversa, es decir, si una empresa regulada es adquirida por cualquier otra empresa, la CNE podría vetar o imponer condiciones a la operación. Como podemos observar, con esta decisión normativa se amplía notablemente el ámbito restrictivo sobre las operaciones societarias, sometiéndola a autorización administrativa.

to (14). Como se deduce de la lectura de tales preceptos, toda persona física o jurídica que pretenda adquirir, directa o indirectamente, una participación significativa en una entidad de crédito deberá informar previamente de los detalles de la operación al Banco de España –a estos efectos, se entiende por participación significativa aquella que alcance, al menos, el 5 por 100 del capital o de los derechos de voto, o que, sin llegar a ese porcentaje, permite ejercer una influencia notable en la entidad–. También se deberá informar al Banco de España cuando se pretenda incrementar una participación significativa, de tal forma que el porcentaje del capital o de los derechos de voto supere alguno de los siguientes umbrales: 10 por 100, 15 por 100, 20 por 100, 33 por 100, 40 por 100, 50 por 100, 66 por 100 y 75 por 100. Por extensión, la obligación de informar al Banco de España se aplica a cualquier adquisición que vaya a implicar el control de la entidad de crédito por el comprador. El Banco de España dispondrá de un plazo máximo de tres meses para oponerse a la adquisición anunciada.

Finalmente, por lo que al sector transportes respecta, la regulación del mismo –en sus diversas modalidades– es competencia del Ministerio de Fomento. Existen ciertas especialidades, dependiendo del tipo de transporte. Especialmente interesante resulta el escenario que, en un corto espacio de tiempo, se forjará en el sector ferroviario. En efecto, es un sector en el que ya es una realidad la liberalización, habiendo, a su vez, manifestado varias empresas de carácter privado –ACS, Acciona, Comsa y Transfesa– su intención de efectuar su entrada en el sector, haciendo, al mismo tiempo, la competencia a RENFE. Es muy probable que, cuando se haya materializado y, en cierto sentido, consolidado la presencia de varios operadores en el sector ferroviario, se acometan, entre ellas o por parte de terceros, operaciones de adquisición de las mismas, a través, qué duda cabe, de OPAs que, indudablemente, puedan presentar carácter hostil. En tal caso, teniendo en consideración la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, así como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 22 a 27), y el RD 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del sector ferroviario, cabe manifestar que el Comité de Regulación Ferroviaria será el encargado de actuar cuando detecte la existencia de indicios de prácticas que impidan o limiten la competencia y estén prohibidas por la LDC, poniendo tal hecho en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, apor-

(14) Sobre esta cuestión nos remitimos a SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Participaciones significativas en el capital de entidades de crédito”, RDBB, año 14, número 58, 1995, pp. 249 y ss.

tando todos los elementos de prueba a su alcance. Asimismo, informará preceptivamente en los expedientes tramitados por los órganos de defensa de la competencia en materia ferroviaria, entre otras actividades, por conductos de autorización singular y de control de concentraciones en los que la adopción final corresponda al Consejo de Ministros.

Recapitulando, en el ámbito de los sectores regulados, la autorización de la OPA por parte de la CNMV está fuertemente condicionada por la consideración que los organismos ordenadores de los mercados regulados tengan sobre la operación que pretenda efectuarse. En este sentido, debe considerarse la posibilidad de que los administradores de la sociedad amenazada por la OPA podrían solicitar la comparecencia como “interesado” en los procedimientos administrativos que se abran por parte de tales entes reguladores (15). Del mismo modo, podría, de esta manera, llevarse a conocimiento del mercado hechos relevantes necesitados de conocimiento general, que acontece, por ejemplo, cuando el oferente oculta endeudamientos significativos, o la necesidad de acometer desinversiones (16).

Si la CNMV, finalmente, estima apropiado autorizar la operación (17), las medidas de defensa de la sociedad afectada por la OPA hostil serán las que a continuación veremos, pudiendo, en todo caso, distinguirse entre medidas de carácter preventivo y medidas defensivas una vez lanzada la OPA. Interesa poner de relieve que, en la materia que examinaremos, no existen diferencias significativas por el simple hecho de movernos en un sector regulado. En definitiva, las defensas de carácter societario frente a la OPA no diferirán, en principio, entre los sectores regulados y no regulados, si bien la propia regulación del sector, en determinados supuestos, podrá ser fuente de ciertos blindajes de carácter societario.

(15) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre los modos...”, cit., p. 354.

(16) Evidentemente, es plenamente posible el supuesto inverso. En este caso nos remitimos a SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “OPAs y responsabilidad ante el oferente de los administradores que realizan afirmaciones incorrectas como medida defensiva”, RDBB, 1991, pp. 973 y ss.

(17) Debemos estar muy atentos a lo dispuesto por parte del artículo 60.5.f) de la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores –cuya entrada en vigor fue el día 13 de agosto de 2007–, ya que dispone que “reglamentariamente se establecerá: La modalidad de control administrativo a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, en general, el procedimiento de las ofertas públicas de adquisición”. Resta ver cómo será esta modalidad de control y el desarrollo del procedimiento de OPAs.

3. Clasificación y análisis de las medidas defensivas

3.1. Consideraciones previas.

Las estrategias susceptibles de ensayarse frente a las operaciones de toma de control, como ha puesto de relieve la doctrina mayoritaria (18), deben ser vistas con cierta desconfianza y, en cierto sentido, hostilidad.

En efecto, tales técnicas generan un daño económico al patrimonio de la sociedad (19), introduciendo, además, una considerable rigidez en la actuación de la sociedad (20). En este sentido, se ha puesto de manifiesto por parte de un sector de la doctrina, al que seguiremos, que tales medidas de carácter defensivo restringen e, incluso, eliminan la posibilidad de controlar la gestión de los administradores, siendo, en todo caso, medidas protectoras de los administradores y no de la sociedad (21). Sin embargo, según otros autores (22), en base a ciertos estudios de carácter empírico, la utilización de tales tácticas defensivas resulta muy positiva, pues la oposición de los administradores frente a la oferta hostil determina que el precio final sea superior, beneficiando, de este modo, a los accionistas. Siguiendo a la primera corriente doctrinal enunciada, debe criticarse esta última postura, pues, si se aceptase que los administradores pudiesen em-

(18) EMBID IRUJO, J. M.: "Medidas de defensa de una sociedad mercantil frente a una acción exterior de obtención de su control. Las cláusulas anti-OPA", RDBB, año 10, número 39, 1990, p. 538; HERMOSILLA MARTÍN, R.: "Estrategias anti-OPA, financieras y jurídicas. Problemas registrales", en *La lucha por el control de las grandes sociedades: Las ofertas públicas de adquisición*, URQUIJO, J. L., MORENO-LUQUE, J. M., ALONSO, A. (dir.), Bilbao, Deusto, 1992, pp. 305 y ss.; LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., y ARIÑO ORTIZ, G.: *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*, 2.ª edición, Granada, Comares y Fundación de Estudios Regulados, 2003, pp. 500 a 504; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "Sobre los modos...", cit., pp. 332 y 333.

(19) EASTERBROOK, F. H., y FISCHER, D. R.: "The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer", *Harvard Law Review*, número 94, 1981, p. 1175; ASQUITH, P.: "Merger Bids, Uncertainty, and Stockholders Returns", *Journal of Financial Economics*, número 11, abril 1983, pp. 51 y ss.; EASTERBROOK, F. H., y JARRELL, G. A.: "Do targets gain from defeating tender offers", *New York University Law Review*, número 59, 1984, pp. 277 y ss.

(20) EMBID IRUJO, J. M.: "Medidas de defensa...", cit., p. 538.

(21) GARRIDO GARCÍA, J. M.: "Tácticas defensivas frente a ofertas de adquisición hostiles: la experiencia anglosajona", RDBB, año 11, número 42, 1991, pp. 355 y ss., y en "La actuación de los administradores de una sociedad frente a una OPA hostil", en *Derecho de Sociedades: Libro-homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen 3, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 2724 y 2725; ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control y medidas defensivas. La compra de acciones propias como defensa*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 99 y 121; LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., y ARIÑO ORTIZ, G.: *La competencia en...*, cit., p. 500.

(22) HADDOCK, D. D., MACEY, J. R., y MCCHESENEY, F. S.: "Property Rights in Assets and Resistance to Tender Offers", *Virginia Law Review*, volumen 73, número 4, mayo 1987, pp. 701 y ss.; FERRARINI, G.: "Le difese v. le OPA ostili: analisi economica e comparazione", *Revista Delle Società*, año 45, septiembre-octubre 2000, pp. 737 y ss.

plear todo tipo de tácticas defensivas, supondría reconocer que los mismos podrían hacer uso de cualquier modalidad de estrategia, actuando, en última instancia, en su propio interés en lugar del de los accionistas, proceder absolutamente inaceptable, ya que, como es sabido, los administradores tienen el deber de hacer prevalecer los intereses de los accionistas sobre los suyos propios (23). El legislador, no obstante, no determina si tales accionistas son los presentes o futuros, si bien debemos entender, de acuerdo con un sector de la doctrina (24), que son únicamente los intereses de los actuales accionistas (25).

Como veremos en otro apartado de este estudio con más detenimiento, el instrumento más significativo para atajar el recurso a ciertas tácticas defensivas dirigidas, precisamente, a frustrar el éxito de la oferta hostil, viene determinado por el deber de pasividad de los administradores –*passivity rule*.

En cualquier caso, si los accionistas deciden no vender sus acciones, no hay OPA hostil alguna que pueda triunfar. En virtud de tal consideración, puede, en consecuencia, afirmarse que ninguna de las defensas estatutarias es realmente eficaz, pues “*la Junta no puede defenderse de la Junta*” (26).

Del mismo modo, podrá asegurarse la defensa ciertamente efectiva frente a cualquier OPA hostil, si se aumenta la participación accionarial, invirtiendo el dinero preciso para ello. Ninguna sociedad cuya propiedad esté en manos de un grupo en un porcentaje superior al 50 por 100 es susceptible de una OPA hostil, ya que la participación inferior en ningún caso podrá ser capaz de sacar adelante decisiones ordinarias y, mucho menos, extraordinarias (27).

Los administradores de una sociedad frente a una situación de amenaza de oferta inamistosa, real o en condiciones de materializarse, podrán adoptar un elenco muy numeroso de mecanismos de reacción, susceptibles de ser clasificados en base a múltiples criterios. La enumeración y

(23) DE CARLOS BELTRÁN, L., y DE CÁRDENAS SMITH, C.: “Obligaciones de información del órgano de administración de la sociedad afectada y limitaciones a su actuación durante una OPA”, RDBB, año 12, número 46, 1992, p. 532; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J.: “Las ofertas públicas de adquisición de valores en el Derecho español”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, enero-febrero 1994, pp. 39 y ss.

(24) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La actuación de...”, cit., p. 2732.

(25) Entienden que sí deben tenerse en consideración los intereses de los accionistas futuros, entre otros, RABINOWITZ, L.: *Weinberg and Blank on Take-Overs and Mergers*, 5.ª edición, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 283 y 333; GUERRA MARTÍN, G.: *Control conjunto y Derecho de OPAs*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 56.

(26) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Tácticas defensivas frente...”, cit., p. 381. Tal postura resulta criticada por ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., pp. 119 a 121.

(27) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre los modos...”, cit., p. 345.

análisis que de los instrumentos de defensa acometeremos debe considerarse que ni mucho menos presenta carácter exhaustivo (28).

3.2. Criterios de clasificación.

A continuación apuntaremos los diversos criterios de clasificación (29) que se han empleado para distinguir las técnicas de defensa ante el lanzamiento de una OPA de carácter hostil que, dicho sea de paso, es una calificación muy expresiva y extendida, si bien, como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina (30), ciertamente discutible.

Según un primer criterio, basado en el momento cronológico en el que tales medidas se articulan, se distingue entre “medidas preventivas”, diseñadas con carácter previo, y las denominadas “medidas defensivas”, llevadas a cabo una vez que se ha lanzado la OPA hostil. Las primeras, como su nombre indica, preceden a la oferta, configurándose como una suerte de estrategias preparadas para ser empleadas una vez que se haya lanzado la OPA. Este tipo de técnicas suelen exigir una mención expresa en los estatutos sociales de la sociedad afectada por la OPA, pudiendo haberse estipulado desde su origen, es decir, en el momento fundacional de la sociedad, o haberse dispuesto posteriormente su adopción, en virtud de la correspondiente reforma estatutaria efectuada, qué duda cabe, con el beneplácito de la Junta general. Las medidas defensivas se basan en la utilización de los poderes corporativos –de origen legal o recibidos por delegación– de los que disfrutaban los administradores de la sociedad objeto de la OPA, destacando, en este sentido, la problemática de la compatibilidad o incompatibilidad del uso de esos poderes con el denominado deber de

(28) Tal extremo ha sido, igualmente, puesto de manifiesto por parte de la doctrina. Así, EMBID IRUJO, J. M.: “Medidas de defensa...”, cit., p. 545; GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La actuación de...”, cit., p. 545.

(29) No obstante, debe ponerse de relieve la existencia de otros criterios de clasificación. Así, a título de ejemplo, WALSH, J. P., y SEWARD, J. K.: “On the efficiency of internal and external corporate control mechanisms”, *Academy of Management Review*, volumen 15, 1990, pp. 421 a 428, diferencian las medidas defensivas según precisen o no de aprobación por parte de la Junta de accionistas, así como en función del carácter financiero o no de las mismas. Otros distinguen entre instrumentos de control externo, que son aquellos que impiden directamente o pueden emplearse para impedir adquisiciones hostiles, de manera que influyen en el mercado de control externo, e instrumentos de control interno, que son aquellos que aumentan el coste de un accionista externo de ejercitar el control o influir en las políticas corporativas, por lo que, principalmente, influyen en el mercado de control interno. Se muestran a favor de este último criterio clasificatorio, entre otros, DANIELSON, M. C., y KARPOFF, J. M.: “On the uses of corporate governance provisions”, *Journal of Corporate Finance*, volumen 4, 1998, pp. 347 a 371; ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., pp. 337 y ss., diferencia las medidas defensivas en función de un triple criterio de clasificación: subjetivo, objetivo y temporal.

(30) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre los modos...”, cit., p. 331.

pasividad –*passivity rule*–, ya que las medidas defensivas se adoptan y desarrollan por los administradores que, como sabemos, están obligados a abstenerse de acumular acuerdos, en virtud de la vigencia del deber de pasividad, una vez que se haya puesto en marcha la OPA.

Un segundo criterio de clasificación centra su atención en el criterio funcional, atendiendo a la manera en que esas técnicas preventivas o defensivas de oposición a la OPA conectan con la lista de competencias que, por cualquier título jurídico, disfrutaban los administradores. En este sentido, se distinguen cuatro categorías de medidas. En primer término, las medidas que simplemente se basan en el ejercicio de facultades gestoras u ordinarias. Por otro, las que precisan la utilización de poderes de disposición para comprar o vender. En tercer lugar, las que exigen el empleo de atributos y facultades personales u orgánicas en materia de representación de la sociedad a la hora de actuar en juicio o fuera de él, para terminar. Finalmente, aquellas otras actuaciones basadas en el ejercicio de cometidos distintos de cualquier otra naturaleza y varia condición.

El tercer criterio de distinción se refiere al grado de eficacia que puedan alcanzar las medidas que se utilicen en cada supuesto (31). Según este criterio, podremos diferenciar dos modalidades de técnicas. Unas, cuyo efecto será el de obligar al oferente hostil a retocar o, en su caso, mejorar las condiciones de la oferta. Y otras que podrán llegar incluso a enervar el lanzamiento de la OPA. Como podrá suponerse, la eficacia de las medidas que comentamos no puede, en ningún caso, generalizarse. Dicho de otra forma, medidas que en un determinado supuesto fueron efectivas, no por ello lo tendrán que ser, en la misma medida, en otro caso diverso.

Seguindo a la doctrina mayoritaria (32) optaremos por el primero de los criterios de clasificación esgrimidos, distinguiendo, de este modo, entre medidas adoptadas antes del lanzamiento de la OPA y medidas defensivas posteriores al lanzamiento de la oferta.

(31) RUBACK, R. S.: "An Overview of Takeover Defenses", en *Merger and Acquisitions*, AUERBACH, A. J. (ed.), Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 50.

(32) YORAN, A.: "Advance Defensive Tactics against Takeover Bids", *The American Journal of Comparative Law*, volumen 21, número 3, Summer, 1973, pp. 531 a 556; ZURITA SÁENZ DE NAVARRETE, J.: *La oferta pública de adquisición (OPA)*, Madrid, Bolsa de Madrid: Servicio de Estudios, 1980, p. 471; ASSMANN, H. D., BOZENHARDT, F.: "Übernahmeangebote als Regelungsproblem zwischen gesellschaftsrechtlichen Normen und zivilrechtlich begründeten Verhaltensgeboten", en *Zeitschrift für Unternehmens und-Gesellschaftsrecht*, Sonderheft, número 9, 1990, p. 115; EMBID IRUJO, J. M.: "Medidas de defensa...", cit., p. 539; VERA SANTANA, F. L.: *Guía para el Mercado de valores en España*, Madrid, Civitas, 2000, p. 268; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "Sobre los modos...", cit., pp. 336 y 337; VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 19 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 950 a 962.

3.3. Medidas de carácter preventivo.

Antes de analizar cada una de las medidas preventivas, de forma individualizada, procede manifestar que las mismas, ya sean medidas defensivas existentes en los estatutos de las sociedades o consten en contratos entre los accionistas con carácter previo a la formulación de una OPA, indudablemente, constituyen una barrera de entrada en el capital social de las compañías, siendo, a su vez, una medida de carácter disuasorio para que pueda existir un verdadero mercado de control.

Una característica común de estas medidas es que su razón de ser es, precisamente, obstaculizar cualquier toma de control potencial. En este sentido, se afirma que son parte de lo que se denomina “política de empresa”, en lo que se refiere a la estrategia de crecimiento externo (33).

Por lo que se refiere a las medidas defensivas contenidas en los estatutos –blindajes societarios–, en virtud de la no obligatoriedad de las empresas cotizadas de ofrecer de manera completa y periódica las normas que rigen el gobierno de las mismas, los instrumentos de blindaje contenidos en los estatutos de las sociedades son uno de los aspectos de su gobierno menos conocidos (34). A pesar de tal circunstancia, cabe hacer referencia al hecho de que, como manifiestan los estudios de carácter empírico (35) que se han efectuado en materia de asunción de blindajes por parte de las empresas cotizadas españolas, se observa una tendencia creciente de sociedades que incluyen disposiciones defensivas en sus estatutos.

La doctrina no es unánime por lo que se refiere a los efectos, positivos o negativos, que los blindajes anti-OPA suponen en diversos sentidos. A juicio de un sector de la doctrina, no existen pruebas estadísticamente significativas de que los mercados reaccionen negativamente frente al anuncio de introducción de blindajes societarios (36). Según otra corriente doctrinal, en base a ciertos estudios empíricos, resulta patente la existencia de reacciones negativas importantes por lo que se refiere a la apro-

(33) ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., p. 126.

(34) SANTANA MARTÍN, D., y AGUIAR DÍAZ, I.: “Propiedad y blindaje de las empresas cotizadas españolas. 1996-2002”, *Dirección de Estudios y Estadísticas*, número 5, marzo 2004, p. 9.

(35) DANIELSON, M. C., y KARPOFF, J. M.: “On the uses of corporate governance provisions”, *Journal of Corporate Finance*, volumen 4, 1998, pp. 347 a 371; GOMPERS, P. A., ISHII, J. L., y METRICK, A.: “Corporate governance and equity prices”, *Nacional Bureau of Economic Research*, Working Paper 8449, 2001; NENOVA, T.: “The value of a corporate voting rights and control: A cross-country analysis”, *Journal of Financial Economics*, volumen 68, número 3, 2003, pp. 325 a 351; SANTANA MARTÍN, D., y AGUIAR DÍAZ, I.: “Propiedad y blindaje...”, cit., pp. 35 a 37 y 41.

(36) PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “Los blindajes anti-OPA: ¿Dr. Jekyll o Mr. Hide?”, *Expansión*, 22 de junio de 2002. Según tal autor, debería arbitrase un mecanismo de decisión que facilitase la adopción de los blindajes eficientes y dificultase los ineficientes.

bación en Junta de medidas estatutarias de blindaje, lo que, a su vez, constataría el efecto perjudicial que éstas representan para la riqueza de los accionistas (37). En este sentido, un sector de la doctrina (38) propone, para que el mercado de control funcione sin barreras, la prohibición de los blindajes societarios o impedir que las sociedades que las tengan coticen en Bolsa.

También se ha criticado la presencia de los mismos por parte del recientemente aprobado Código Unificado de Buen Gobierno, en el que se recomienda que los estatutos de las sociedades cotizadas no establezcan barreras estatutarias o “blindajes” que impidan o dificulten una posible OPA y el consiguiente cambio de control, pero considera que tales medidas “*pueden estar justificadas en casos excepcionales, particularmente cuando se establezcan en el momento de salida a Bolsa –pues serán descontadas en el precio de cotización– o hubieran sido aprobadas más tarde por un porcentaje muy elevado de accionistas, lo que podría ser indicio de que se han adoptado por razones de eficiencia (por ejemplo, para proteger inversiones específicas o incrementar el poder de negociación del conjunto de accionistas en caso de ofertas no pactadas)*”.

Dentro de las medidas de carácter preventivo cabe distinguir, siguiendo a un sector de la doctrina (39), tres grandes grupos. En primer lugar,

(37) GÓMEZ ANSÓN, S., y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A. I.: “La adopción de acuerdos estatutarios antiadquisición. Evidencia en el mercado de capitales español”, *Investigaciones Económicas*, volumen 21, número 1, 1997, pp. 129 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Limitación del voto, actuación concertada y ofertas condicionales. Estudios sobre OPAs (II)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 23; LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., y ARIÑO ORTIZ, G.: *La competencia en...*, cit., pp. 501 y ss. Sin embargo, a juicio de otra corriente doctrinal, no pueden derivarse conclusiones definitivas, como consecuencia de la adopción de medidas defensivas en los estatutos, en la riqueza de los accionistas. En este sentido, LINN, S. C., y MCCONNELL, J. J.: “An empirical investigation of the impact of «antitakeover» amendments on common stockprices”, *Journal of Financial Economics*, volumen 11, 1983, pp. 361 a 369; JARREL, G. A., y POULSEN, A. B.: “Shark repellents and stocks prices. The effects of antitakeover amendments since 1980”, *Journal of Financial Economics*, volumen 19, 1987, pp. 127 a 168; POUND, J.: “The effects of antitakeover amendments on takeover activity: some direct evidence”, *Journal of Law and Economics*, volumen 30, 1987, pp. 353 a 369; AGRAWAL, A., y MANDELKER, G. N.: “Large shareholders and the monitoring of managers: the case of antitakeover charter amendments”, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, volumen 25, número 2, 1990, pp. 143 a 161; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Las cláusulas de «blindaje societario» con especial referencia a las sociedades cotizadas”, *AAMN*, número 33, 1994, pp. 29 y ss.; ARRUNADA, B.: “Crítica a la regulación de OPAs”, *RDM*, números 203-204, 1992, pp. 29 y ss.; MCWILLIAMS, V. B., y SEN, N.: “Borrad monitoring and takeover amendments”, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, volumen 32, número 4, 1997, pp. 491 a 505; ALEMANY HORMAECHÉ, M., y CRESPI CLADERA, R.: “Why takeover defenses in Spain?”, <http://www.ensino.uevora.pt/tf/papers/takeover.pdf>, 2001.

(38) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La actuación de...”, cit., p. 2740; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre los modos...”, cit., p. 359.

(39) EMBID IRUJO, J. M.: “Medidas de defensa...”, cit., pp. 539 a 544, que, a su vez, sigue a ASSMANN, H. D., BOZENHARDT, F.: “Übernahmeangebote als Regelungsproblem...”, cit., p. 115.

las que tienden a limitar la libre transmisibilidad de las acciones. En segundo término, las que tienden a limitar la influencia sobre la sociedad destinataria de la OPA. Por último, las que tienden a modificar el patrimonio de la sociedad.

3.3.1. Medidas que tienden a limitar la libre transmisibilidad de las acciones.

Tales técnicas son, sin duda, estrategias que impiden el acceso de extraños a la sociedad. Constituye un instrumento utilizable en las sociedades familiares, si bien está prohibido en las sociedades cotizadas en Bolsa. Precisamente, el Derecho societario español impide la creación de sociedades denominadas “cerradas”, es decir, sociedades en las que se haga prácticamente imposible la transmisión de las acciones de los socios.

En principio, únicamente las acciones nominativas pueden ver limitada su transmisibilidad. En este sentido, los estatutos sociales deben determinar las causas que justifican la negativa a su venta cuando la cláusula somete la transmisión a la autorización de un órgano de la sociedad. En cualquier caso, como dispone el artículo 63.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), “*serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción*” (40).

Además, por lo que se refiere al campo de las sociedades cotizadas, la libre transmisibilidad de las acciones de las sociedades cotizadas o bursátiles es un presupuesto ineludible para su negociabilidad en las Bolsas de valores, por lo que la DA 1 del RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, prohibió expresamente las restricciones estatutarias en esta clase de sociedades (41).

3.3.2. Medidas que tienden a limitar la influencia sobre la sociedad destinataria de la OPA.

Dentro de esta segunda modalidad cabe referirse, a su vez, a tres grandes grupos de estrategias. En primer lugar, nos referiremos a las modifi-

(40) No obstante, hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 123.4 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM), el cual, con la finalidad de favorecer la estabilidad de los socios durante los primeros años de vida de la sociedad, establece que “*Podrán inscribirse en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las acciones durante un periodo de tiempo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad*”.

(41) URÍA, R., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Curso de derecho mercantil. La contratación mercantil, derecho de los valores, derecho concursal, derecho de la navegación*, volumen 2, Madrid, Civitas, 2001, p. 843.

caciones efectuadas en lo que al derecho de voto se refiere. A continuación nos detendremos en las modificaciones relativas a la estructura del capital social, para, finalmente, examinar aquellas que afectan a la organización de la sociedad.

Por lo que se refiere a las limitaciones en materia de derecho de voto, es posible establecer en los estatutos ciertas medidas en este sentido. En efecto, al amparo del artículo 105.2 LSA, cabe la posibilidad de que los estatutos prevean el establecimiento de un número máximo de votos a emitir por cada accionista. Debe precisarse que la limitación que comentamos se aplica al accionista en el momento de ejercitar su derecho de voto, pero en ningún caso se incorpora ni acompaña objetivamente a las acciones que superen la cuota de capital que haya sido prevista. En consecuencia, si las acciones excedentes se transmitieran, mientras el adquirente, a su vez, no supere el límite estatutario podría ejercitar regularmente el derecho de voto correspondiente a las mismas. Como puede apreciarse, son los accionistas subjetivamente considerados quienes resultan afectados por la limitación estatutaria que comentamos (42).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el accionista que obtenga la mayoría del capital social por medio de la oferta hostil no tendrá necesariamente que tener un porcentaje de voto rígido e invariable, pues la fuerza de sus derechos políticos vendrá determinada por dos factores: por un lado, el porcentaje de capital adquirido y, por otro, el número de accionistas que asistan a la Junta general (43).

La existencia de una cláusula estatutaria de voto máximo, qué duda cabe, limitará el atractivo de la sociedad a efectos de ser objeto de OPA, siendo, a su vez, una técnica notablemente criticada por parte de la doctrina (44) que se ha referido a la misma.

Por lo que a nuestros efectos interesa, resulta muy interesante referirse a los supuestos en los que la restricción del número máximo de votos

(42) TOBÍO RIVAS, A.: *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 157 y 158; RECALDE CASTELLS, A. J.: *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1996, p. 60; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 2000, p. 224; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Limitación del voto...*, cit., p. 28; GUERRA MARTÍN, G.: *Control conjunto y...*, cit., p. 27.

(43) GUERRA MARTÍN, G.: *Control conjunto y...*, cit., p. 38.

(44) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "Las cláusulas de...", cit., pp. 46 y ss., y en "La acción y los derechos del accionista", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA RUIZ, M. (dir.), tomo IV, volumen 1, Madrid, Dykinson, 1994, pp. 153 y ss., así como en "Sobre los modos...", cit., pp. 346 a 348; ALONSO LEDESMA, C.: "El papel de la Junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital", en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 656; SÁNCHEZ CALERO, F.: *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, pp. 133 y ss.

viene directamente impuesta por el legislador. En este sentido, destaca el supuesto de las personas que participen en el capital de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en el mercado eléctrico, de hidrocarburos o de telefonía en más de un 3 por 100, que “no podrán ejercitar los derechos de voto correspondientes al exceso respecto a dicho porcentaje en más de una entidad”, al igual que acontece con cualquier operador principal de uno de estos mercados que participe en el capital de otra sociedad que tenga la misma condición –art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios (45)–. Sin embargo, según dispone el artículo 34.5 del Real Decreto-Ley 6/2000, con carácter excepcional (46), “la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos” (47).

Lo mismo resulta predicable respecto a las entidades de naturaleza pública o controladas de cualquier forma por entidades o Administraciones Públicas que tomen el control o adquieran participaciones significativas (48) de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos (49), pues, como determina la DA 27 de la Ley 55/1999,

(45) Sobre esta cuestión nos remitimos al estudio de VÁZQUEZ LEPINETTE, T.: “Las medidas estructurales de fomento de la competencia: análisis del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, número 216, 2001, pp. 53 y ss.

(46) Existen supuestos en los que tales organismos reguladores han autorizado a ciertas sociedades mantener y ejercitar sin restricciones los derechos de voto. Por enunciar un ejemplo, cabe referirse al caso de la autorización que concedió la CMT al BSCH, al amparo del artículo 34.5 del Real Decreto-Ley 6/2000, para ejercitar sin limitaciones los derechos de voto de los que era poseedor tanto en Ono como en Auna, pues, según la CMT, el ejercicio sin restricciones de los derechos sociales inherentes a las participaciones de SCH en ambos operadores no afectaba negativamente a la competencia efectiva en el mercado español de telefonía fija.

(47) Sobre la forma y el procedimiento en el que tales operadores concederán tal autorización nos remitimos al Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

(48) De acuerdo con la DA 27.5 de la Ley 55/1999, por participación significativa, a efectos de tal norma, se entenderá “aquellos que alcancen al menos el 3 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la sociedad”.

(49) Tanto España como Italia impiden a las empresas con capital público entrar en los mercados energéticos de sus respectivos países. Hace unos años, la Comisión Europea mostró su expresa oposición a la legislación en la que se consagran tales limitaciones, llegando, incluso,

de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, a su vez, modificada por la Ley 62/2003, “*no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a dichas participaciones*” hasta que no se pronuncie el Consejo de Ministros. A tal efecto, determina el párrafo tercero de la DA 27.3 de la Ley 55/1999 que “*la resolución del Consejo de Ministros, que será motivada, tendrá en cuenta si la toma de control o adquisición de participaciones significativas tiene como consecuencia la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades desarrolladas por las empresas en los mercados energéticos con el fin de garantizar la adecuada gestión y prestación de servicios por las mismas dentro del sistema energético*”, de acuerdo con los criterios establecidos en la DA 27.4 de la Ley enunciada.

Hasta mayo de 2006, a la persona que adquiría, sin la preceptiva autorización administrativa, una participación relevante en una sociedad privatizada sometida al régimen de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, sobre enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, le era aplicable el artículo 6.2, disponiendo, en este sentido, que “*el adquirente o adquirentes no podrán ejercer en ningún caso los derechos políticos correspondientes al exceso sobre el límite legal*” (50). Tal régimen, que fue derogado, era conocido popularmente como la acción de oro –*golden shares*–, por la cual el gobierno español se reservaba, en la práctica, la posibilidad de vetar tomas de control sobre empresas privatizadas (51). Este instrumento estaba disponible en el momento de su derogación sólo en Endesa y Telefónica, y había estado vigente, por tanto, durante más de diez años.

Una medida inversa a la que acabamos de estudiar viene determinada por la emisión de acciones con derecho de voto plural, si bien en España es una técnica ilícita, pues el artículo 50.2 LSA dispone que “*no es válida la creación de acciones... que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente*”.

a abrir un expediente contra ambos países en relación con la participación pública en las empresas energéticas.

(50) Respecto al régimen aludido nos remitimos al comentario al respecto de GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Las sociedades públicas”, en *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), tomo I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 1362 y ss.

(51) Sobre esta cuestión pueden consultarse los estudios de LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., y ARIÑO ORTIZ, G.: *La competencia en...*, cit., pp. 489 a 499; SIEGRIST RIDRUEJO, P.; LAVALLE MERCHÁN, J., y GARGALLO GONZÁLEZ, E.: “La acción de oro o el problema de las privatizaciones en un mercado único”, *Instituto de Estudios Europeos*, número 2, febrero 2003; BUSTILLO SAIZ, M. M.: “Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la «doctrina» de la acción de oro (primera parte)”, *RDM*, número 259, 2006, pp. 7 y ss., y en “Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la «doctrina» de la acción de oro: (segunda parte)”, *RDM*, número 260, 2006, pp. 457 y ss.

Asimismo, cabe tener en consideración el hecho de que la sociedad que pretenda defenderse de una OPA de carácter futuro podrá recurrir a la creación de acciones sin derecho de voto. Con tal medida, la sociedad cumplirá dos objetivos. Por un lado, mantendrá abierta la comunicación con el mercado de capitales y, por otro, se logrará mantener el control en manos de los poseedores iniciales. Ciertas sociedades, en este sentido, podrían considerar interesante, para fortalecer la situación de control, convertir las acciones ordinarias con derecho de voto en acciones privadas del mismo, pero dotadas de los derechos económicos que la Ley les atribuye (52).

En cuanto a las modificaciones referidas a la estructura del capital social debemos, a su vez, distinguir tres grandes modalidades de medidas: aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente, adquisición de acciones propias y las denominadas participaciones recíprocas.

El aumento de capital social con exclusión del derecho de suscripción preferente de los accionistas es una fórmula reconocida en el artículo 159 LSA (según redacción operada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre), que se condiciona a la decisión adoptada por la Junta general, acogida con la ayuda de un informe de los administradores y otro de los auditores de cuentas. De acuerdo con el artículo 159.2 LSA: *“En el caso de sociedades cotizadas, cuando la Junta General delegue en los administradores la facultad de aumentar el capital social conforme a lo establecido en el apartado 1.b del artículo 153, podrá atribuirles también la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en relación a las emisiones de acciones que sean objeto de delegación cuando el interés de la sociedad así lo exija”*. No obstante, parece una medida poco conveniente, pues el procedimiento resulta extraordinariamente complejo y costoso.

Por lo que respecta a la adquisición de acciones propias como medida defensiva, la LSA establece dos condiciones. De acuerdo con el artículo 75, el órgano competente para autorizar la operación no es otro que la Junta, existiendo, además, un porcentaje máximo tolerado (75.2 LSA). Los supuestos de adquisición libre, en los que tales restricciones no jue-

(52) Se trata de una medida que, en su momento, adoptó el Banco Guipuzcoano. Tal previsión estatutaria, referida a la sociedad que comentamos, fue objeto de estudio por parte de la doctrina. Por ello, nos remitimos a CRESPI CLADERA, R.: “Las ofertas de conversión de acciones ordinarias en acciones sin voto: Aplicación al caso del Banco Guipuzcoano”, *Moneda y Crédito*, número 197, 1993, pp. 167 y ss.; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “A propósito de un caso de transformación temporal de acciones ordinarias en preferentes sin voto, con opción a recuperarlo”, en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, volumen 1, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 613 y ss., y en “Sobre los modos...”, cit., pp. 345 y 346.

gan, han sido enumerados por parte del legislador en el artículo 77 LSA. Se trata de una técnica que reducirá la cantidad de acciones que la sociedad oferente podrá adquirir en su objetivo de alcanzar el control de la sociedad objeto de la oferta, pudiendo, asimismo, elevar la cotización de las acciones de dicha sociedad, hasta el punto de que la oferta no sea económicamente interesante (53). Tales acciones podrán ser adquiridas por parte de allegados a la sociedad a los que ésta preste dinero para comprar acciones o por las sociedades filiales. Se trata de una medida que debe manejarse con suma cautela, pues se corre el riesgo de incurrir en un claro supuesto de manipulación de cotizaciones (54) –art. 99.i) LMV.

Con las denominadas participaciones recíprocas se reduce el círculo de accionistas, dando origen a un entrecruzamiento de sociedades peligroso para la integridad del capital y para los derechos políticos de los accionistas. Se trata de una materia en la que la legislación española –arts. 82 a 85 LSA– se muestra restrictiva, teniendo en consideración los peligros que la adopción de la fórmula que comentamos conlleva, entre los que destacan la reducción de la flexibilidad a causa de la dependencia recíproca.

En tercer y último lugar, cabe hacer alusión a las medidas que afectan a la organización de la sociedad, entre las que destacan aquellas referidas a requisitos de carácter especial precisos para poder llegar a ser administrador de la sociedad: mayorías o quórum especiales para proceder a su nombramiento, necesidad del transcurso de un tiempo mínimo como accionista antes de poder llegar a presentarse. Podríamos citar otros ejemplos en este sentido, como es la renovación escalonada de los miembros del Consejo (55) –*staggered boards*–, o la exigencia de determinadas condiciones para ser presidente de la compañía. Con tales previsiones estatutarias, qué duda cabe, se limita considerablemente el círculo de potenciales administradores, frustrando, de este modo, el ejercicio del control por parte del potencial oferente (56).

(53) En cuanto a las ventajas y análisis que esta medida defensiva representa nos remitimos a ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., p. 23.

(54) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Tácticas defensivas frente...”, cit., p. 2736.

(55) Constituye una de las medidas más efectivas y recurridas por parte de las empresas norteamericanas frente a los intentos de toma de control hostil. Si, a título de ejemplo, se determinase que cada año sólo se podrá reemplazar a un 10 por 100 de los miembros del Consejo de administración, serán precisos al menos cinco años para que la empresa que adquiere a la otra pudiese ejercer el control de esta última.

(56) EMBID IRUJO, J. M.: “Medidas de defensa...”, cit., p. 543.

3.3.3. Medidas que tienden a modificar el patrimonio de la sociedad.

Dentro de este apartado procede, a su vez, referirse a un elenco muy significativo de medidas. En primer término, debemos aludir a las estipulaciones de favor que hacen constar los administradores, tanto en contratos propios como con terceros, al amparo de su condición de órgano encargado de celebrarlos, permitiendo la resolución de la relación obligatoria en condiciones ventajosas para el beneficiario u otras cláusulas favorables que gravarán sobre el adquirente que tenga la desgracia de triunfar en la OPA (57), pues perderá contratos de suministro, deberá soportar la anulación de cesiones de *Know-How*, entre otras pérdidas.

Del mismo modo, podría recurrirse a la adquisición de ciertas sociedades o negocios que hicieran poco atractiva la adquisición de la sociedad o, incluso, que la hagan ilegal, como consecuencia, por ejemplo, de la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia. Este último supuesto se suscitara cuando la sociedad objetivo de la OPA adquiriese acciones de sociedades que ejerciesen su actividad en el mismo mercado que el adquirente. En esta misma línea cabría la posibilidad de acometer fusiones defensivas que tendrían lugar cuando las mismas se llevasen a cabo con una sociedad que actuase en el mismo mercado que el potencial adquirente.

La actuación del oferente de la OPA podría suponer, en este sentido, una operación de concentración empresarial (58). En tales supuestos sería necesaria la intervención del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) para que se manifieste a favor o en contra de la operación que pretende acometerse, si bien cabe tener en cuenta que la intervención de tal servicio en operaciones de concentración empresarial no es exclusiva de los sectores regulados, siendo aplicable a todos los mercados.

El régimen de control de concentraciones está basado en el principio del control previo de las operaciones de concentración que deben notificarse a las autoridades de Defensa de la Competencia (59). En el caso de

(57) Cabe destacar el frecuente recurso, como cláusula contractual defensiva, a la modificación de las condiciones del vencimiento de los créditos solicitados por la sociedad objetivo si se produce una toma de control hostil. Normalmente, se alcanzará un acuerdo con los acreedores sociales, en virtud del cual se establecerá que los créditos concedidos vencerán de forma inmediata o, en ciertos supuestos, que su vencimiento se acelerará, si se produce una toma de control hostil.

(58) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "Ofertas públicas de adquisición y defensa de la competencia", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, volumen 3, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 3378 y 3379.

(59) Sobre esta cuestión nos remitimos a ALONSO SOTO, R.: "Derecho de la competencia (III). El control de las concentraciones de empresas", en *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA, R., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), volumen 1, Madrid, 1999, p. 297; GUERRA MARTÍN, G.: *Control conjunto y...*, cit., pp. 52 a 56.

concentraciones de dimensión nacional que se lleven a cabo mediante OPA, el régimen de suspensión previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), afecta a la normativa específica en materia de OPAs y, en particular, al Real Decreto 1997/1991. Así, el oferente de una OPA que no deba notificarse al SDC dispone, tras la autorización de la operación por la CNMV, de cinco días hábiles para publicar determinados anuncios (art. 18 RD 1197/1991), momento a partir del cual empieza normalmente a contar el plazo de aceptación de la oferta (art. 19 RD 1197/1991). Sin embargo, cuando la OPA debe ser notificada al SDC, la publicación de anuncios y, con ello, el inicio del período de aceptación de la OPA no se produce hasta que la operación ha sido autorizada, según la normativa de Defensa de la Competencia, o se ha levantado la suspensión. Debe, asimismo, valorarse el hecho de que la calificación de la oferta como susceptible de ser calificada por el Tribunal de Defensa de la Competencia implica dos cuestiones: por un lado, la paralización de la misma y, por otro, la desaparición del, tan significativo, “factor sorpresa” de la operación (60).

De las operaciones de concentración empresarial, a nivel nacional, se ocupa el artículo 37 (61) del RD 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, que se remite, a su vez, al artículo 14 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) (62), así como el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciem-

(60) Como bien manifiesta CÓRDOBA BUENO, M.: *OPA. El control político de las sociedades cotizadas*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2003, p. 139, si la intención de formular la OPA se hiciera pública se originaría una subida del precio de las acciones y, evidentemente, “no es lo mismo decir que se ofrecen 13 euros por acción, cuando cotiza a 10, que hacer esa oferta cuando cotiza a 11,90”.

(61) Tal precepto determina en su apartado 1 que: “Una vez formulada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores la solicitud de autorización a que se refiere el artículo 12, y dentro del plazo de los cinco días siguientes, el oferente podrá notificar voluntariamente la misma al Servicio de Defensa de la Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, siempre que no la hubiera efectuado con anterioridad”. Añade, en el párrafo segundo, que: “Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, dentro del plazo de cinco días en él señalado y si estima que pueden concurrir las circunstancias previstas en el artículo 14 de la citada Ley 16/1989, podrá poner la oferta en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, quien, de estimarlo oportuno de acuerdo con dicho artículo, podrá proponer al Ministro de Economía y Hacienda la remisión del proyecto al Tribunal de Defensa de la Competencia”.

(62) Existe un Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia remitido por el Consejo de Ministros a las Cortes el pasado 25 de agosto de 2006. Precisamente, es el capítulo 2 del mismo el que se ocupa de los aspectos sustantivos del control de las concentraciones económicas. El Proyecto es novedoso, por lo que a nuestros efectos interesa, en tres puntos fundamentalmente. En primer lugar, aclara y amplía el concepto de concentración a efectos de control, estableciendo un procedimiento simplificado para aquellas operaciones menos susceptibles de afectar a la competencia. En segundo lugar, flexibiliza el régimen de notificación obligatoria con

bre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas. Asimismo, determina el artículo 15.2 LDC que *“la operación de concentración no podrá llevarse a efecto, ni antes de ser notificada, ni antes de que la Administración manifieste, de forma expresa o presunta, su no oposición a la misma, o la subordine a la observancia de condiciones determinadas, en los términos establecidos en el artículo 17”*.

Como puede apreciarse, hemos examinado la situación que se plantea cuando la operación de concentración tiene carácter nacional (63).

Otra medida de defensa es la venta de determinados bienes o activos sociales del patrimonio social que podrían interesar especialmente a un potencial adquirente, conocido como la venta de las denominadas joyas de la corona *–royal crown defense–*. En determinados supuestos, la tenencia de determinados activos pudo ser el factor decisivo para el lanzamiento de la OPA. Cabe la posibilidad de que tales bienes sean enajenados de forma onerosa, a precio de mercado o inferior, o gratuita (64). Tal venta podría realizarse a una “sociedad amiga” o “caballero blanco” a un precio inferior al de mercado, pudiendo, a su vez, ambas partes asumir un compromiso contractual, de carácter privado, en virtud del cual tales bienes podrían ser objeto de recompra futura a un precio ligeramente superior al inicial. Una modalidad de esta estrategia vendría determinada por el denominado bloqueo *–lock up–*, según la cual la empresa realiza una promesa de venta de los principales activos y filiales de la compañía a otra empresa, en el caso de que una tercera sociedad pretendiese adquirir el control de la misma.

Cabe la posibilidad de tomar medidas especialmente lesivas para la

efecto suspensivo en tanto no recaiga resolución favorable de la Administración. En tercer y último lugar, refuerza la participación de la Comisión Nacional de la Competencia –órgano de nueva creación en el que se integrarán tanto el Servicio de Defensa de la Competencia como el Tribunal de Defensa de la Competencia– en el control de concentraciones, limita el papel del Gobierno en el mismo y concreta los criterios de valoración sustantiva que guiarán la decisión de ambos órganos.

(63) En el supuesto de que la OPA constituya una concentración de dimensión comunitaria, el artículo 38 RD 1997/1991 se remite a lo dispuesto en las normas comunitarias de control de concentraciones y, más en concreto, al *“régimen de suspensión de la operación de concentración previsto en su artículo 7”*. Ahora bien, el régimen de suspensión del Reglamento 139/2004 es significativamente más flexible que el previsto en la LDC, pues permite *“realizar la OPA”* (esto es, transmitir la titularidad de las acciones de la compañía objeto de la oferta) a condición de que la operación se notifique sin demora a la Comisión y el comprador no ejercite los derechos de voto inherentes a las acciones transmitidas. El Reglamento 139/2004 contempla, incluso, la posibilidad de que el adquirente llegue a ejercitar los derechos de voto si solicita y obtiene de la Comisión una dispensa para ello, en los casos en los que precise *“salvaguardar el valor íntegro de su inversión”*.

(64) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “Tácticas defensivas frente...”, cit., p. 2737.

marcha de la sociedad, llegando, incluso, a una situación de importante deterioro. Tal medida se conoce con la denominación de “tierra quemada” o *scorched earth*. No obstante, constituye una política rechazada, de forma prácticamente unánime, por parte de todos los ordenamientos (65).

Asimismo, podría concederse a favor de terceros simples opciones de compra sobre las propias acciones –*stock Options*–, o sobre los mencionados activos –*Option in respect of assets*–. Aunque las opciones se otorgan a un precio inferior al de mercado, si tales entregas se incumpliesen deberían abonarse importantes penalizaciones. La eventualidad del ejercicio de las acciones hace que las acciones y, en última instancia, la sociedad amenazada tenga un valor muy superior en manos de los actuales administradores que bajo el control del oferente o cualquier otra persona (66).

También debemos incluir en este grupo de medidas el reconocimiento de elevadas indemnizaciones a favor de los administradores y altos directivos (67) despedidos en caso de éxito de la OPA –paracaídas dorados o *golden parachutes*–. Existe, además, la eventualidad de prever aumentos de retribución para los que se quedan o para los trabajadores. Son, estos últimos, los que en la denominación al uso se designan como *tin parachutes*.

3.4. OPAs condicionadas al levantamiento de los blindajes.

Existe la alternativa de condicionar la OPA al levantamiento de los blindajes societarios por parte de la Junta de la sociedad objeto de la operación. Antes de la reforma del RD 1197/1991, por parte del RD 432/2003, de 11 de abril, según un sector de la doctrina (68), tales actuaciones resultaban plenamente admisibles. En el caso español resultaba significativo que el RD 1197/1991, antes de tal modificación, que no prohibía en ningún momento el sometimiento de las ofertas a condición, considerase, en cambio, la necesidad de afirmar expresamente la invalidez de las declaraciones de aceptación condicionales. Mientras que el artículo 21 del RD 1197/1991

(65) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre los modos...”, cit., pp. 352 y 353.

(66) KAHAN, M., y KLAUSER, M.: “Lockups and the market for Corporate Control”, *Stanford Law Review*, volumen 48, número 6, 1996, pp. 1539 y ss.

(67) Una medida defensiva que implica directamente a los altos directivos consistiría en amenazar al adquirente con la marcha de ciertos directivos clave si se lleva a efecto la toma de control. Tal medida podría utilizarse cuando el actual equipo directivo fuese uno de los incentivos que hubiese determinado que el adquirente se lanzase a intentar la toma de control.

(68) SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Sobre la caracterización y régimen de las llamadas OPAs simultáneas”, *La Ley*, número 2, 1990, p. 1111 y en “Sobre los modos...”, cit., p. 348; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Limitación del voto...*, cit., pp. 105 y ss. En contra, LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., y ARIÑO ORTIZ, G.: *La competencia en...*, cit., p. 500.

se limitaba a determinar que las OPAs serán irrevocables, sin acudir a su posible formulación condicionada, el artículo 25.2 del RD 1197/1991, explícitamente, determina que “*las declaraciones de aceptación serán irrevocables, careciendo de validez si se sometieran a condición*”. De todo ello, podía deducirse que para el legislador el carácter irrevocable de una declaración de voluntad nada tenía que ver con la circunstancia de estar sujeta a condición.

Así como la revocabilidad tiene naturaleza subjetiva y se relaciona con la voluntad de obligarse del oferente, la condición se integra en el contenido objetivo y vinculante del negocio, como elemento que simplemente determina sus efectos y consecuencias. Por consiguiente, no son ni la voluntad ni la vinculación obligacional las que se ven afectadas por la sujeción de un negocio a condición, que, como cualquier otro, se perfecciona desde el momento de su celebración, sino la eficacia del mismo y, con ello, la exigibilidad de sus obligaciones (69).

Actualmente, con la reforma operada por el RD 432/2003, la polémica en torno a si las OPAs podían o no ser condicionales quedó resuelta a favor de la primera opción, pues el actual artículo 21, párrafo segundo, dispone que resulta “*admisible someter la eficacia de las ofertas públicas de adquisición a condiciones cuyo cumplimiento implica la adopción de acuerdos por los órganos sociales de la sociedad afectada*”. Expresamente se admite, a nivel legal, la posibilidad de supeditar la efectividad de la OPA a la adopción de un determinado acuerdo por parte del Consejo de administración o de la Junta general de la sociedad afectada. Aunque no se consigue eliminar el blindaje, sí que se abre la posibilidad de supeditar la eficacia de la operación a la condición de que los accionistas decidan en la Junta reformar los estatutos (70).

En relación a las OPAs condicionales y a la posibilidad de que las mismas tengan como contenido y finalidad la eliminación de blindajes anti-OPA, la práctica ha tenido la oportunidad de ocuparse de tales extremos.

Por orden cronológico, procede, en primer término, destacar, entre otras muchas, la OPA que, en su momento, lanzó la sociedad TXV Europe (España), SL, filial de una compañía eléctrica estadounidense, sobre la totalidad de las acciones de Hidroeléctrica del Cantábrico, SA, con la particularidad de estar condicionada por ésta al levantamiento de ciertas medidas de blindaje que impedían que la sociedad oferente pudiese obtener

(69) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, volumen 2, Barcelona, Bosch, 1987, p. 203; GARCÍA AMIGO, M.: *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 335 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, tomo II, volumen 1, Madrid, Edersa, 2001, pp. 61 y 229 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Limitación del voto...*, cit., p. 113.

(70) CÓRDOBA BUENO, M.: *OPA. El control político...*, cit., p. 37.

un control social efectivo aun alcanzando la mayoría del capital. La efectividad de la OPA se condicionó a que, durante el plazo de aceptación de la misma, la Junta general de accionistas de Hidrocarburos, SA, adoptase ciertos acuerdos dirigidos a la eliminación de tales blindajes. La CNMV no llegó a pronunciarse sobre la admisibilidad definitiva de la oferta (71), pues fue retirada tras la presentación de una OPA, con unas mejores condiciones económicas, por una compañía eléctrica que, aparentemente, contaba con el compromiso previo de varios de los accionistas de la sociedad afectada para desmontar las medidas de blindaje estatutario.

El segundo supuesto fáctico al que resulta interesante referirse es la reciente operación que en su momento se formuló por parte de la empresa alemana Eon sobre la española Endesa. A pesar de que Eon se retiró de la lucha por la eléctrica española, quedando en solitario la eléctrica italiana Enel y la constructora Acciona, durante la vigencia de la operación hostil, Eon, a pesar de que posteriormente renunció, condicionó la prosecución de la OPA al levantamiento de los blindajes societarios por parte de la Junta de accionistas de Endesa.

En el ámbito del Derecho comparado, el requisito de la irrevocabilidad de la OPA es prácticamente común a todos los sistemas jurídicos, si bien suele coexistir, de forma pacífica, con la facultad de someter las OPAs a la condición del levantamiento de los blindajes estatutarios –Reino Unido, Italia, Alemania (72), Bélgica, Suiza (73), Portugal (74), Holanda (75), Estados Unidos, entre otros países.

(71) No obstante, la CNMV se negó a autorizar la oferta inicial en los términos en los que fue presentada, ya que consideraba que la eficacia de una OPA no podía, en ningún caso, supeditarse al cumplimiento de ninguna condición diversa de las que se regulan expresamente en el RD 1197/1991, condicionando, así, su autorización a que la sociedad oferente retirase las condiciones impuestas a su oferta. A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Limitación del voto...*, cit., pp. 106 y 117, de la postura de la CNMV se deduciría la no admisión de las OPAs condicionales, sentándose, en este sentido, un precedente para el futuro. Tal corriente doctrinal se muestra contraria a la admisibilidad de la postura de la CNMV por dos motivos. Por una parte, carece de apoyos normativos sólidos y de toda lógica económica. Por otra parte, introduce una injustificada rigidez en nuestro marco regulatorio, alejándonos de las prácticas sobre adquisiciones más corrientes y generalizadas de los mercados internacionales.

(72) HAMANN, U.: "Die Angebotsunterlage nach dem WPÜG- ein praxiorientierter Überblick", ZIP, 2001, pp. 2249 y ss.

(73) PETER, H.: "Les offres publiques d'achat en Suisse: analyse et évolution, en particulier depuis l'entrée en vigueur du nouveau «code suisse des OPA»", *Rivista delle Società*, 1990, pp. 956 y ss.; STRAZZER, R.: *Das öffentliche Übernahmeangebot im Kapitalmarktrecht der Schweiz*, Zurich, Schulthess, 1993, pp. 185 y 186.

(74) NUNES PEREIRA, J.: "O regime jurídico das ofertas públicas de aquisição no recente código do mercado de valores mobiliários: principais desenvolvimentos e inovações", *Rev. Banca*, número 18, 1991, p. 58.

(75) NAUTA DUTILH: "The Netherlands", en *A Practitioner's Guide to European Take-over Regulation and Practice*, Compiled by Simmons and Simmons, London, Westminster Manage-

3.5. Medidas defensivas tras el lanzamiento de la OPA.

Una vez iniciada la toma de control hostil, los administradores de la sociedad objetivo podrán impugnar la operación como consecuencia de la violación de las leyes imperativas contenida en la normativa que la regule. En este sentido, podrá alegarse la violación del Derecho de la competencia (76), o de otras exigencias específicas que únicamente operen en el ámbito de los sectores regulados. Aunque la doctrina no es unánime en cuanto a la eficacia de esta técnica defensiva, podemos, en cualquier caso, destacar el carácter dilatorio que la misma supone. Lo que sí se pretende con el recurso a la misma es obtener una medida cautelar que permita ganar tiempo para elaborar otro tipo de defensa.

Asimismo, cabe considerar que, a pesar de que no haya existido violación de precepto sustantivo alguno, una campaña agresiva de demandas ante los tribunales podría provocar la suficiente demora, incertidumbre y gastos para el adquirente como para que éste pudiera desistir en su intento de adquisición hostil.

Naturalmente, si los administradores abusan de sus facultades de representación procesal de la sociedad con la única finalidad de frustrar la oferta, y se demuestra que en ningún caso existió violación de normativa alguna, tanto el oferente (si triunfa) como los accionistas podrán ejercitar las eventuales acciones de responsabilidad frente a los mismos y reclamar los daños sufridos (77).

Junto con la presentación de recursos judiciales y administrativos, como consecuencia de la violación de diversas normativas, las campañas informativas o publicitarias son una medida que podría ser efectiva para contrarrestar la oferta hostil de la entidad oferente. El contenido de tales anuncios podrá ser muy variado (78), pudiendo destacar en este sentido: la inadecuación del precio de las acciones ofrecido por el potencial adquirente, en relación con el precio real de las acciones y con el potencial crecimiento de la sociedad; el riesgo de que la operación se financie con bienes propios de la sociedad objetivo; los malos resultados obtenidos por

ment Consultants, 1990, pp. 202 y 203; BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., y SCHWARTZ, C. A.: "Medidas de rechazo de una OPA hostil en el Derecho holandés", RDBB, 1989, año 9, número 33, pp. 131 y ss.

(76) HERMOSILLA MARTÍN, R.: "Estrategias anti-OPA, ...", cit., p. 347; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "Sobre los modos...", cit., p. 353. Destaca las dificultades de alegar violaciones del Derecho de la competencia, como consecuencia de las características del Derecho español en materia de concentraciones económicas, GARRIDO GARCÍA, J. M.: "La actuación de...", cit., pp. 2743 y 2744.

(77) GARRIDO GARCÍA, J. M.: "La actuación de...", cit., p. 2744; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "Sobre los modos...", cit., p. 354.

(78) ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., pp. 188 y 189.

parte de la sociedad adquirente en el sector en el que opera; los excelentes resultados de la empresa con el actual Consejo de administración, sobre todo, puestos en relación con otras empresas que operen en el mismo sector; aumento importante en los dividendos. Mientras más tiempo se prolongue la campaña, peor será para la sociedad oferente, pues si, finalmente, se hace con el control de la sociedad objetivo indirectamente tendrá que pagar toda la publicidad (79). La táctica defensiva que acabamos de exponer se encuentra estrechamente relacionada, por no decir que, en ocasiones, se confunde, con la obligación que tienen los administradores de elaborar un informe sobre la oferta –art. 20 del RD 1197/1991–, haciendo, en todo caso, constar las observaciones en contra de la misma. De acuerdo con lo establecido en los artículos 20.2 y 18.1 del RD 1197/1991, tal informe deberá publicarse en el BORME, en el Boletín de cotización de la Bolsa correspondiente y en dos periódicos –uno de ellos de difusión nacional y el otro de entre los de mayor circulación en el lugar del domicilio de la sociedad afectada–, si bien podrá ser objeto de una publicidad notablemente más amplia, ya que el contenido del informe podrá difundirse en radio, televisión, aunque el recurso a tales medios publicitarios deberá justificarse debidamente, ya que, si se prueba que eran injustificados, los administradores podrían ser condenados a indemnizar su pago (80).

Otra de las posibles defensas (81) a la que los administradores pueden recurrir es solicitar a un tercero al que se denomina caballero blanco –*white knight*–, que efectúe una oferta –OPA competidora– sobre la sociedad, haciendo fracasar la OPA hostil del primer oferente. Entre ambas partes se establecerá un acuerdo de cooperación para sacar el máximo beneficio de la OPA. Por una parte, la sociedad objetivo se comprometerá a minimizar los costes de indagación necesarios para entrar en la competición, facilitando información privada sobre el tipo de ganancias que se puede extraer de una toma de control. Por otra, el caballero blanco asume el compromiso de mantener a los administradores en sus cargos o, en su caso, a garantizarles unas condiciones de bienestar muy satisfactorias. No obstante, tal acuerdo no es eficiente ni desde el punto de vista de la eficiencia privada ni desde la eficiencia social (82).

(79) CÓRDOBA BUENO, M.: *OPA. El control político...*, cit., p. 152.

(80) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La actuación de...”, cit., pp. 2741 y 2742.

(81) Existen autores, como ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., p. 168, que entienden que el recurso a la medida que comentamos no es, en modo alguno, una defensa. En este sentido, el caballero blanco sería un sujeto que ayudaría al órgano de administración a llevar a la práctica ciertas defensas.

(82) SÁEZ LACAVE, M. I.: “Una aproximación al derecho de las OPAs competidoras (a propósito de una reforma reciente)”, RDBB, año 22, número 92, 2003, pp. 7 y ss.

El recurso a un tercero no siempre supone la elección de un nuevo socio de control. Si el tercero amigo adquiriese únicamente un pequeño porcentaje del capital social de la sociedad objetivo, la doctrina se refiere a tal medida con la expresión de escudero blanco –*white squire*–, o *placing stock in friendly hands*. El escudero blanco es una sociedad dispuesta a invertir cierta cantidad en la sociedad objetivo, si bien no está interesada en tomar el control de ésta ni en fusionarse con la misma. Se trata de una defensa a la que se suele recurrir cuando el órgano de administración controla ya cierto porcentaje de capital social, de manera que, con el pequeño porcentaje adquirido por el escudero blanco, se obtiene la mayoría (83). Interesa destacar que, para lograr la finalidad perseguida con esta medida, ha de tenerse mucha confianza en el escudero ya que si se le facilita la adquisición de paquetes significativos de acciones para ponerlos a salvo de la entidad oferente y el escudero pactase la venta a esta última por un precio con una determinada prima, la entidad afectada estará perdida (84).

Existe la posibilidad de que la sociedad inicialmente amenazada por la OPA hostil lance, a su vez, una nueva OPA, igualmente hostil, respecto a la sociedad originariamente oferente. Tal técnica es conocida con la denominación de *Pac-Man*, siendo una estrategia que obliga a la sociedad que va a hacer uso de la misma a luchar contra el tiempo, así como a reunir medios financieros para su realización. Es una medida especialmente efectiva contra los denominados *reverse takeovers*, operaciones de toma de control en los que la sociedad oferente es de menor tamaño que la sociedad objetivo. En tales supuestos existirán bastantes probabilidades de que el oferente retire su oferta ante la eventual posibilidad de ser adquirida por la que, en principio, era su víctima (85). En caso de que no lo haga, la defensa también podrá ser efectiva si la segunda toma de control se hace con éxito, ya que será el órgano de administración de la sociedad inicialmente objetivo el que pasará a controlar las dos sociedades. Asimismo, debe destacarse la posibilidad que existe de que la OPA sobre la sociedad originariamente oferente se lance por parte de una sociedad amiga de la objetivo, en definitiva, la figura que antes denominamos “caballero blanco”.

Una medida difícilmente admisible en España, especialmente por su carácter discriminatorio, es la que en la jerga financiera se conoce con el nombre de *greem-mail* o recompra al atacante hostil de su participación

(83) FARRAR, J. H.: “Business judgment and...”, cit., p. 41; ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., p. 173.

(84) CÓRDOBA BUENO, M.: *OPA. El control político...*, cit., p. 151.

(85) ESTEVAN DE QUESADA, C.: *Tomas de control...*, cit., p. 180.

en la sociedad amenazada a mejor precio que el pagado poco antes por él mismo a fin de alcanzar ese porcentaje, con OPA o sin ella.

Cabe la posibilidad de adquirir, por anticipado, paquetes accionariales de la compañía enemiga, con la finalidad de obligarle a deshacer posiciones por vía de la limitación de participaciones recíprocas, si bien también podría emplearse para perturbar el funcionamiento de sus órganos sociales, incluyendo, por supuesto, la posibilidad de impugnar el acuerdo de lanzamiento de la OPA, reacción defensiva para la que bastarían pequeños paquetes –art. 143 LSA.

4. Marco legislativo actual en materia de defensas societarias tras la trasposición de las Directivas 2004/25/CE y 2004/109/CE: la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio

4.1. Breves consideraciones en torno al deber de pasividad.

Vistas y analizadas las tácticas de carácter defensivo, que caben tanto con carácter previo al lanzamiento de la OPA como tras la autorización de la misma, cabe, a continuación, referirse, si bien de forma somera, al denominado deber de pasividad de los administradores sociales. A lo largo del presente estudio hemos hecho breves alusiones al mismo; no obstante, la investigación que acometemos quedaría inconclusa si no abordamos, con un alcance mayor, la vigencia y los términos en los que tal regla rige en el Derecho español.

El período que se estima para valorar el respeto al deber de pasividad está comprendido entre la publicación de la suspensión de cotización de las acciones de la sociedad objeto de la oferta –momento inicial– hasta el anuncio del resultado de la oferta –momento final– (86).

En cualquier caso, debe precisarse que el alcance del deber de pasividad no puede ser absoluto. En efecto, si como consecuencia de la aplicación de tal regla los administradores no pudiesen realizar actuación alguna, se estaría perjudicando, de forma significativa, tanto a la sociedad en su conjunto como a los accionistas de la misma. Lo único que trata de evitarse, a través de la vigencia de la obligación que comentamos, es que los administradores sociales hagan uso de sus facultades de gestión y de administración con la única finalidad de frustrar la oferta, causando, en todo caso, importantes perjuicios a los accionistas.

(86) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La actuación de...”, cit., p. 2728.

En cuanto al contenido o alcance del deber de pasividad, el Derecho español enuncia un principio general en virtud del cual los administradores no pueden realizar actos u operaciones fuera de la actividad ordinaria de la sociedad. Naturalmente, lo que sea gestión ordinaria dependerá de las circunstancias del caso concreto, por lo que, indudablemente, variará de unas sociedades a otras.

Como es sabido, además de la enunciación de este principio general, la normativa española, a través del artículo 14 del RD 1197/1991, enumera una lista, con carácter ejemplificativo o abierto, de conductas cuya realización prohíbe taxativamente a los administradores. Dentro de tales actividades destacan, entre otras, la emisión de valores, la realización de operaciones sobre los valores afectados por la oferta y sobre los activos sociales.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina (87), la norma contenida en el artículo 14 del RD 1197/1991 padece serios defectos en su aplicación. En este sentido, se pone de relieve cómo la falta de sanciones, la inadecuación del régimen de la nulidad y la carencia de un régimen especial de responsabilidad convierten la regla de la pasividad en una declaración de principios que depende de la buena voluntad de los administradores sociales para ser realmente aplicada.

Los diversos mecanismos de defensa que pueden emplearse frente a la OPA hostil buscan, en última instancia, frustrar la oferta. Podrá alcanzarse tal finalidad mediante la consecución, a su vez, de uno de estos dos objetivos: que el oferente inicial considere que la adquisición de la sociedad objetivo, finalmente, no cumple las expectativas que en un principio se fijó, o que los accionistas, con independencia de la causa, se muestren contrarios a la venta de sus acciones a la sociedad oferente.

Como consecuencia de la aprobación de la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, fruto de la trasposición de la Directiva 2004/25/CE –Directiva de OPAs–, y 2004/109/CE –Directiva de transparencia–, que entró en vigor el pasado 13 de agosto de 2007, cualquier acción que proceda de los órganos de administración o dirección de la sociedad afectada o de las sociedades pertenecientes al mismo grupo, susceptible de impedir el éxito de la OPA, con la única excepción de la búsqueda de OPAs competidoras, deberá someterse al previo acuerdo de la Junta de accionistas, en particular la emisión de valores que impidan que el oferente pueda obtener el control de la sociedad –art. 60 bis LMV–. Tanto el plazo como los términos del deber de pasividad se difie-

(87) GARRIDO GARCÍA, J. M.: “La actuación de...”, cit., pp. 2750 y 2751.

ren al desarrollo reglamentario futuro (88). Como podemos observar, se impone a los órganos de administración de las sociedades españolas afectadas por una OPA una obligación de pasividad especialmente reforzada.

Como preceptúa el párrafo segundo del artículo 60 bis 1 de la LMV, en cuanto a las decisiones que se adopten antes de iniciarse el plazo –que se fije reglamentariamente–, que todavía no hayan sido aplicadas, la Junta general deberá aprobar o confirmar toda decisión que no se circunscriba al curso normal de las actividades de la sociedad y cuya aplicación pueda frustrar la OPA.

La vigencia del deber de pasividad se supedita a la concurrencia de la norma de la reciprocidad. En efecto, como determina el artículo 60 bis 2 de la LMV, el deber de pasividad no será vinculante cuando el oferente o su sociedad dominante no estén sujetas a normas equivalentes.

4.2. Regulación de las medidas preventivas.

La Ley 6/2007, de 12 de abril, efectúa una nueva regulación en materia de medidas defensivas de carácter preventivo.

La Directiva de OPAs, fruto de un largo y laborioso esfuerzo por armonizar tales operaciones, pretendía limitar, de forma significativa, las medidas defensivas presentes en los diversos mercados europeos, para lo cual su artículo 11 estableció el principio de neutralización de tales medidas –regla de *break through*–, a modo de ineficacia temporal durante la presentación de la oferta. La *break through rule* impone la inaplicabilidad o pérdida de efectividad de determinadas medidas previstas en la Ley, en los estatutos de la sociedad afectada o en acuerdos contractuales que, se entiende, pueden obstaculizar el éxito de una OPA, bien porque impidan que sean los accionistas a quienes ésta se dirige los que puedan decidir sobre su futuro, o bien porque atribuyan a determinados accionistas una posición de preeminencia en ese proceso. La neutralización opera con posterioridad al lanzamiento de la OPA, una vez ésta ha iniciado su fase de aceptación, pero sobre medidas previstas *ex ante* (89).

Tal declaración de principios se ve ciertamente limitada, pues tolera un régimen opcional –art. 12–, en virtud del cual tanto los Estados miembros

(88) La Directiva de OPAs delimitaba tal plazo estableciendo la vigencia de la *passivity rule* en el período comprendido entre el lanzamiento de una OPA hasta que se haga público su resultado o se produzca su caducidad.

(89) En este sentido se pronuncia el Dictamen de 28 de septiembre de 2006, del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores.

como las propias sociedades podrán eludir la neutralización (90). De la lectura del artículo 12 de la Directiva de OPAs se deduce que si, un Estado miembro decide no aplicar estas reglas a las sociedades cotizadas en él domiciliadas –*opting out* del Estado–, éstas todavía podrán decidir lo contrario, y someterse a ellas por acuerdo de su Junta general de accionistas –*opting in* de la sociedad–. Sin embargo, si el Estado decide que dichas reglas sí sean de aplicación a sus sociedades, éstas sólo podrán evitar el sometimiento a las mismas cuando, en un caso concreto, sean objeto de una OPA por una sociedad que no las aplique, ya que puede contar con medidas defensivas que no pueden ser objeto de neutralización alguna.

Seguindo a un sector de la doctrina (91), puede afirmarse que, con la aprobación de la Directiva de OPAs, la existencia de unas reglas comunes para todos los Estados miembros no sólo no se ha logrado, sino que se ha consagrado la desigualdad. Resta por ver si la realidad confirma los augurios pesimistas para las sociedades que opten por un modelo defensivo, que perderán posibilidades estratégicas –al ver restringida la posibilidad de formular OPAs sobre otras sociedades europeas– y que su carácter de sociedades protegidas se reflejará en el valor de cotización de sus acciones.

De acuerdo con las consideraciones que hemos apuntado, respecto al contenido de la Directiva en materia de blindajes societarios, cabe señalar que la Ley 6/2007 introduce en la LMV un nuevo artículo 60 ter, en virtud del cual las medidas defensivas preventivas no se prohíben, si bien las sociedades podrán acordar determinadas medidas de neutralización de aquéllas. Tal precepto es fruto de la trasposición del artículo 11 de la Directiva de OPAs relativo a la neutralización de ciertas medidas defensivas de carácter preventivo, acogiendo la posibilidad que da su artículo 12 de hacer meramente opcional para las empresas la aplicación de esa neutralización.

La regulación de la neutralización de medidas preventivas anti-OPA que realiza el nuevo artículo 60 ter parece, por tanto, adaptada a las previsiones de la Directiva de OPAs, y resulta también oportuna a la vista de las decisiones adoptadas por otros Estados miembros (Reino Unido y Francia, por ejemplo, han optado por no imponer la aplicación del art. 11 a las sociedades cotizadas domiciliadas en su territorio). La decisión de hacer uso de la posibilidad que ofrece el artículo 12.1 de la Directiva pa-

(90) Sobre esta cuestión nos remitimos al trabajo de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La armonización disgregante: La Directiva de OPAs y el principio de neutralización de medidas defensivas”, <http://www.ucm.es/eprints/5624/01/sancalero.pdf>.

(91) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La armonización disgregante...”, cit., pp. 18 y 51.

rece conveniente desde esta perspectiva, a efectos de evitar que las sociedades que deseen seguir aplicando medidas anti-OPA puedan desplazar su domicilio hacia aquellos Estados miembros que no imponen con carácter general su neutralización. Y no parece que para evitar ese efecto sea suficiente la regla de la reciprocidad, en la medida en que está pensada para su aplicación en el caso de una OPA concreta y ya planteada.

El apartado 1 del artículo 60 ter enumera las posibles medidas de neutralización que se podrán adoptar: *“a) La ineficacia, durante el plazo de aceptación de la oferta, de las restricciones a la transmisibilidad de valores previstas en los pactos parasociales referidos a dicha sociedad. b) La ineficacia, en la Junta general de accionistas que decida sobre las posibles medidas de defensa a que se refiere el artículo 60 bis 1 de esta ley, de las restricciones al derecho de voto previstas en los estatutos de la sociedad afectada y en los pactos parasociales referidos a dicha sociedad. c) La ineficacia de las restricciones contempladas en las letras anteriores, cuando tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 75 por 100 del capital que confiera derechos de voto”*.

La decisión de acordar las medidas de neutralización corresponde a la Junta general de accionistas. Además, en todo caso, esa decisión de la Junta general de accionistas es revocable en cualquier momento –art. 60 ter 2, párr. 2–, si bien también puede dejar de aplicarse por falta de reciprocidad –art. 60 ter 4–. Finalmente, debe considerarse que la aplicación de las medidas de neutralización dará lugar a una compensación adecuada a los afectados (92).

(92) Sobre este extremo nos remitimos a SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La armonización disgregante...”, cit., pp. 58 y ss.

**LA *TERCERA PARTIDA*
DE ALFONSO X EL SABIO**

**Estudio y edición crítica
de los títulos XVIII al XX**

RAÚL ORELLANA CALDERÓN

*Doctor en Filología española
Universidad Autónoma de Madrid*

**CONTEXTOS EN TORNO A LA EDICIÓN
DE LA TERCERA PARTIDA
DE ALFONSO X EL SABIO
(Parte 1.^a) (*)**

SUMARIO: EL PRESENTE TRABAJO. **I. INTRODUCCIÓN.** **II. PARTE 1.^a: CAPÍTULO I: LA SITUACIÓN JURÍDICA EN EL SIGLO XIII.** 1. EL *IUS COMMUNE*. 1.1. Derecho romano-justiniano, glosadores y comentaristas: el *Corpus iuris civilis*. 1.2. El Derecho canónico, Decretales y Graciano: el *Corpus Iuris Canonici*. 1.3. Derecho feudal. 1.4. Formación del *Ius commune*. 1.5. Aceptación y rechazo en los reinos hispánicos: *Regni vs. Imperium*. 2. LA HERENCIA JURÍDICA QUE RECIBE ALFONSO X Y SU PROYECTO POLÍTICO-LEGISLATIVO. **CAPÍTULO II: LA OBRA JURÍDICA ALFONSI (STATUS QUAESTIONIS I):** 1. EL *FUERO DE LAS LEYES* O *FUERO REAL*. 1.1. Datación. 1.2. Finalidad. 1.3. Ulterior suerte. 1.4. Valoraciones. 2. EL *LIBRO DEL FUERO* O *ESPÉCULO*. 2.1. Denominación. 2.2. Estructura y extensión. 2.3. Datación. 2.4. Promulgación y ulterior suerte. 2.5. ¿*Fuero Real* y *Espéculo* o *Espéculo* y *Fuero Real*? 2.6. Valoraciones. 3. LAS *SIETE PARTIDAS*. 3.1. Primeras referencias. 3.2. Estructura. 3.3. Fuentes. 3.4. Las observaciones de GARCÍA-GALLO. 3.4.1. *Las reelaboraciones y versiones de la Primera Partida*. 3.4.2. *La Segunda Partida*. 3.5. Hipótesis de ARIAS BONET y las "Nuevas observaciones" de A. GARCÍA-GALLO. 3.6. Otras teorías, otras dataciones: J. R. CRADDOCK. 3.6.1. *La Segunda Partida*. 3.7. Denominación del código. 3.8. Valor legal. 3.9. Valoraciones. 4. EL *SETENARIO*. 4.1. Estructura. 4.2. Datación y significado: J. R. CRADDOCK, G. MARTIN. 4.3. Valoraciones. 5. OBRAS JURÍDICAS MENORES. 5.1. Fueros. 5.2. Leyes, ordenamientos, privilegios y diplomas. **III. BIBLIOGRAFÍA: FUENTES DOCUMENTALES Y ESTUDIOS.** **IV. ABREVIATURAS.**

(*) En este número de la Revista no incluimos el capítulo II entero, completaremos su publicación en el próximo número (a partir del epígrafe 3. LAS *SIETE PARTIDAS*).

El presente trabajo

El artículo que presentamos aquí forma parte de una serie de estudios con los que se abre nuestra tesis doctoral *La Tercera Partida de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII al XX*. Tanto los estudios previos que conforman la tesis doctoral como el texto críticamente editado de los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida* del rey Alfonso el Sabio, referidos a la institución notarial y al instrumento público, irán apareciendo en los próximos números de la *Revista Jurídica del Notariado*.

Con este trabajo pretendemos contribuir de algún modo a poner orden en la tradición textual de la *Tercera Partida*. Para ello hemos elegido editar los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida*. Nuestra elección viene justificada por varios motivos. En primer lugar, estos títulos conforman un bloque unitario –incluso inseparable– relativo a la institución notarial y el sistema documental, que encierra toda la doctrina de la época sobre el instrumento público. En segundo lugar, las fuentes de esta sección nos son mejor conocidas, lo que nos ha parecido interesante para abrir brecha editorial en esta *Tercera Partida*. Quizá se considere que lo deseable sería haber editado el texto completo. Como se verá, hemos estudiado la totalidad del texto de la *Partida*, por lo que los resultados obtenidos pueden juzgarse válidos para emprender la edición íntegra del texto. Pero esta edición no puede llevarse a cabo sin un exhaustivo estudio particular del contenido de cada una de las diferentes partes o secciones que integran la *Tercera Partida*, como son el proceso judicial en sentido estricto, con sus intervinientes, acciones, requisitos y plazos; la institución notarial y el sistema documental y la posesión y el señorío de las cosas.

Ante lo inalcanzable de ese propósito, hemos hecho objeto central de nuestra tesis el estudio y la edición crítica de los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida*, en los que se recoge todo lo relativo a la institución notarial y el sistema documental. En el estudio previo nos hemos aproximado a realidades y enfoques diversos. El trabajo se divide en cinco grandes secciones o partes. Las tres primeras partes exponen las necesarias aproximaciones externas al texto, desde las perspectivas más amplias del contexto histórico-jurídico hasta el estudio minucioso de sus fuentes.

Así, en la Parte 1.^a tratamos de presentar los antecedentes histórico-jurídicos generales y los más particularmente alfonsinos. Esta primera parte está integrada, a su vez, por tres capítulos. En el primero nos acercamos a un concepto fundamental para la comprensión de las *Partidas*, el *Ius commune* o Derecho común, y también examinamos el panorama histórico-jurídico en la Castilla inmediatamente anterior a la llegada al trono de Alfonso X. El segundo capítulo está dedicado al conjunto de la obra

jurídica alfonsoí. En el último capítulo de esta Parte 1.^a presentamos algunas conclusiones sobre uno de los principales problemas que quizá presenta el proyecto alfonsoí: la jurisdicción y el poder regio.

La Parte 2.^a consta de dos capítulos dedicados al estudio de la *Tercera Partida*, como contexto más inmediato del texto de nuestra edición. Esta *Partida* expone todo lo relativo al proceso judicial, esto es, el Derecho procesal, y a esta materia dedicamos el primer capítulo desde un punto de vista histórico-textual. En el segundo capítulo nos centramos en plantear los principales problemas en torno a la estructura, las fuentes y la datación de la *Partida*.

En la Parte 3.^a damos un paso más en el grado de concreción contextual e intentamos enmarcar el estudio de los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida* desde el punto de vista de su contenido y estructura. Esta parte consta de cuatro capítulos. El primero es una introducción a la ciencia notarial y al sistema documental desde el punto de vista histórico: desde su formación y contenidos hasta la recepción de la doctrina en la Castilla del siglo XIII. En el segundo capítulo entramos de lleno en el proceso compositivo de los títulos XVIII-XX. Para ello, partimos de la evolución que experimenta la materia desde la primera regulación alfonsoí al respecto en el *Fuero Real* hasta lo dispuesto en los títulos de la *Tercera Partida*. Continuamos con el estudio de la estructura del texto y de sus fuentes desde el punto de vista de su asimilación y transformación. En el tercer capítulo de esta Parte 3.^a procedemos a la datación y la localización de la redacción del texto. Para ello nos centramos en las riquísimas referencias y alusiones extratextuales que encontramos en muchas de las leyes incluidas en el formulario documental recogido en el título XVIII. En el último capítulo analizamos las particulares características del sistema notarial y documental alfonsoí y su última intencionalidad política.

Finalmente, el estudio se cierra con la Parte 4.^a, dedicada por completo a la *recensio* previa a la preparación de la edición crítica del texto alfonsoí.

El texto crítico se presentará al final. Va prologado con unas breves páginas en torno a la elección del testimonio base para la edición, los criterios de anotación, corrección y presentación y, finalmente, una pequeña breve aclaración respecto del aparato crítico empleado.

Por motivos editoriales (principalmente de espacio) de la *Revista Jurídica del Notariado*, algunos de los capítulos que integran las diferentes partes de nuestro trabajo habrán de ser presentados por partes y no de forma íntegra. La extensión de alguno de estos capítulos acabaría convirtiendo el número de la *Revista* en un volumen monográfico.

I. Introducción

La magna obra jurídica del rey Sabio que conocemos como las *Siete Partidas*, posiblemente el código en lengua romance más importante de la Edad Media, ha llegado hasta nuestros días en multitud de códices y fragmentos (1), y no sólo en lengua castellana: de este texto se conocen traducciones al portugués (2), al gallego (3), al leonés (4), al navarro-aragonés (5), al catalán (6), e incluso más modernamente, al inglés (7) y al francés (8); de las *Partidas* también se hicieron no pocas ediciones impresas en el Renacimiento, e incluso la Real Academia de la Historia (RAH) ensayó una edición crítica a principios del siglo XIX. Todo esto muestra el gran interés que siempre han suscitado las *Siete Partidas* y cuán amplia ha sido su difusión en el espacio y el tiempo.

No obstante, y a pesar del imponente número de testimonios de las *Siete Partidas* legados por el tiempo, uno de los mayores obstáculos que

(1) El artículo de A. GARCÍA Y GARCÍA (1986) dedica su parte final a enumerar, con una breve descripción, todos los manuscritos y fragmentos de las *Siete Partidas* conocidos hasta 1986, incluso los hoy perdidos, aportando para cada testimonio la bibliografía disponible en la que se basan sus descripciones. El número total de manuscritos y fragmentos de las diferentes *Partidas* suma un total de 117. Los catálogos generales y otras fuentes bibliográficas en las que aparecen las descripciones de las *Partidas* son los siguientes: *Bibliography of Old Spanish Texts* 1977 –comúnmente conocida como *BOOST*–; SIMÓN DÍAZ: 1963, 3.1-2; MENÉNDEZ PIDAL: 1965-66. Estas referencias y descripciones de los manuscritos están basadas, a su vez, en los catálogos e inventarios de las bibliotecas donde se guardan los códices y también en las descripciones ofrecidas en los preliminares de la edición de la Real Academia de la Historia; DOMÍNGUEZ BORDONA: 1933; GARCÍA, CANTELAR Y NIETO: 1976; GARCÍA Y GONZÁLEZ: 1970; del *Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional* diremos que sólo describe hasta el Ms. 10.200: son, pues, varios los códices de las *Partidas* de la BNM que son descritos por primera vez de modo exhaustivo en este trabajo; LLACAYO Y SANTAMARÍA: 1878; LLAMAZARES: 1923; ZARCO CUEVAS: 1924, 1926, 1929; ARIAS BONET: 1965, 565-568; MARCOS RODRÍGUEZ: 1961, 1-20; OVIEDO Y ARCE: 1901, 103-135; PAZ Y MELIÁ: 1904, 437-438; ARIAS BONET: 1975. En alguna ocasión podemos también encontrar descripciones más o menos científicas, pero siempre valiosas, en libros de estudios más jurídicos que bibliográficos, tal como es el caso del *Ensayo histórico-crítico* de Francisco MARTÍNEZ MARINA, en el que, en algún comentario marginal, se dan algunas referencias, por ejemplo, del manuscrito escurialense Z.i.15, del N.i.5 e incluso del desaparecido BR3.º, lo que, en este caso, hace de estas referencias un verdadero tesoro.

(2) Para un panorama bibliográfico general, *vid.* ASKINS: 1997 y 2002.

(3) Un examen general de los textos en gallego en ASKINS: 1997 y 2002.

(4) OVIEDO ARCE: 1915.

(5) Salvo la *Primera Partida*, escrita en la lengua de Castilla, pero claramente añadida, las *Partidas* del manuscrito Vit. 4-6 de la BNM se copiaron en lengua navarro-aragonesa.

(6) Ms. M.i.Z de la Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial. Traducción realizada por MATEO ADRIÁN en 1365, por encargo expreso de Pedro IV de Aragón. *Vid.* D'ABADAL I VINYALS, R.: 1912; BOSCH, S.: 1936, 655-680; IGLESIA FERREIRÓS: 1987, 265-278.

(7) BURNS: 2000.

(8) El SIREM (Séminaire Interdisciplinaire de Recherches sur l'Espagne Médiévale), dirigido por Georges MARTIN, se está ocupando de la traducción al francés de la *Segunda Partida*.

enseguida aparece en el camino del investigador es la falta absoluta de testimonios datados en los días de Alfonso X y, por consiguiente, la carencia de alguno emanado de la cancillería alfonsí. El código más antiguo de los conservados podría fecharse en torno a 1290, si bien esa datación no es admitida unánimemente por la crítica (9). Sólo contiene una versión de la *Primera Partida* (10). Nos encontramos, pues, carentes de un testimonio mínimamente autorizado (11) que, sin mayores dudas de tipo textual o interpretativo que las que pudiera suscitar el propio código, permita emprender una sólida investigación, no sólo en el campo jurídico, sino también en el histórico y, por supuesto, en el lingüístico y literario (12.)

Sin embargo, muy poco es lo que podría afirmarse en torno a esta obra con objetividad y certeza. Lo que las investigaciones realizadas sobre los textos revelan hasta ahora es que existen importantes divergencias en los estados de redacción de la *Primera Partida* (13), según atestiguan las citas antiguas y los propios testimonios que hoy poseemos de la obra; estas redacciones —dos, tres o cuatro— están consideradas paralelas por unos y sucesivas por otros. Esta variedad redaccional, aún no satisfactoriamente explicada, se ve acompañada de un gran número de incógnitas en torno al verdadero contenido —ligado a su forma original y/o definitiva— y, en consecuencia, al significado general del código; su autor o autores; la fecha o las fechas de su composición, y su proyección y validez legales. Ante esta situación, y según el estado actual de las investigaciones, resulta difícil vislumbrar cuál es el verdadero valor del texto en la coyuntura político-legislativa de la segunda mitad del siglo XIII: ¿Fue concebido desde el principio como un texto meramente doctrinal? ¿Tuvo, por el contrario, fuerza legal (efectiva o proyectada) al menos en su primera versión?

(9) ARIAS BONET: 1975. *Vid.* los estudios preliminares a esta edición: “La ornamentación del código y el problema de su datación”, de G. RAMOS, XVII-XXXIII; “Estudio paleográfico del manuscrito”, de J. M. RUIZ ASENCIO, XXXV-XLV, y “La *Primera Partida* y el problema de sus diferentes versiones a la luz del manuscrito del British Museum”, de J. A. ARIAS BONET, XLVII-CIII.

(10) El texto se conoce generalmente como el *Libro del Fuero de las leyes* y en rigor no podemos denominarlo *Primera Partida* porque es una versión quizá previa a la división de la obra en siete partes. *Vid.* Parte I, capítulo II, § 3.

(11) Si bien la fecha de un código nada dice de la fecha de la redacción que contiene, la existencia de un código con las *Sietes Partidas* fechado en época alfonsí zanjaría otras cuestiones, como la autoría efectiva de Alfonso en la redacción y posiblemente aclararía algunas de las dudas en torno al proyecto jurídico alfonsí y el lugar que las *Siete Partidas* ocuparían en él.

(12) Sobre Derecho y Literatura pueden verse algunas curiosidades en MENÉNDEZ PIDAL: 1945; GÓMEZ REDONDO: 1998, 328; PÉREZ MARTÍN: 2000, 305-321; YNDURÁIN: 2003.

(13) Parece que la *Segunda Partida* no ofrece más variantes que la que aparece sobre el derecho de representación y el derecho sucesorio. De las restantes *Partidas* poco o nada se ha dicho, aunque la tendencia general es a opinar que no parece darse ninguna variación de especial relevancia.

Las incógnitas que surgen de tal panorama textual han conducido en alguna ocasión a cuestionar la autoría de Alfonso X, negando, por tanto, la integración de las *Siete Partidas* en un proyecto político y legislativo, y a dudar incluso de la existencia de tal proyecto legislativo alfonsino. Esta situación, además, se complica si la analizamos en un marco más amplio. El hecho es que junto a las *Siete Partidas* existen dos textos legislativos más salidos de los talleres de Alfonso X: el *Fuero Real* y el *Espéculo* –sin olvidar, además, el *Setenario* y otras obras legislativas menores–. Si a la variedad redaccional que hallamos en la *Primera Partida* (y en cierto modo en la *Segunda*) se añade la existencia de otros textos jurídicos, el panorama legislativo alfonsino se transforma en algo difícil de explicar, ordenar y secuenciar, por lo que no es extraño que haya conducido en alguna ocasión a cuestionar la existencia de un plan o proyecto por parte de Alfonso X. No obstante, tanto si nos decantamos *a priori* por una opción o por otra, si tal proyecto existió o no, sobre lo que sí cabrá interrogarse es acerca de los motivos que habrían llevado al rey Alfonso a acometer la redacción de diversos códigos jurídicos en un margen temporal tan estrecho.

No obstante, dado el celo con que el rey Sabio cuida que en sus obras los conceptos que articulan su mentalidad regalista sean expuestos sin ambigüedades ni deficiencia alguna, en “castellano derecho” (14), no debería ser extraña, por tanto, a los que bien conocen la figura de Alfonso X semejante proliferación de textos jurídicos, ya que el legislativo no es el único campo en que el rey no se conformó con una única versión de los textos. Si sabemos de las continuas revisiones y reorientaciones de sus obras históricas, científicas y literarias, ¿por qué no habría de suceder de igual manera en el ámbito jurídico?

Uno de los fundamentales problemas que presenta la obra jurídica alfonsí radica, a nuestro entender, en la mirada constreñida, parcelaria, excesivamente especializada con que se ha abordado el estudio de la historia del reinado alfonsí y la figura del rey como gobernante. No hay duda de que el examen de los hechos de su reinado, al igual que el estudio de los diferentes ordenamientos de cortes, las cartas y privilegios, etc., permiten entender su proceder como gobernante y son fundamentales a la hora de emprender estudios históricos. Sin embargo, y a pesar de que no se oculta la importancia de su obra escrita –o “empresa cultural”, como se

(14) Hasta el punto de que él mismo podría haber intervenido en esa tarea de adecuación lingüística de sus textos, tal como se dice en el *Libro de la ochava esfera*: “... lo endreçó, et lo mandó componer este rey sobredicho, et tolló las razones que eran sobejanas et dobladas et que non eran en castellano drecho, e puso las otras que entendió que complían; et cuanto al language endreçólo él por sise” (CARDENAL DE IRACHETA: 1946, 214).

ha solido denominar-, y de que en ocasiones se aducen algunos fragmentos, principalmente de sus obras históricas, como apoyo de tal o cual hipótesis, la producción cultural suele estar aquejada de una cierta indiferencia por parte de los historiadores, quedando habitualmente relegada a simples capítulos marginales en las historias generales y en las monografías dedicadas a la vida y el reinado de Alfonso X –capítulos más o menos detallados que tienden a repetir una y otra vez sin escrúpulos hipótesis y planteamientos tradicionales-. Del mismo mal adolecen las historias de la literatura cuando abordan las obras jurídicas del rey Sabio. Sobre Alfonso X sigue pesando en cierta manera aquel concepto del rey astrólogo que perdió un reino por mirar a las estrellas.

Nos parece que muchas de las dificultades a la hora de interpretar el valor relativo del conjunto global de la obra del rey Alfonso –al igual que las motivaciones de muchos de sus actos y decisiones políticas– surgen, pues, de la falta de integración entre los estudios tan numerosos y de tan diferente carácter que abordan cada uno de los diversos campos cultivados por el rey Alfonso X. La separación que se aprecia entre empresa política y empresa cultural es aún muy intensa entre los historiadores y, especialmente, entre los juristas.

Los que generalmente mejor han sabido ver este problema y comprender la universalidad del proyecto alfonsí han sido los filólogos. A nuestro entender, Diego CATALÁN lo ha expresado mejor que nadie cuando dice:

... creo que en este conciso tratado [el *Setenario*] se nos explicitan con gran claridad la concepción de mundo y la función atribuida al conocimiento que presiden la producción toda alfonsí. La mayor “especialización” de sus restantes obras ha desviado la atención de los lectores modernos hacia aspectos particulares de cada una de ellas y ha hecho olvidar, por lo general, su pertenencia a un planteamiento unitario de saber y a un plan conjunto de acción (15).

El proyecto legislativo de Alfonso X no fue un proyecto aislado en un compartimento estanco, exclusivo del campo del derecho, sino que forma parte de un proyecto global más ambicioso. El concepto alfonsí de gobierno se trasluce continuamente a lo largo de toda la producción “literaria” del rey, siendo evidente en las obras jurídicas, como hemos visto, pero mostrándose también de manera clara en las obras históricas. Las *Estorias* alfonsíes, donde hechos y personajes históricos se convierten en modelos –de aceptación o de rechazo– del comportamiento social para los súbditos, por un lado, y del comportamiento político-social para reyes

(15) CATALÁN: 1992, 11-44.

y príncipes, por el otro, pueden considerarse como un sustento argumentativo y justificador de la política alfonsí:

... et escriuieron otrossi las gestas de los principes, tan bien de los que fizieron mal cuemo de los que fizieron bien, por que los que despues uiniesen por los fechos de los buenos punnassen en fazer bien, et por los de los malos que se castigassen de fazer mal, et por esto fue endereçado el curso del mundo de cada una cosa en su orden... (PCG: I, 3).

Tal es la correspondencia natural existente entre la obra jurídica y la obra histórica alfonsina, que es visible en ambas por la proyección de los mismos principios que rigen la mentalidad política de Alfonso X (16). De este modo, sus obras legislativas deben juzgarse una parte más tanto de la justificación como de la aplicación de su proyecto global.

La estructura compositiva de la *Estoria de España* eleva la figura del rey, quien ha recibido el poder de Dios a través de la *linna*, a protagonista de la Historia (17). Las historias de los pueblos son un reflejo de la historia protagonizada por sus *señores*, la cabeza sin la que no se gobierna el resto de los miembros. Alfonso X, como monarca heredero por *linna* de la tradición visigoda –ideario reflejado y justificado estructuralmente en la *Estoria de España*–, parte del principio también visigótico, reflejado en el *Forum Iudicum*, de que el rey ha sido colocado por Dios al frente de su pueblo para que lo guíe y encamine hacia el bien y aparte del mal (18). El ministerio divino que aparece justificado por las *Estorias* de Alfonso X tiene perfecto reflejo en la obra jurídica:

Nuestro Sennor Ihesu Cristo ordenó primeramient la su corte en el cielo e puso a ssí mismo por cabesca e començamiento de los ángeles e de los archángeles e quiso e mandó quel amassen e quel agardassen como a començamiento e guarda de todo. Et después d'esto fizo el omne a la manera de su cort; e como a ssí auíé puesto cabeça e comienço, puso al omne a la cabesca en somo del cuerpo e en ella puso razón e entendimiento de cómo se deuen guiar los otros miembros e cómo deuen sevir e guardar la cabeza más que a ssí mismos; e desí ordenó la cort terrenal en aquella misma guisa en aquella manera que era ordenada la suya en el cielo, e puso al rrey en su logar cabeza e comienço de todo el pueblo assí como puso sí mismo cabeza e comienço de los ángeles e de los archángeles, e diol poder de guiar su pueblo e mandó que todo el pueblo en uno e cada uno omne por sí reci-

(16) FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ: 2000, 263-283.

(17) FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ: 1992, 40 y ss. *Vid.* también RICO: 1984², donde se muestra cómo Alfonso X, a través de la *linna*, lleva sus orígenes hasta el mismo Júpiter, modelo de gran gobernador e intelectual e igualmente encomendado a la tarea de la vulgarización de los saberes y dador de leyes, y con quien el monarca se identifica.

(18) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 302; FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ: 2000, 277-278.

biesse et obedesciesse los mandamientos de su rrey e quel amassen e quel temiessen e quel guardassen tan bien su fama e su ondra como su cuerpo mismo... (*Fuero Real* I, II, 2) (19).

E los fantos dixeron que el Rey es señor puefto en la tierra en lugar de Dios, para conplir la juftiça, e dar a cada vno su derecho. E porende lo llamaron coraçon, e alma del pueblo. Ca así como yaze el alma enel coraçon del ome, e por ella biue el cuerpo, e se mantiene, así enel Rey yaze juftiça, que es vida e mantenimiento del pueblo de su señorio [...] E naturalmente dixeron los fabios que el Rey es cabeça del reyno, ca así como dela cabeça nacen los fentidos, por que se mandan todos los miembros del cuerpo, bien así por el mandamiento que nace del Rey, que es señor e cabeça de todos los del reyno, se deuen mandar e guiar, e auer vn acuerdo conel para obedecerle e amparar, e guardar, e acrefcentar el reyno. Onde el es alma e cabeça e ellos miembros... (*Partidas* II, I, 5) (20).

y, por ende, es él quien debe establecer las leyes:

[E]n el nonbre de Dios Padre e Ffiiio e Sspíritu Ssanto, que sson tres personas e vn Dios.

Porque las voluntades e los entendimientos de los omes sson departidos en muchas guisas, por ende natural cosa es que los ffechos e las obras dellos non acuerden en uno; e por esta rrazón vienen muchos males e muchas contiendas e muchos danos en las tierras sobre los pueblos. Onde conuiene al rrey, que á de tener e guardar ssus pueblos en paz e en iustiça e en derecho, que faga leys e posturas por que los departimientos e las voluntades de los omnes sse acuerden todas en vno por derecho... (*Espéculo*, Prólogo) (21).

Estos reflejos y correlatos del ideario político alfonsí en las obras históricas y jurídicas son muestra más que evidente de la existencia de un proyecto bien planeado y madurado (22).

Sin embargo, ese proyecto, esencialmente el de una monarquía de corte absolutista, no prosperó. Los objetivos deseados no fueron finalmente alcanzados y las primitivas intenciones tuvieron que ceder quizá ante la oposición general consolidada entre 1272 y 1274. Cuando el rey se vio obli-

(19) *Fuero Real*: 188-189. Respetamos grafía y puntuación de esta edición.

(20) Gregorio LÓPEZ: fol. 5r. Respetamos grafía y puntuación de esta edición.

(21) *Espéculo*: 101-102.

(22) FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ 2000 marca las cuatro directrices principales del ideario político del rey que presentan correlación en las *Estorias*: a) la autoridad de que está investido el señor natural es de origen divino; b) el valor trascendental para el pueblo que representa el ejemplo de la figura real; c) la necesidad de mantener unidos los territorios sujetos a la autoridad de un señor natural, y d) el monopolio legislativo del rey y la unificación jurídica por él emprendida encuentran su antecedente en las leyes vigentes en tiempo de los godos (neogoticismo).

gado a cambiar su programa político y la definición de su propia figura como modelo regio, bien por la oposición y presión de nobleza, municipios y clero, bien por el “fecho del imperio”, bien por las cuestiones sucesorias que tanto dolor y desvelos causarían al rey en sus últimos años, bien por su deposición y recogimiento en Sevilla, también fueron corregidos, reelaborados o transformados los textos que lo argumentaban, justificaban y, finalmente, lo aplicaban, esto es, la obra histórica y la jurídica.

Los conceptos historiográficos de *linna*, *translatio imperii*, *señorío* y *saber* son esenciales para entender el modelo de pensamiento que origina los proyectos político-jurídico, historiográfico y cultural, esto es, el proyecto vital de Alfonso X. Estos conceptos, que generalmente se consideran “historiográficos”, aparecen igualmente en las *Partidas* o en el *Setenario*. Al leer el prólogo general de la *Primera Partida* no podemos dejar de entender que lo que allí expone Alfonso, sus obligaciones como gobernante y legislador y la manera en que se justifican, obedece a los mismos planteamientos que también fundamentan y sostienen la *Estoria de España* o la *General Estoria*.

Cabe, pues, a este respecto preguntarse si es posible, por ejemplo, desligar la revisión de la *Estoria de España* que desemboca en la que se conoce como *Versión crítica* de la última revisión de la *Primera Partida* que da lugar al *Setenario*; o del mismo modo, si podemos dejar de reconocer cierta relación entre *Partidas* VII, xxiv, 6 en la cuarta *Cantiga de Santa María*. Todas sus empresas, incluso las más literarias, exhalan sentido y orientación políticas y están principalmente dirigidas a justificar su figura y sus actuaciones como gobernante.

Nos atreveríamos a decir, por tanto, que no sólo no podemos no dudar de la existencia de un proyecto legislativo, sino que se hace evidente que la mentalidad regalista de Alfonso X, con importante fundamento neogotista, subyuga, organiza y constituye todos los demás aspectos de la vida y obra del rey Alfonso, incluso aquellos por los que el rey alcanzó el nombre de Sabio.

LAS SIETE PARTIDAS

En lo que concierne al conocimiento del carácter del texto las *Siete Partidas*, de su valor relativo, de su historia textual, ejecución y transmisión, como decimos, todo son hipótesis, y hasta el momento todas las propuestas, bien sobre aspectos generales, bien sobre problemas concretos, se basan en exámenes parciales de los textos. Sobre las fuentes y la estructura tampoco es mucho lo que se ha aportado. El grueso de la discusión ha girado en torno a la *Primera Partida*, al examen de los prólogos, los epí-

grafes y los cuatro primeros títulos. Las anunciadas ediciones verdaderamente críticas aún se esperan. Mucho de lo apuntado sobre este viejo código, desde que modernamente se renovó el interés por su estudio, es del todo provisional. En este sentido, el defectuoso conocimiento de los textos impide que, hasta el momento, se haya ofrecido una explicación satisfactoria de qué son realmente las *Partidas*, a qué responden, cuáles fueron los verdaderos motivos y propósitos que impulsaron su creación.

El interés de los juristas de todos los tiempos por las *Partidas* es evidente y prueba de ello son la multitud de copias manuscritas existentes, hecho al que ya hemos aludido. Alfonso XI ya mencionó en 1348 la diversidad textual de las *Partidas* y los problemas que de ello se derivaban. En el tránsito a la Edad Moderna, juristas como Alonso DÍAZ DE MONTALVO, a finales del siglo XV, o Gregorio LÓPEZ, ya mediado el siglo XVI, demuestran el interés que la obra suscitaba, llevando a cabo los primeros intentos de fijar un texto único de las *Partidas*, texto que superase las dificultades que suponía aplicarlas jurídicamente dada la diversidad y variedad de testimonios existentes. En el siglo XIX cobra fuerza de nuevo el interés por el estudio de los códigos alfonsinos: la Real Academia de la Historia lleva a cabo en 1807 una edición de las *Siete Partidas*, cuya novedad fue la de anotar algunas de las variantes que ofrecían los manuscritos manejados para la edición. Destaca en este empeño la figura de Francisco MARTÍNEZ MARINA, quien era por entonces director de la RAH, y cuyo *Ensayo histórico-crítico* de 1808 planteó cuestiones inéditas hasta la fecha y con las que ofreció una primera orientación acerca de la obra legislativa de Alfonso X (23). Aunque en muchos aspectos han sido superados, es sorprendente constatar que gran parte de los planteamientos de MARTÍNEZ MARINA acerca de las *Siete Partidas* y de la obra jurídica en general del rey Sabio siguen estando vigentes y que, en gran medida, la crítica moderna continúa trabajando sobre muchas de las cuestiones destacadas por él hace ya casi dos siglos; el *Ensayo* sigue siendo, pues, de obligada consulta para aquellos que de un modo u otro se acercan a la labor legislativa del Alfonso X el Sabio, incluso para los más especializados.

Ya en época moderna, casi ciento cincuenta años después de la publicación del *Ensayo*, surge la figura de Antonio GARCÍA-GALLO (24), quien desde 1951 dedicó gran parte de sus trabajos al análisis del conjunto de

(23) También destacan en el siglo XIX las figuras de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA: 1848, I-XLVI; y Joaquín GARCÍA GOYENA: 1886, 141-166.

(24) Muchas han sido las aportaciones al estudio de la obra jurídica alfonsí en su conjunto, de las que sin duda cabe destacar GARCÍA-GALLO: 1951-1952, 345-528; insiste con algunas rectificaciones en 1976: 609-70 y en las diferentes ediciones de su *Manual*.

la obra alfonsina, varios de ellos enfocados específicamente a las *Siete Partidas*. Si bien en muchos aspectos sus planteamientos generales están muy cuestionados o totalmente superados, hay que reconocer la dedicación al estudio del gran código alfonsino y el mérito de haber sido el primer estudioso que modernamente ha intentado dar un sentido global a la labor legislativa alfonsí –aunque, como veremos, las ideas preconcebidas que planean sobre su discurso, como la (para él) imposible idea de que Alfonso X pudiera haber dado comienzo a la redacción de tres textos legales, *Fuero Real*, *Espéculo* y *Siete Partidas* entre 1254 y 1256, le conducen a proponer cronologías peregrinas que se vio obligado a matizar continuamente–. No obstante, de los planteamientos sobre la labor legislativa alfonsina de GARCÍA-GALLO –o más bien de la negación de éstos– es de donde han partido todos los estudiosos posteriores que se han ocupado de la obra jurídica alfonsí.

Los historiadores del derecho se acercan sucintamente a los textos, siempre desde el punto de vista de la historia jurídica y raras veces desde un punto de vista textual (al que en ocasiones restan o niegan importancia). Por suerte o por desgracia, aun desde los puntos de partida, las opiniones vertidas y las conclusiones de las principales autoridades al respecto son dispares, como mínimo, en los puntos fundamentales.

Algo más recientemente, estudiosos como J. R. CRADDOCK (el primer filólogo en interesarse plenamente por la obra legislativa de Alfonso X el Sabio), J. A. ARIAS BONET y R. A. MACDONALD se han aproximado en fundamentales estudios de diverso carácter a los textos, y han lanzado interesantes hipótesis que, como cabía suponer, no coinciden con las ofrecidas por Alfonso GARCÍA-GALLO –empezando por la cronología de los textos, por ejemplo, y siguiendo con mucho de lo demás–. Otro historiador del derecho que ha dedicado innúmeras páginas a la obra legal del rey Sabio, A. IGLESIA FERREIRÓS, apunta la necesidad y la conveniencia de editar los textos –a pesar de que no duda en mostrar su desconfianza en las ediciones de los “lingüistas” (1986: 280-281)–, ya que, en su opinión, mientras esto no ocurra toda hipótesis estará apoyándose en la nada.

Dos, aunque estrechamente relacionados, siguen siendo los puntos oscuros en la historia del estudio de las *Siete Partidas*: la fecha de composición y las aparentes versiones (de donde se derivan los problemas de la autoría y del propósito o finalidad del código), por un lado, y la promulgación del texto y su fuerza o validez legal, por otro. Ambos son puntos complejos y en ellos ha estallado la más fuerte polémica entre los diferentes estudiosos.

El otro aspecto fundamental para comprender la obra jurídica alfonsí es la relación entre todos los textos jurídicos que el rey ordenó componer; la materia es algo menos espinosa, aunque no exenta de controver-

sia, pues el valor no sólo legislativo, sino también textual de las *Siete Partidas* se relativiza, a su vez, en función del valor que se le atribuya a cada uno de los otros textos jurídicos alfonsinos y de cómo se defina y establezca la relación entre todos ellos. El vínculo más estrecho existente entre los textos legislativos alfonsíes es el que halla entre las *Partidas* y el *Espéculo*, aunque está aún por definir y establecer en muchos aspectos la verdadera dimensión de la relación. Lo que se viene afirmando hasta ahora es que las *Partidas* fueron, en un primer estadio, la reformulación o refundición del texto del *Espéculo*. Nadie ha negado la evidente relación de los dos textos, pero los procesos por los que una obra se transformó en la otra han sido descritos de diferente manera. También son varias las opiniones sobre el valor legal que pudiera haber poseído el *Espéculo*, lo que —como ya hemos apuntado— conduce a diferentes estados de opinión en torno a la creación del texto de las *Siete Partidas*: su valor jurídico, su confección en tiempos de Alfonso X, incluso su promulgación y, en consecuencia, su inclusión efectiva en el proyecto político-legislativo.

Urge el estudio y el cotejo de todos los testimonios de las *Partidas*, trabajo previo e indispensable para una edición crítica y que arrojará algo de luz y verificará o rebatirá lo dicho hasta ahora a partir de los exámenes parciales que de los textos se han venido haciendo. Pero para poner en pie y en orden este anciano monumento jurídico no será suficiente llevar a cabo la tarea exclusivamente con las *Partidas*. También son necesarias ediciones críticas del *Espéculo*, del *Fuero Real* y del *Setenario*, así como identificar, estudiar y editar debidamente las fuentes (muy pocas son las que por ahora se han localizado con seguridad).

Ante este largo recorrido pendiente, es nuestro propósito contribuir en esta necesaria y utilísima tarea con este trabajo, que esperamos proporcione, a la luz de los textos, algún dato útil que esclarezca un poco más el camino. Como ha afirmado IGLESIA FERREIRÓS (1986), existe el peligro de que todas las hipótesis que hasta ahora han sido propuestas puedan venirse abajo si la base que ofrecieran los textos, hoy por hoy sin estudiar, no las soportase.

HISTORIA DE UNA EDICIÓN

Según anuncia el epígrafe que acompaña a algunos de los testimonios de la *Primera Partida*, éstas fueron compuestas en el período que va desde 1256 hasta 1265 (o entre 1256 y 1263, según el prólogo de otra de las versiones). Desde entonces nada se sabe de ellas con certeza hasta 1348, año en que Alfonso XI afirma que, hasta ese momento, jamás fueron publicadas ni tuvieron fuerza como leyes; nos advierte cómo mandó recopilar

todos los textos conocidos de las *Partidas* e hizo “enmendar y concertar” las divergencias que mostraban entonces; después las integra con carácter supletorio en el *Ordenamiento de Alcalá*, concediéndoles así, por vez primera, según su testimonio, fuerza legal. No obstante esa tarea de “enmienda” –signifique lo que signifique y si llegó a realizarse de forma efectiva–, en los siglos posteriores la obra siguió copiándose y transmitiéndose con esas divergencias advertidas ya en el XIV. En 1491, Alonso DÍAZ DE MONTALVO publica en Sevilla el primer texto impreso de las *Siete Partidas* (25). El interés de la edición de MONTALVO reside en que fue un texto glosado y concordado con el *Ordenamiento Real* (26). Parece ser que no agradó mucho la edición de MONTALVO a los que debían manejarla, por lo que se solicitó una revisión del texto, revisión que no se hizo realidad hasta 1555. Éste es el año en que el Licenciado Gregorio LÓPEZ finalmente logró publicar en Salamanca un texto también glosado de las *Siete Partidas*, edición que marcará un hito en la historia del texto, pues a través de Real Cédula del 7 de septiembre de ese mismo año el emperador Carlos V lo reconoció como texto oficial y único aplicable en los tribunales de justicia (27). Posteriormente, en 1807, la Real Academia de la Historia llevó a cabo su edición, no exenta de una importante polémica que perdura hasta hoy. La edición académica nació con un objetivo más científico y fue un buen intento de edición crítica, pero se le puede objetar la carencia de rigor metodológico. Los criterios anunciados en la introducción de la edición se cumplieron en la *Primera Partida*, pero los buenos propósitos apenas se hicieron efectivos en el resto de la obra: no se utilizaron en el cotejo todos los testimonios existentes y, además, éste tampoco fue exhaustivo ni tuvo lugar en todo momento. Aparte de estas carencias, achacables a una forma de editar previa a una metodología moderna, la edición académica también ha sido acusada de tendenciosa, ya que el respeto profesado a la edición autorizada en 1555 –plenamente vigente hasta la llegada del Código Civil en 1889– fue el motivo del mencionado análisis parcial, cuyos resultados no podían contradecir al texto legalmente válido. Desde la edición de 1807 no se ha vuelto a emprender una

(25) Además de las dos ediciones sevillanas de 1491, la obra conoció ediciones en Venecia, 1501 y 1528; Burgos, 1528; Lyon, 1528, y Alcalá de Henares, 1542.

(26) Obra encargada por los Reyes Católicos a MONTALVO, en la que debía recopilar toda la legislación real castellana conocida. Se conoció también como *Ordenanzas reales de Castilla* y, más comúnmente, como *Ordenamiento de Montalvo*.

(27) Fue también editada en Salamanca, 1576 (2 eds.) y 1580; Valladolid, 1587-1588; Madrid, 1598, 1610-1611, 1789, 1829-1831, 1843-1844 y 1974; Valencia, 1758, 1759 y 1765; Barcelona, 1843-1844 (con la traducción castellana de la glosa). Se reprodujo con su glosa en *Los códigos españoles concertados y anotados*, Madrid, 1847-1831 (vols. II-V), reimpresa sin glosa en 1872-1873. También sin la glosa latina se incluyó en la *Colección de códigos y leyes de España*, Madrid, 1857, y de nuevo, en los *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885.

edición completa de las *Partidas*, salvo algunas reediciones facsimilares de éstas.

Ya en época mucho más reciente ha despertado de nuevo cierta actividad editorial y se ha publicado el texto de manuscritos y fragmentos, como es el caso de las de J. A. ARIAS BONET (1975), J. AZEVEDO FERREIRA (28), F. RAMOS BOSSINI (29) y A. JUÁREZ BLANQUER y B. RUBIO FLÓREZ (30). En todos los casos los editores transcriben un único testimonio y una única *Partida*, despreocupándose de las demás.

Existen actualmente otros proyectos que planean acometer el estudio o la edición de las *Partidas*, como el que se ha emprendido bajo la dirección de A. PÉREZ MARTÍN (31), catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Murcia. Según las directrices que PÉREZ MARTÍN marca para efectuar su edición, es difícil calificarla como crítica *sensu stricto*. El objetivo de esta edición de las *Partidas* es exclusivamente la anotación de las variantes textuales manteniendo el texto de Gregorio LÓPEZ, pero esta acumulación de variantes no conforma una verdadera edición crítica, en la que debería reconstruirse la historia de la tradición textual y ofrecerse una propuesta crítica del texto. Mientras redactábamos el presente trabajo salió a la luz una edición del texto íntegro, la realizada por SÁNCHEZ-ARCILLA (2003). La edición no tiene ningún valor filológico ni científico, como el mismo autor declara, sino meramente divulgativo, por lo que la edición se ha “gestado” a base de amalgamar las tres ediciones antiguas (DÍAZ DE MONTALVO, Gregorio LÓPEZ y la académica) y de modernizar la lengua, y no sólo a nivel gráfico, sino también paremiológico. Como resultado, es claramente observable cierta falta de conexión entre los diferentes equipos encargados de la edición de cada *Partida* o sección, hasta el punto de que existe en alguna ocasión alguna incoherencia entre lo afirmado en la introducción respecto al texto y lo que éste refleja (32); a ello hay que sumar, además, un número importante de errores tipográficos.

No es juicioso seguir ofreciendo hipótesis o teorías en torno a la política legislativa de Alfonso X exclusivamente desde el punto de vista histórico-jurídico; no es razonable basarse en ediciones auriseculares o decimonónicas o en transcripciones de testimonios únicos o concretos. Ante la escasez de ediciones fiables, parece llegada la hora de abordar las tan necesarias ediciones críticas de los textos jurídicos alfonsíes desde el úni-

(28) Vid. n. 2 y también Parte IV, capítulo I, § 1.6 y 2.

(29) RAMOS BOSSINI: 1984.

(30) JUÁREZ BLANQUER y RUBIO FLÓREZ: 1991.

(31) En PÉREZ MARTÍN: 2000, 314-318, se da la noticia del proyecto de la edición.

(32) Vid. Parte IV, capítulo II, § 5, del presente trabajo.

co proceder capaz de ofrecer un texto satisfactorio: la crítica textual y la filología (33), cuyos métodos de análisis nos conducirán no sólo al establecimiento de un texto crítico, sino que también nos harán conocedores de la historia particular de cada testimonio y de una tradición manuscrita que es testigo no mudo de al menos tres siglos de la historia jurídica española. No hemos de olvidar el carácter abierto que posee el texto en la Edad Media. Ningún testimonio, pues, carece de valor, tanto en cuanto a sujeto de la transmisión de un texto como en cuanto testigo del contexto histórico del que surgió. Pero sólo reconstruyendo el papel que cada uno ocupa en la cadena transmisora podremos llegar a entender mejor el texto de las *Partidas*, texto que, hoy por hoy, sigue siendo de oscura génesis en complejas circunstancias históricas y políticas, y de una no menos oscura transmisión a través del tiempo hasta que, mediado el siglo XVI, Carlos V sancionó la edición de Gregorio LÓPEZ.

(33) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 280-281, expresa sus temores acerca de las ediciones llevadas a cabo por los lingüistas, pues, según su opinión, los fundamentos y justificaciones de estas ediciones se hallarán en motivos lingüísticos y otorgarán mayor valor a aquellos textos cuyo estado de lengua sea más próximo a la época alfonsí y nunca a aquellos textos que recojan el estado jurídico más propio de la época. No obstante la parcialidad de los puntos de vista únicos, creo que el rigor y la minuciosidad metodológica de la crítica textual, más un profundo conocimiento de la lengua medieval, no puede más que ofrecer un texto óptimo, con cuya calidad y solvencia no puede competir un simple cotejo de textos con la única finalidad de rescatar un presumible estado jurídico, hecho que, por otra parte, no se entiende bien, pues de lo que se trata es de reconstruir un texto y una tradición muy parcialmente conocidos y, en definitiva, llegar al texto (o textos) más próximo(s) a aquel que salió del taller alfonsí. Partir de conceptos jurídicos para el análisis del texto de las *Partidas* es peligroso, ya que se tiene en la mayor parte de los casos una idea preconcebida sobre el valor y la función a la que la obra estaba destinada. Por otro lado, cabe decir que el temor de IGLESIA FERREIRÓS es infundado, pues, aunque el conocimiento de la lengua será muy útil, no será nunca la base metodológica de una edición crítica: el estado lingüístico más antiguo de un texto no implica que el testimonio que recoge sea más correcto y fiable, pues, en ocasiones, los textos más modernos contienen versiones más correctas y completas; apuntamos como simple ejemplo de esto el caso manuscrito para la *General Estoria*, manuscrito compuesto por el sistema de pecia en el siglo XV, desechado por los editores, pero que contiene fragmentos no conservados en el resto de la tradición manuscrita. En definitiva: *ulteriores non deteriores*. Finalmente, no han de descartarse en ningún momento los apoyos que el derecho, sin duda, proporciona —es más, creemos firmemente que no puede llevarse a cabo una edición de estas características sin una intensa colaboración interdisciplinar—, pero partir de un punto de vista exclusivamente jurídico puede ser el peor condicionante que se le pueda imponer a la edición crítica de un texto como las *Partidas*.

II. Parte 1.ª

CAPÍTULO I

LA SITUACIÓN JURÍDICA EN EL SIGLO XIII (34)

1. El *Ius commune*

Desde el siglo XI, y más claramente en el siglo XII, se produce lo que se ha convenido en denominar el “despertar cultural de Occidente”. Este “despertar” tuvo su origen en una cadena de acontecimientos que comenzó con la revitalización de la vida agraria; ésta fomenta el tráfico mercantil y propicia una mayor circulación monetaria; el estado de bonanza redundante en el incremento de la población y el auge de las ciudades, en las que finalmente tiene lugar este renacimiento cultural del siglo XII. Europa en este tiempo se halla presidida por la idea de unidad: existe una noción de unidad religiosa y política, heredada del Imperio y base del patrimonio cristiano-europeo; la cultura conforma otro factor más de unión, pues el *Saber* no tiene fronteras. En un primer tiempo, las escuelas surgidas en las renacidas ciudades, y después los *Studia generalia* y las universidades, son centros y agentes de intercambio y difusión de los *Saberes* europeos. Teología, Filosofía, Medicina y Derecho se funden en un conglomerado cultural, síntesis del pensamiento medieval europeo. Dentro de este contexto se hace necesaria y se reclama la revitalización del Derecho –algo poco explicable en una sociedad completamente agraria y feudal–. Y es en algunas ciudades de Italia particularmente donde se lleva a cabo la renovación del Derecho, un Derecho que pueda dar cuenta de las necesidades surgidas de la nueva vida europea. Es ésta la coyuntura histórica en que tiene lugar el renacimiento del Derecho justinianeo.

Por otra parte, la unidad política, religiosa y cultural intentó funcionar como un todo armónico presidido por dos potestades: el Papa y el Emperador, la potestad espiritual y la potestad temporal. Sobre la base del *unum*

(34) Es mucha la literatura respecto a la situación jurídica en el siglo XIII, a sus precedentes y a la historia del *Ius commune* de los que aquí haremos una pequeña semblanza para situar las referencias tanto jurídicas como históricas que habremos de manejar continuamente de aquí en adelante. Como introducciones generales se puede consultar un extensísimo número de Manuales y Cursos de Historia del Derecho: *vid.*, por ejemplo, GARCÍA-GALLO: 1977; GACTO, ALEJANDRE Y GARCÍA: 1982; IGLESIA FERREIRÓS: 1986 y 1988; TOMÁS Y VALIENTE: 1997; PÉREZ-PRENDES: 2004. Para aspectos concretos como la formación y recepción del *Ius commune*, además de los capítulos correspondientes en las Historias del Derecho, existen también innumerables trabajos: CALASSO: 1951; MARTÍNEZ Díez: 1980; PÉREZ MARTÍN: 1981 a, 1985, 1992 b, 1999 y 2000; IGLESIA FERREIRÓS: 1986; GARCÍA Y GARCÍA: 1992, y la semblanza de política alfonsí y sus antecedentes, GARCÍA-GALLO: 1977; MACDONALD: 1984; IGLESIA FERREIRÓS: 1986; FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ: 2000; VALDEÓN: 1984, 2003; PÉREZ-PRENDES: 1984, 2004.

imperium, concepto unitario de sociedad, se pretendió implantar un *unum ius*. El Derecho que ha de nacer al amparo de dicha unidad no es otro que el Derecho común; estaba conformado por el remozado Derecho romano-justiniano y el Derecho de la Iglesia –esto es, el Derecho civil y el Derecho canónico–, y, en menor medida, por el Derecho feudal, conjunto que debe su renovada vitalidad a la labor de los glosadores y los comentaristas.

1.1. Derecho romano-justiniano, glosadores y comentaristas: el *Corpus iuris civilis*.

Desde el renacimiento carolingio el saber se transmite fundamentalmente en las escuelas monásticas y episcopales sobre el sistema clásico de *trivium* (DONATO, PRISCIANO, CICERÓN, PORFIRIO, etc.) y *quadrivium* (EUCLIDES, PLINIO, etc., a los que habrá que añadir la visión panorámica de San Isidoro). Sin embargo, en el siglo XII se produjo cierta secularización de los medios de educación y enseñanza y se pasó de los *scriptoria* de las escuelas monásticas, donde la ciencia se estudiaba, copiaba y conservaba (Montecassino en Italia, Bec en Normandía o Ripoll en Cataluña), a las escuelas urbanas, donde se recogen los saberes tradicionales como la Teología o la Filosofía y se traducen en un ambiente más abierto (Bolonía, Pavia o Rávena en Italia; Orleáns, Chartres o París en Francia; Toledo en España). Algo más tarde, ya en el siglo XIII, surgieron las universidades de Italia, Francia, España e Inglaterra, los *Studia generalia* a los que acuden estudiantes de todas las nacionalidades.

Desde finales del siglo XI, y a la par de la renovación de las escuelas, se produce también la renovación de los métodos de enseñanza. Corriendo con los nuevos tiempos, surgen figuras, como la de Pedro Abelardo, que defenderán el valor de la razón humana, ahora preponderante a la hora de analizar los textos clásicos, especialmente a ARISTÓTELES. El nuevo método es la Escolástica, fundamentada en la dialéctica y la lógica aristotélica: la búsqueda de soluciones a los problemas intelectuales se produce a través de la *quaestio*, la *disputatio* y la *sententia*. La importancia de la Escolástica como método de trabajo en el estudio del Derecho es esencial durante los siglos XII-XIV. El sustrato metodológico lo proporciona la obra de ARISTÓTELES, conciliada con el pensamiento cristiano a través de las obras de San Alberto MAGNO y de Santo Tomás DE AQUINO. Los juristas de este período, glosadores y comentaristas, se apropian del método escolástico obviando todo planteamiento filosófico.

Pero, ¿cuáles son los textos que trabajan los juristas medievales? A mediados del siglo VI, Justiniano, emperador de Bizancio, trata de restaurar las obras de pensamiento jurídico de la época clásica. Realiza así una nue-

va recopilación del Derecho romano que integra diferentes elementos: el *Código* (*Codex*), que es una recopilación de constituciones desde Adriano hasta el propio Justiniano; las *Instituciones* (*Instituta*), manual elaborado sobre la base de las *Instituciones* de GAYO y destinado a la enseñanza; el *Digesto* (*Digestum* o *Pandectas*), una sistemática recopilación de la jurisprudencia clásica, y las *Novelas* (*Novellae*), las constituciones posteriores al *Código*. Desde el siglo VI las *Novelas* ya aparecen recogidas en dos colecciones: una, italiana, conocida como *Auténtica* (*Authenticum*); la otra, bizantina, conocida como *Epítome de Juliano* (*Epitome Iuliani*). Este conjunto de obras será conocido desde finales del siglo XII como *Corpus Iuris*.

Se ha dicho que la obra justinianeana no fue conocida en el Occidente europeo hasta el siglo XI. En efecto, la caída del Imperio romano de Occidente debió dificultar en gran medida la penetración de la recopilación de Justiniano en esta parte del mundo. Sin embargo, se han aducido algunas razones que hacen pensar que el Derecho justiniano sí fue conocido en Europa occidental antes del siglo XI. En primer lugar, cabe destacar que el Imperio de Oriente poseyó algunos territorios en el Sur y Levante español y, en buena lógica, aceptaremos que el Derecho aplicado en estos territorios pudo ser el de la recopilación justinianeana. Por otra parte, algunos autores han apuntado algunos factores que demostrarían que la práctica y la enseñanza del Derecho romano no llegó a extinguirse en Italia entre los siglos VI-XI, si bien sufrió un importante retroceso a partir de la invasión longobarda. Según CALASSO, en los territorios italianos dominados por Bizancio (Roma, Rávena, Sicilia, Cerdeña...) el propio Justiniano introdujo su recopilación a través de una pragmática sanción en 554. Y en los territorios dominados por los longobardos, el Derecho romano no fue abolido totalmente, puesto que se respetó el principio de personalidad del Derecho, de modo que el Derecho romano se aplicaba a la población de origen romano. Finalmente, el hecho de que la Iglesia se regulase con arreglo al Derecho de Roma debió de ejercer gran peso en la conservación de éste, y aún más tras abandonar los longobardos el arrianismo en el siglo VIII. Estos factores no sólo serían la prueba de la permanencia, si bien muy mermada, del Derecho romano en Italia, sino que además son los que separan el destino jurídico de Italia de la vida jurídica del resto de la Europa occidental. Italia, la más cercana heredera del Imperio romano, fue depositaria del Derecho de la recopilación justinianeana. Pero, a pesar de la supervivencia, la obra de Justiniano fue conocida de manera fragmentaria durante estos siglos. Así sucede con el *Código* o las *Instituciones*. Otros textos, como el *Digesto* y las *Novelas*, no llegaron a conocerse o sólo a través de textos intermedios (las *Novelas* serán conocidas sólo a través de la versión del *Epítome de Juliano*). Además, en

la Alta Edad Media todavía el Derecho no tiene independencia científica, sino que forma parte de los estudios en las escuelas de Retórica.

Antes del siglo XI, el *Código* y las *Novelas* fueron objeto de cierta actividad exegética en Roma y Rávena. Peor suerte corrieron el *Digesto* o las *Instituciones*, obras cuya complejidad y tecnicismo las hicieron inaccesibles en estos años de escasos conocimientos jurídicos. Como ejemplos de la actividad glosadora del *Código* podemos citar obras como las *Summa perusina* y la *Glossa pistoiense* (siglo X). Caracteriza a los estudios sobre el *Código* el hecho de que se trabajó sólo sobre los nueve primeros libros, apartando los tres últimos dedicados al Derecho público y que no hallaban correspondencia con la vida europea de la Alta Edad Media. A partir posiblemente del siglo VIII, los nueve primeros libros del *Código* fueron compendiados, y en esa forma resumida son conocidos en la Edad Media. A esto quedaba reducida la actividad científica en torno a la obra de Justiniano en la Italia de los siglos VI-X. No obstante, se constata que, a mediados del siglo X, se producen algunas obras de cierto alcance y considerable difusión, especialmente en Italia y el sur de Francia, como las *Exceptiones legum romanorum Petri* y el *Corpus legum* o *Brachylogus iuris civilis*. Fuera de Italia, los estudios jurídicos eran escasísimos o nulos: se reducían al conocimiento del *Breviario de Alarico* en algunas zonas del sur de Francia y el *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* en la Península Ibérica.

En el siglo XI se produjo un incremento notable en el interés por el Derecho: en la capital longobarda se crea una escuela de Derecho cuyos trabajos enlazarán con la labor de glosadores y comentaristas de los siglos posteriores. Los que serán conocidos como “lombardistas” elaboraron un Derecho propio que se ajustaba a sus necesidades, basándose en el Derecho romano. De este período cabe destacar por su importancia dos obras en las que se aprecian ya los métodos del Derecho romano: el *Liber papiensis* y *La Lombarda*.

Pero será en el siglo XII, al amparo del “renacimiento cultural”, cuando se dé el gran paso cualitativo con respecto a los estudios jurídicos: la escuela de Bolonia. El fundador de la escuela es un maestro de Artes Liberales conocido como Irnerio y cuya fama de jurista traspasa las fronteras. Irnerio hará de Bolonia el centro de estudios de Derecho más importante de la cristiandad y el punto de convergencia para una muchedumbre estudiantil de las más diversas procedencias, entre ellas, por supuesto, los reinos hispánicos. Nace entonces aquí un nuevo método de estudio del Derecho. Se abandonan las fuentes fragmentarias, los epítomes, las *summas*, propias de los siglos anteriores, para dar paso al estudio concienzudo de los textos completos del *Corpus iuris civilis*. El primer objetivo de los juristas boloñeses fue completar las lagunas en las fuentes justinianeas

sobre las que habrían de trabajar. En cuanto al *Código*, las *Instituciones* y las *Novelas*, no hubo problemas a la hora de su recuperación, ya que su conocimiento no llegó a extinguirse por completo en Italia. Respecto al *Código*, sólo se conocían algunas versiones epítomadas de sus nueve primeros libros, pero la aparición de nuevos manuscritos de éste y de las *Instituciones* permitieron la recuperación del texto íntegro. Por ello, la labor de los juristas se centró principalmente en el redescubrimiento del *Digesto*, fuente ignorada en los siglos anteriores. Los cincuenta libros del *Digesto* no se descubren de una sola vez, sino por partes, y las partes fueron denominadas según su orden de aparición: primero apareció la inicial, *Digestum vetus*; en segundo lugar, la última, denominada *Digestum novum*; en último lugar, la intermedia, *infortatium*. El hallazgo de los manuscritos permitió a los juristas boloñeses realizar una copia de los mismos conocida como *Littera Bononiensis* o *Littera vulgata*, sobre la que trabajaron; pero esta copia poseía importantes diferencias con respecto al *Digesto* original, lo que obligó a los juristas a corregir la versión boloñesa con otra versión del *Digesto* (datada entre los siglos VI-VII en Rávena), que apareció en Pisa en el siglo XI (*Littera Pisana*) y que reaparece en Florencia en el siglo XV (*Littera Florentina*).

La labor de reorganización, reconstrucción y depuración de los textos originales no se llevó a cabo de una vez, y no todos los textos fueron devueltos a su pureza primitiva. Pero a partir del siglo XII, como resultado de esta labor, se formará el *Corpus Iuris Civilis*. La base la proporcionó la antigua recopilación de Justiniano, a la que se añadieron algunos libros y constituciones posteriores. El *Corpus Iuris Civilis* estaba formado por cinco volúmenes: los tres primeros son los *Digestos* según fueron apareciendo (*Digestum vetus, novum* e *infortatium*); el cuarto volumen está compuesto por los nueve primeros libros del *Código* (lo que lo hace diferir del original justiniano); el quinto volumen, por los tres últimos libros del *Código*, los cuatro libros de las *Instituciones* y una parte de las *Novelas* (96 disposiciones de las 134) de la versión *Authenticum*; más tarde se le añaden a este quinto volumen los *Libri feudorum* y algunas constituciones de emperadores alemanes. Esto vino a desvirtuar el contenido del Derecho romano tal como lo había formulado Justiniano en su recopilación.

En la mentalidad de estos estudiosos jurisconsultos de la escuela de Bolonia, los textos que habían logrado recuperar seguían poseyendo valor normativo vigente. Es opinión general que la actitud reverencial profesada a los textos, junto a la carencia de formación filológica e histórica, propició en la escuela boloñesa una falta de la actitud crítica necesaria para la recuperación del corpus, de modo que las irregularidades contenidas en los textos pasaron muy a menudo inadvertidas. El *Corpus Iuris* poseía mul-

titud de defectos de diferente carácter, como la ambigüedad en la exposición de numerosos conceptos, lo que hacía difícil su comprensión e interpretación; la excesiva casuística; las contradicciones motivadas por la diferencia cronológica de sus disposiciones, y numerosas interpolaciones, algunas, ya de época clásica y, otras, de constituciones posclásicas.

El método de interpretación de los textos seguido por los juristas boloñeses (que llegaría a constituirse en todo un género) fue la *glossa*, y sus creadores de los siglos XII y XIII fueron conocidos como glosadores. La glosa consiste en aclaraciones del sentido de los textos realizadas utilizando el método escolástico. Existían dos tipos de glosas, la interlineal, que se utilizaba para aclarar el significado de los términos, y las marginales, que suponían una exégesis extensa que implicaba un desarrollo teórico. Pero la glosa no fue el único género jurídico empleado. Los boloñeses también se atrevieron con los *Commenta*, *Lecturae* y *Casus*, *Distinctiones*, *Dissensiones dominorum*, etc. De éstos destaca la *Summa*, que era un estudio sistemático de alguna de las partes del *Corpus Iuris*, generalmente el *Código*. La más antigua es la *Summa Trecensis*, de mediados del siglo XII y atribuida a Irnerio, aunque sin seguridad. Por las mismas fechas podemos situar *Lo Codi*, escrito en provenzal y traducido al catalán y castellano. A la segunda mitad de siglo pertenecen la *Summa Codicis*, de Rogerio y la de Placentino del mismo nombre. De principios del siglo XIII es la *Summa Codicis*, de Azzo de Bolonia, la última y más importante de todas.

La glosa decae en el primer tercio del siglo XIII. La ingente cantidad de glosas ha absorbido el texto original: el texto se perdía entre el cúmulo de glosas, de las que, además, no podía identificarse la paternidad. Por ello, Accursio se decide a poner fin a esta situación y redacta la *Glossa Ordinaria* o *Magna Glossa*, seleccionando las glosas más importantes, unas 90.000, y creando así el último exponente del género de la glosa. Con esto se facilitó el acceso de juristas y jueces al texto justiniano.

La actividad de los glosadores se enmarcó en la idea de fidelidad al legado cultural y jurídico de la antigua Roma, de la que también formaban parte, en su dimensión religiosa y política, el Pontificado y el Imperio. Además, el Derecho romano, a través de las escuelas, *Studia generalia* y las universidades se abría de nuevo a estudiantes de toda proveniencia a través de la lengua latina. En conclusión, el Derecho romano-justiniano, que jamás perdió totalmente vigencia, deviene en esta época (para los juristas) el Derecho del Sacro Imperio.

1.2. El Derecho canónico, Decretales y Graciano: el *Corpus Iuris Canonici*.

A partir de la unidad teórica del Sacro Imperio, la Iglesia reconoció la necesidad de forjar su propia unidad, refrendada simultáneamente por una *lex generalis*. La Iglesia de Roma luchaba por imponer la unidad eclesiástica sobre los particularismos de las diferentes Iglesias nacionales de los Estados bárbaros que comienzan a consolidarse. Pero, para lograr su objetivo, debía mejorar su organización interna y dotarse de un ordenamiento jurídico unitario.

A mediados del siglo IX, la Iglesia comienza a sistematizar orgánicamente su material legislativo. Las primeras colecciones jurídicas surgen en Francia, España, Alemania e Inglaterra y poseen un carácter nacional. De estas colecciones podemos destacar la *Collectio Anselmo dedicata*, de fines del siglo IX, y el *Liber Decretorum*, de Burcardo, de principios del siglo XI. A pesar de su carácter nacionalista, estas obras preparan el camino para la gran reforma gregoriana de finales del siglo XI, que marca el verdadero nacimiento del Derecho canónico. El artífice de la reforma fue Gregorio VII (1073-1085), y entre sus fines figuraban principalmente la lucha contra la relajación del clero, la resistencia contra la injerencia laica en la vida de la Iglesia (sobre todo en cuestiones de investiduras), la unificación litúrgica y el fortalecimiento del poder papal frente al poder de los señores temporales, especialmente frente al emperador.

La ambiciosa empresa política ensayada por Gregorio VII se puede concretar en tres puntos: primero, unificar la *lex ecclesiastica*, tratando de superar la heterogeneidad surgida de la consolidación de las Iglesias nacionales. Como resultado de esta iniciativa aparecerá recogido el Derecho general de la Iglesia en varias colecciones, como las *Collectio canonum*, de Anselmo DE LUCA (1081-1086) y del cardenal de Duesdedit (1083-1087), o el *Polycarpus*, del cardenal Gregorio (1104-1113). En segundo lugar, se tendió a una centralización legislativa: según el *Dictatus Papae* de Gregorio VII, el máximo poder legislativo corresponde a la máxima jerarquía eclesiástica. El Papa es, pues, el supremo legislador, y las decretales serán las normas específicas emanadas de su autoridad, que nunca serán superadas a las disposiciones surgidas de los concilios, los cánones conciliares: a partir de este momento, el Derecho canónico es una creación del Papa. Finalmente, se persigue la *plenitudo potestatis* que alejase la interferencia del poder temporal en cuestiones relativas a la Iglesia.

Pero para que la unificación jurídica tomase cuerpo hubo que esperar a Graciano, el gran recopilador del Derecho eclesiástico. Entre 1140 y 1142, el monje camaldulense y profesor de Teología en Bolonia que conocemos como Graciano compone una obra llamada *Concordantia discor-*

dantium canonum, más generalmente conocida por el *Decreto*. Bajo el método de la dialéctica, propio del momento en que trabajó, Graciano intentó conciliar los numerosos cánones existentes desde los siglos anteriores, muchos de ellos opuestos entre sí. Los criterios que siguió para organizar el heterogéneo material fueron: la conciliación de acuerdo con el espíritu de la norma (*ratione significationis*); cuando las normas proceden de tiempos diferentes, se aplica el principio de que la posterior deroga la anterior (*ratione temporis*); en cuanto al ámbito originario de la norma, se aplica el principio de que la particular deroga a la general (*ratione loci*); y por último, se emplea el criterio de dispensación cuando se comprueba que una norma ha eximido del cumplimiento de otra (*ratione dispensationis*). Aunque el *Decreto* no fue promulgado oficialmente, alcanzó un gran valor en la práctica, no sólo por su propio valor intrínseco, sino también por la autoridad de los materiales allí recogidos: concilios ecuménicos y locales (europeos, africanos y asiáticos), textos de las Sagradas Escrituras, de la Patrística y también fuentes romanas.

A partir del *Decreto* de Graciano, y siguiendo los postulados de Gregorio VII, la Iglesia basa su Derecho en la legislación pontificia. Aunque el *Decreto* cumplió la importantísima tarea de recopilar y unificar el Derecho canónico, surgió la necesidad de recoger lo que había quedado fuera de él, fundamentalmente las decretales papales, que comenzaban a proliferar en un período de gran actividad dispositiva de la Iglesia. A la necesidad de recoger la *Decretales extravagantes* (que habían quedado fuera del *Decreto*) responden las *Quinque compilationes antiquae* de entre 1190 y 1227, aunque pronto fueron abandonadas por lo imperfecto de su método (no poseyeron valor oficial). Así, algunos papas asumieron la tarea de recopilar las decretales pontificias. En 1230, Gregorio IX encarga a San Raimundo DE PEÑAFORT que reúna las disposiciones vigentes que no estuvieran en el *Decreto*. La obra, dividida en cinco libros, fue publicada en 1234, y conocida como las *Decretales de Gregorio IX* (también *Liber Extravagantium* o *Liber Extra*), reunía las decretales publicadas entre 1154 y 1234, junto con algunos cánones conciliares, textos de las Escrituras y otras disposiciones de carácter laico. Tiempo después, Bonifacio VIII ordenó recopilar las decretales dadas entre 1239 y 1298. La obra, también dividida en cinco libros, se denominó *Liber Sextus*, como clara continuación de la recopilación anterior. En 1314, Clemente V mandó recopilar las decretales posteriores a 1298, que se publican en 1317 con el nombre de *Clementinas* o *Liber Septimus*. Hubo otras recopilaciones, aunque de carácter privado, como la colección de veinte decretales dadas por Juan XXII (*Extravagantes Johannis XXII*) y también las *Extravagantes comunes*, donde se recogían las decretales que no aparecían en ninguna de las recopilaciones anteriores.

El conjunto formado por las recopilaciones de carácter oficial de las decretales, junto con el *Decreto* de Graciano, fue designado, desde finales del siglo XIV, con el nombre de *Corpus Iuris Canonici*, a imitación del *Corpus Iuris Civilis*.

1.3. Derecho feudal.

Las relaciones jurídicas entre señores y vasallos, así como las derivadas de la tenencia de castillos, eran bastantes complejas antes de que se completase la compilación romano-justiniana. Por ello, ya en el siglo XIII, Ugolino DE PRESBITERI decidió añadir como *Decima collatio* los *Libri feudorum* al *Authenticum* de la recopilación justiniana, hecho que determinó que el Derecho nacido de las relaciones feudales fuera estudiado como una parte más de la obra de Justiniano. Los elementos que integran el Derecho feudal son bastante heterogéneos: sentencias de cortes feudales, costumbres, fragmentos de obras de juristas, constituciones imperiales en materia feudal, etc. A pesar de ser un elemento ajeno al Derecho romano, los juristas tuvieron que concederle atención, pues las relaciones feudales que este Derecho regulaba constituían el entramado de la estructura social europea.

En Lombardía, tales relaciones feudales dieron lugar a algunas redacciones privadas que conocemos como *Libri feudorum*. La más antigua pertenece a la mitad del siglo XII y es conocida como redacción obertina (el texto acaba con una carta de Oberto de Orto, juez imperial en Milán). Fue objeto de reelaboración en el siglo siguiente por Jacobo DE ARDIZONE, reelaboración que se conoce como ardizoniana. Existe una tercera redacción atribuida a Accursio (redacción accursiana), quien habría utilizado una versión anterior de Jacobo COLOMBI, el cual, al parecer, se habría basado a su vez en una *Summa* de Pilio DA MEDICINA.

1.4. Formación del *Ius commune*.

La idea de unidad política, religiosa y cultural que, como hemos señalado, preside la mentalidad medieval, encontraba un gran escollo en la práctica política. Existían dos potestades para una monarquía universal, el Papa y el Emperador, que se oponían en atribuirse la primacía en el *dominium totius mundi*. El Pontificado atribuía –sobre todo desde la concepción teocrática de Gregorio VII– supremacía al Papa; el Imperio atribuía al emperador la total soberanía como señor del mundo, con independencia respecto del Papa. Los juristas reconocen la existencia de una doble monarquía para una “república cristiana” en la que el pueblo cristiano y romano coinciden, de modo que el Papa ejercía la más alta direc-

ción en los asuntos espirituales y el emperador en las temporales. Ambas potestades debían funcionar en perfecta armonía, como lo hacen el cuerpo y el alma; en consecuencia, ambos Derechos debían colaborar estrechamente para una mejor administración y dirección del orbe romano-cristiano.

Lentamente, y no sin tensiones, se fue forjando una unión entre la *lex mundana* y la *lex ecclesiastica*. En el campo jurídico, esta unión se entiende unitariamente bajo el lema *utrumque ius*, es decir, la vigencia de uno y otro Derecho (civil y canónico), coincidentes y unidos en cuanto al sistema normativo de la *utraque vita*; esta conjunción constituye el Derecho común de la cristiandad. Los comentaristas de los siglos XIV y XV serán los que difundirán la fórmula que, dentro del sentimiento de unidad medieval, sintetizaba la nueva unidad jurídica: *unum ius* para *unum imperium*.

Así surge el “Ius Commune” bajomedieval, un Derecho culto, no basado en la recopilación de costumbres, sino en la labor doctrinal de carácter interpretativo, por parte de los juristas, glosadores y comentaristas, sobre los textos romano-justinianeos, canónicos y del Derecho feudal.

1.5. Aceptación y rechazo en los reinos hispánicos: *Regni* vs. *Imperium*.

La penetración de este nuevo Derecho en los reinos hispánicos tuvo lugar prontamente, desde la primera mitad del siglo XII, pero con distintos niveles de intensidad. Se formaron diversos sistemas jurídicos basados en el Derecho común, aunque desarrollados autónomamente en cada una de las unidades políticas surgidas al amparo de la reconquista. Al igual que en otros reinos europeos, los reyes hispánicos prestaron apoyo (en ocasiones con actitudes ambiguas) a la introducción del nuevo Derecho, ya que en algunos de los principios del Derecho romano, interpretados por glosadores y comentaristas, apreciaban la posibilidad de reforzar su figura frente al reino. La afirmación de ULPIANO *quod principi placuit legis habet vigorem*, y aquella otra de *princeps legibus solutus*, por la que el rey se desliga de la obligación del cumplimiento de la ley, ambas contenidas en el *Digesto*, sientan las bases doctrinales del absolutismo regio. Por otro lado, la insuficiencia normativa de los Derechos de carácter consuetudinario y popular, formados durante la Alta Edad Media, para regular las novedades surgidas a consecuencia de los cambios económicos y sociales desde el siglo XI, propician la permeabilidad del Derecho común, cuya superioridad técnica, amplitud normativa y precisión institucional respondían adecuadamente al nuevo estado de las cosas. Otro factor que favoreció la recepción del *Ius commune* fue el clima jurídico que se había ido formando desde los siglos precedentes: la vigencia generalizada del

Liber Iudiciorum desde comienzos de la reconquista suponía una cierta pervivencia del Derecho romano. También es posible que el Derecho romano no desapareciera completamente en las escuelas monásticas, en los *scriptoria*. Si bien es cierto que en Cataluña se produce antes la romanización jurídica, quizá por estar más cerca de los centros difusores, no hay que pasar por alto las buenas relaciones que Castilla posee con Europa y la importancia que para este reino, y especialmente para Galicia, tuvo el Camino de Santiago. Sabemos que desde mediados del siglo XI existieron en Compostela escuelas o centros donde se incluían los estudios jurídicos; además, hay otros datos que revelan la aplicación práctica (en contratos y herencias principalmente) del Derecho común en Galicia desde mediados del siglo XII y, ya más frecuentemente, en el siglo XIII.

Los medios por los que el nuevo Derecho penetró en la Península Ibérica no se diferencian mucho de aquellos que facilitaron su penetración en el resto de Europa. La importación de las novedades se debió principalmente a los estudiantes de leyes que volvían desde Bolonia o Montpellier a sus regiones de origen; ligado a ello, no hay que olvidar que en el solar hispánico también se crearon los famosos *Studia generalia*, en los que, por un lado, profesores extranjeros difundían la nueva mentalidad jurídica y, por otro, se formaban promociones de juristas que como abogados, notarios, comentaristas y oficiales públicos contribuyeron igualmente a la difusión en la práctica del Derecho romano-justiniano (35).

Pero ante la novedad siempre se produce cierta resistencia. No se puede hablar en este caso de una oposición frontal, ya que el nuevo Derecho será aceptado paulatinamente, pero muchos de sus principios debieron ser modificados y hubieron de crearse otros nuevos. Los principales factores de resistencia a la penetración del Derecho común fueron uno de carácter político y el otro de carácter jurídico.

Ya vimos cómo se difundía en Europa la idea del *unum ius* para *unum imperium*. De este concepto nació una oposición entre el Derecho común, que regulaba el Imperio, y los *iura propria* de los diferentes reinos situados dentro del territorio imperial y formados con anterioridad a aquél. Los reyes no siempre admitían la superioridad del emperador y, en consecuencia, la vigencia de un Derecho pensado para prevalecer sobre los demás. Los juristas dirimieron el problema creado por el antagonismo entre reyes y emperador mediante dos procedimientos: uno, al atribuir a aquéllos la misma *plenitudo potestatis* que la que el Derecho romano concedía al emperador, y el otro, al romper la sujeción de los reyes respecto del emperador bajo el concepto de la *exemptio imperii*. Ambas ideas suponían la anulación del principio justiniano de que sólo el emperador

(35) Para un interesante panorama general, *vid.* GARCÍA Y GARCÍA: 1993-1994.

puede redactar leyes. A principios del siglo XIII comienza a difundirse la idea de que *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, esto es, que el rey no reconoce superior en lo temporal, sino que es en su reino lo que el emperador en el imperio. A su vez, el principio de la *exemptio imperii* será fundamentado de diferentes maneras por las distintas monarquías. Por ejemplo, en el caso de Francia, la *exemptio* se alcanza a través de la Decretal *Per Venerabilem* de Inocencio III. Muy diferente es el caso de los reinos hispánicos. El Estado visigodo de la Península Ibérica ya había alcanzado su *plenitudo potestatis* no sólo frente al Imperio de Oriente, a quien los visigodos retoman las zonas del sur y Levante, sino también frente a los francos, artífices del remozado Sacro Imperio. De ahí, por ejemplo, que sean escasas las noticias documentales de una formulación de *plenitudo potestatis* en el siglo XIII. Los reinos hispánicos nacidos al amparo de la reconquista eran herederos de un reino visigodo que ya había alcanzado su *exemptio imperii*. Cuando Alfonso X justifique su potestad para hacer leyes, lo hará basándose en los hechos de que él es propietario de su reino por herencia y no por elección (como lo era el emperador), y de que no reconoce superior alguno en lo temporal; sus facultades legislativas le vienen dadas tanto por el Derecho romano y canónico como por el visigodo:

Por mostrar a los omnes razones derechas por que el sobredicho rey don Alfonso ouo poder de fazer estas leyes.

Por fazer entender a los omnes desentendudos que nós, el sobredicho rey don Alfonso, avemos poder de fazer estas leyes, también cuemo los otros que las fizieron ante de nós e más, querémoslo mostrar por todas estas maneras, por razón e por fazaña e por derecho. Por razón, que si los emperadores e los reyes que los imperio e los regnos ovieron por elección pudieron fazer leyes en aquello que tovieron cuemo encomienda, quanto más nós, que avemos el regno por dercho de heredamiento. Por fazaña, ca non tan solamente los reyes de España que fueron antiguamente las fizieron, mas condes o juezes e adelantados que eran de menor guisa, e fueron guardadas fasta en este tiempo. E pues que éstos las fizieron, que avien mayores sobre sí, mucho más las podemos nós fazer, que por la merced de Dios no avemos mayor sobre nós en lo temporal. Por derecho, ca lo podemos provar por la leyes romanas e por el derecho de la Sancta Egleſia e por las leyes de España que fizieron los godos, en que dize en cada una d'éſtas que los emperadores e los reyes an poder de fazer leyes e de eñader en ellas e de minguar en ellas e de camiarlas cada que mester fuere. Onde por todas estas razones avemos complidamente poder de fazer leyes, e por ende queremos començar en el nombre de Dios (*LFL*, I, 1, 3: 9-10) (36).

(36) Corregimos algunos aspectos gráficos y la acentuación de la edición de ARIAS BONET allí donde nos parece necesario.

Derecho tradicional nacional y Derecho extranjero, si bien contienen en numerosos aspectos, supieron también ser conjugados para alcanzar los propósitos de gobierno de los reyes. Así, las oposiciones locales al Derecho común en cuanto Derecho del Imperio no impidieron que, como consecuencia de la equiparación entre reyes y emperador, los reyes aceptaran, como vimos, el Derecho romano que inicialmente sólo habría servido a los fines del emperador.

En cuanto a los factores jurídicos de resistencia a la penetración del Derecho común, hay que destacar principalmente la existencia de una larga tradición jurídica de carácter consuetudinario y popular que comenzaba a consolidarse en los reinos hispánicos del siglo XIII. La insuficiencia de estos Derechos propiciaba que fuesen completados con disposiciones del Derecho común, pero las diferencias de principios y soluciones entre ambos los hacían incompatibles en muchas ocasiones.

Dentro del Derecho tradicional existían ordenamientos locales cuya naturaleza, antigüedad y ámbito de aplicación diferían enormemente con el Derecho común. Por otro lado, existían ordenamientos territoriales de formación regia, impulsados en ocasiones por las Cortes, que fueron los más influidos por el nuevo Derecho. Tampoco hay que perder de vista el valor que en la práctica adquirieron la costumbre y el *Liber Iudiciorum* como fuentes supletorias que colmaban las lagunas de los Derechos tradicionales. Por tanto, el rechazo del Derecho común dependerá tanto del mayor o menor arraigo de los Derechos tradicionales como del carácter y la intensidad de uso de sus fuentes supletorias. El nuevo Derecho no pretende competir con los Derechos locales, cuyo ámbito de aplicación era mínimo con respecto a las pretensiones del Derecho imperial; sin embargo, sí influyó en los ordenamientos territoriales, infiltrándose en sus contenidos o constituyéndose en Derecho supletorio en segunda o posteriores instancias en las ocasiones en que esos ordenamientos se mostraban escasos o deficientes. La amplitud normativa y la capacidad técnica del nuevo Derecho más el favor político y el apoyo decidido de los juristas contribuyeron a su aceptación.

Existió también un factor de rechazo de carácter sociológico (que no deja de estar relacionado con los factores jurídicos). A pesar del apoyo real, no dejó de haber fuerzas opositoras en la sociedad: el Derecho romano posee el carácter de un ordenamiento jurídico técnico y preciso, propio de una minoría culta, y fueron estas propiedades las que favorecieron en un primer momento el apoyo de la burguesía, que vio en los principios y normas del Derecho común la solución a sus expectativas con respecto a la regulación de las actividades mercantiles. Sin embargo, la dimensión que animó a la burguesía a apoyar al Derecho común provocó en las clases bajas la reacción contraria, al igual que entre los nobles.

La oposición nobiliaria estuvo motivada principalmente por el miedo a perder el disfrute de sus privilegios ancestrales junto con el Derecho tradicional que los sostenía.

2. La herencia jurídica que recibe Alfonso X y su proyecto político-legislativo

Pese a que sería necesario un profundo análisis de los hechos histórico-políticos –al menos desde los tiempos de Alfonso VIII– para conocer los motivos directos que originarán la política de renovación jurídica alfonsí, en esta introducción histórica no podemos más que aproximarnos a estos hechos brevemente y simplificándolos. Analizar profundamente las causas y las consecuencias de los mismos excedería el objetivo inicial de la introducción, que no es otro que exponer el marco histórico, político y social en el que Alfonso X el Sabio intentó proyectar su obra legislativa.

En los últimos tiempos de la España visigoda, poco antes de la invasión musulmana, existía ya un Derecho general para todo el reino conocido como el *Liber Iudiciorum* o *Forum Iudicum*. Era éste un ordenamiento completo de carácter y otorgamiento regio que, junto a la unidad de culto y a la unidad lingüística, venía a consolidar la realidad política del Estado visigodo de la península hispánica. Sin embargo, esta situación desaparece con la invasión árabe. Las divergencias en las formas y las prácticas jurídicas, reflejadas en los textos, que hallamos en la España del siglo XIII, están estrechamente ligadas a la fragmentación del reino visigodo tras el año 711 y posteriormente condicionadas por la manera en que se realiza la reconquista y por las “fórmulas jurídicas” de repoblación de las zonas recuperadas: a los repobladores de estas zonas –bien territorios señoriales, bien las ciudades– les son otorgados privilegios particulares y exclusivos.

Las empresas guerreras de Fernando III el Santo fueron decisivas para la constitución del reino peninsular más extenso y poderoso. Fernando III lleva a cabo en 1230 la última y definitiva unificación de los reinos de León y Castilla y amplía considerablemente los territorios conquistados a los musulmanes: se hace con el valle del Guadalquivir y con el reino de Murcia (esta última empresa será consumada personalmente por el aún infante Alfonso). El espacio territorial controlado por Fernando III al final de su reino casi había doblado el que heredó de su padre Alfonso VIII. Los dominios que recibe Alfonso X son inmensos y en ellos la realidad jurídica es tan diversa como distinta es la población que alberga el gran reino, y como lo fueron las fechas en que fueron reconquistados, fundados

o poblados los diferentes reinos, territorios y ciudades. Esa heterogeneidad de la realidad territorial, humana y jurídica no sólo es debida a las diversas poblaciones absorbidas en los nuevos territorios, sino también a las tradiciones jurídicas que históricamente en ellos se practicaban y al modo en que Fernando III llevó a cabo su repoblación.

En el reino de León se mantiene vigente el Derecho del *Liber Iudicorum* o *Forum Iudicum*, pero no es éste un Derecho único y exclusivo para el regimiento de los territorios leoneses. Junto a él existen Derechos privilegiados concedidos por los reyes a los habitantes de los municipios y tierras señoriales. En el reino de Toledo coexistían dos tradiciones jurídicas diferentes: la tradición visigótica conservada a través del tiempo por los mozárabes toledanos y el Derecho privilegiado de los repobladores. Este hecho originaría algunos conflictos de orden legislativo, aunque finalmente acabaría por imponerse el Derecho visigodo. En las ciudades de Andalucía y Murcia se recibe de manos de Fernando III el *Liber* junto a otras disposiciones que matizaban algunos puntos de fuero visigodo, un Derecho que, como hemos visto, era de carácter regio. Mientras que el *Liber Iudicorum*, vigente en León, se aplica en Toledo y se hace extensivo a las ciudades andaluzas y a Murcia, en Castilla y las Extremaduras existe un Derecho divergente, si bien, como ya hemos dicho, las prácticas castellanas parten del tronco legislativo común a la España visigótica: el *Liber Iudicorum* como Derecho general del reino. Castilla es la tierra de la costumbre, de la creación libre del Derecho, la tierra del libre albedrío. A pesar del tronco común germánico, Castilla difería de la ley y la práctica de León, del *Fuero Juzgo*. Según MENÉNDEZ PIDAL, la diferencia jurídica vendría marcada por la oposición entre el “goticismo estatal” del reino astur-leonés, heredado de Toledo, más romanizado y acorde a los principios del cristianismo, y el “goticismo social” de Castilla, “goticismo” puro que se encontraba en un estado latente, reprimido durante años por el Estado visigodo, pero que sale a la luz de nuevo tras la caída de Toledo y el desmoronamiento del sistema estatal visigodo (37). Las prácticas arbitrales, tanto municipales como señoriales, generaron usos jurídicos especiales que se irán conformando y consolidando en el tiempo para constituirse finalmente en ordenamientos jurídicos completos. Todo esto supuso el olvido del *Liber Iudicorum* en Castilla.

La política de Fernando III frente a esta diversidad jurídica no es nítida, tal como se deduce de la práctica seguida en Andalucía y Murcia. Fernando III, por un lado, teme que las costumbres jurídicas castellanas se

(37) Vid. MENÉNDEZ PIDAL: 1992, 373-420. No parece que la rebeldía castellana se base en oposición al *Fuero Juzgo*, como afirma la leyenda (y por tanto hecho de carácter más bien simbólico), que parece de corte leonés.

extiendan por Andalucía y Murcia, pero, por otro, no se atreverá a dar un nuevo Derecho a estas tierras recientemente conquistadas para evitar que surjan más diferencias jurídicas entre sus reinos. Cuando concede allí fueros municipales basados en el libro visigodo, su intención era alcanzar de alguna forma cierta unidad jurídica.

En consecuencia, cuando Alfonso X accede al trono se encontró con un único reino de Castilla y León, pero compuesto por dos territorios con un carácter jurídico muy diferente; con el reino de Toledo, que albergaba una diversidad jurídica en atención a la naturaleza de su población, y con los recién conquistados territorios andaluces y el reino de Murcia, a cuyas ciudades les habían sido concedidos unos fueros basados en el *Fuero Juzgo*. El rey Alfonso, en un principio, prosiguió la tarea de su padre y de su bisabuelo, concediendo y confirmando privilegios y fueros ya existentes, sobre todo a las zonas repobladas, lo que suponía la supervivencia de diferencias jurídicas dentro de territorios bajo un único señor. Pero tal panorama fragmentado no se ajustaba a la mentalidad regalista de Alfonso X, por lo que pronto inicia una renovación legislativa a través de la confección de códigos nuevos que habrán de regir totalmente en sus reinos. Éste fue uno de los principales objetivos políticos que persiguió ya desde los primeros años de su reinado –si es que no fue una tarea emprendida con anterioridad.

La nueva labor legislativa de Alfonso X posee fundamentalmente una doble línea de actuación con la que se pretende, por un lado, eliminar la creación libre del Derecho en tierras castellanas y, por otro, la unificación jurídica de todos sus reinos. La reconquista no es sólo para Alfonso X la recuperación territorial e reintegración política del solar hispánico, sino que al mismo tiempo es una empresa de reconstrucción espiritual y jurídica del reino visigodo del que él mismo se considera heredero en su ideario neogoticista. Estas pretensiones se afirman explícitamente en su obra histórica y jurídica, como hemos indicado anteriormente.

El Derecho practicado en Castilla atentaba frontalmente contra el monopolio legislativo que Alfonso X reclama para sí. Como vimos más arriba, hacia comienzos del siglo XII comienza a introducirse el Derecho común en la Península expandido desde Italia y principalmente favorecido por la idea del Imperio y por la aceptación y el apoyo de los monarcas, que veían en el Derecho romano la posibilidad de aumentar su poder político. A favor del Derecho común también actuaba el hecho de que el Derecho tradicional alto-medieval carecía de un contenido normativo que respondiera a las nuevas situaciones económicas y sociales surgidas en el siglo XII. Así, el resucitado Derecho romano del “*Ius Commune*” influyó en los *iura propria* de toda Europa que se interpretaron y completaron con aquél. Aunque en la Península este movimiento quizá llegó antes a

tierras catalanas y valencianas que al resto de los reinos, la Castilla de los siglos XI y XIII también lo recibió tempranamente, ya que mantenía constantes relaciones con Europa debido a la política matrimonial de sus reyes y al Camino de Santiago. Es en la Castilla de principios del siglo XIII donde se funda el *Studium generale* palentino, en que se difundiría, entre otras cosas, la nueva cultura jurídica, el nuevo Derecho. Alfonso recogió los principios del Derecho romano en su particular lucha contra la libre creación del Derecho. Adoptará los principios procedentes del *Digesto*, que ya mencionábamos –*quod principi placet legis vigorem habet* y *princeps legibus solutus*–, y que suponen en la práctica algo más que la simple aplicación del Derecho romano. La independencia del príncipe frente a la ley implica que el Derecho vigente para el pueblo no rige para él y, por otro lado, que el rey puede crear Derecho sin contar con el que existe. Esta última idea choca frontalmente con la concepción del Derecho alto-medieval de que el Derecho es de origen divino y al hombre sólo compete descubrirlo, no crearlo. La tarea de descubrimiento de la voluntad divina había conducido a la revisión y a la superación de los usos sin Derecho. Alfonso X matizará los principios romanos mencionados con el principio isidoriano, recogido en *Liber Iudicorum*, de que el rey debe observar las mismas leyes que su pueblo, y armonizará la concepción del monarca según el Derecho común –*imperator lex animata in terris*– con la tradición visigótica del rey puesto por Dios en la tierra para guiar su pueblo hacia el bien y apartarlo del mal.

Los intentos del rey Sabio por alcanzar la unidad jurídica en los reinos no fueron en realidad los primeros, ya que esta tarea fue ya iniciada en tiempos de sus antepasados inmediatos. A ella se entregó su abuelo Alfonso IX de León, confirmando los buenos fueros y derogando los malos. Pero quizá más significativa fue la iniciativa de su bisabuelo en Castilla: Alfonso VIII, ya inmerso en la moda europea, quien pretendió que nobles y municipios le entregasen por escrito todo su Derecho para poder confirmar los buenos fueros, privilegios y costumbres y desechar los malos. En este caso el rey no creaba Derecho, pero sí se había apropiado del “monopolio discernitorio” (IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 287). También intentó el bisabuelo del rey Sabio cierta unificación del Derecho local al conceder sólo un número breve de fueros en sus territorios, principalmente el *Fuero de Cuenca*, el *Fuero de Toledo* y el *Fuero de Logroño*. Como acabamos de indicar, esta política fue continuada por Fernando III al conceder casi exclusivamente a los nuevos territorios bien el *Fuero de Cuenca*, bien el *Fuero Juzgo* en sus distintas formas. Y no hemos de olvidar que en el *Liber*, como Derecho regio, también se encuentra el principio de que el rey es el único al que corresponde establecer las leyes. Por tanto, la política de uniformización jurídica y la reivindicación del mo-

nopolio legislativo para sí por parte de Alfonso X tiene un antecedente en la labor de su abuelo y especialmente en la de su bisabuelo y en la de su padre.

Ese proyecto jurídico se materializó, como es bien sabido, en varias obras: el *Fuero Real* (1254-56), el *Espéculo* (1255), las *Siete Partidas* (1256-1265), de las que conservamos varias versiones, y el *Setenario* (h. 1283).

La política legislativa alfonsí que reflejan los primeros textos jurídicos fue frontalmente rechazada a finales de su reinado, entre 1270-1272, de un lado, por los municipios y, de otro, por la nobleza, en un movimiento contra el rey no del todo independiente: la nobleza se aprovechó del malestar de los municipios y, en cierto modo, manipuló a las ciudades en beneficio propio. El rey se vio obligado a ceder en 1272 ante algunas ciudades y ante los nobles *desnaturados* (38). Las sucesivas redacciones del texto de la *Primera Partida* encuentran aquí en parte su explicación: en las varias revisiones del texto, ya desde el *Espéculo*, se ha observado la paulatina pérdida de la figura del rey como autoridad jurídica: el rey aparece como una figura modelo que da a conocer la ley, pero no ya como el ideólogo (GÓMEZ REDONDO: 1998, 520-570). La oposición aristocrática y eclesiástica propiciarían posiblemente los nuevos moldes en que se reelaborará, al menos, el texto que hoy conocemos como versión canónica de la *Primera Partida*. Pero ¿por qué cedería el rey su poder y el terreno que con tanto esfuerzo acotaba para sí en beneficio de los nobles y la Iglesia? ¿Por qué abandonaría su particular lucha política contra estos elementos? La reacción conservadora generalizada ante todas las novedades que estaba poniendo en marcha el rey, como fueron las fiscales y, por supuesto, las legislativas, hubo de ser crucial; pero es posible también que, como trasfondo de disolución de la figura de autoridad se vislumbre, es-

(38) "En la era de mil doscientos e cincoenta años el día de los Ynnocentes el Rey Don Alfonso que vencio la batalla de Ubeda (...), que otorgo a todos los Conceios de Castiella todas las cartas que avien del Rey don Alfonso el Viejo que gano Toledo, e las que avien del Emperador e las suas mesmas del; e esto fue ortorgado en el suo Ospital de Burgos (...). E estonces mando el Rey a los Ricos omes, e a los Fijodalgo de Castiella, que catasen las istorias e los buenos fueros, e las buenas costumbres, e las buenas fazañas, que avien, e quel las verie, e aquellas que fuesen de enmendar, el gelas enmendarie, e lo que fuese bueno a pro del pueblo que gelo confirmarie. E despues por muchas priesas, que ovo el Rey Don Alfonso finco el pleito en este estado, e judgaron por este fuero segund que es escrito en este libro; e por estas fazañas fasta que el Rey Don Alfonso su bisnieto, fijo del muy noble Rey Don Fernando, que gano Sevilla, dio el fuero del libro a los Conceios de Castiella (...) que fue en la era de mil e doscientos e noventa e tres años, e judgaron por este libro fasta Sant Martin de Noviembre, que fue en la era de mil e trescientos e diez años. En este tiempo deste Sant Martin los Ricos omes de la tierra e los Fijosdalgo pidieron merced al dicho Rey Don Alfonso que diese a Castiella los fueros que ovieron en tiempo del Rey Don Alfonso su bisabuelo, e del Rey Don Fernando suo padre, porquello e suos vasallos fuesen judgados por el fuero de ante ansi como solien: e el Rey otorgogelo..." , *F. Viejo*: 1.

pecialmente entre 1272 y 1275, el “fecho del imperio”, empresa para la que Alfonso iba a necesitar apoyos dentro de sus propios reinos y que, no obstante y a pesar de todo, no salió bien.

A finales de su reinado, la actividad jurídica de Alfonso X quedó reducida fundamentalmente a juzgar los *casos de corte*, según se dispuso en las Cortes de Zamora de 1274, y a la confirmación de fueros y privilegios como había hecho desde los primeros años de reinado.

CAPÍTULO II

LA OBRA JURÍDICA ALFONSI (*STATUS QUAESTIONIS I*)

No podríamos empezar sin más exponiendo exclusivamente el estado de la cuestión acerca de las *Siete Partidas* sin tener en cuenta que existen otras tres grandes obras más de carácter jurídico (*Fuero Real*, *Espéculo* y *Setenario*) y varias obras jurídicas menores, tradicionalmente atribuidas a Alfonso X. En una lectura medianamente atenta de los prólogos en los que se expone la finalidad de las obras se observan ciertos planteamientos recurrentes del rey que crecen y evolucionan con el tiempo, condicionados principalmente por cuestiones de orden socio-político, pero también morales y filosóficas. La evolución del pensamiento que traslucen las sucesivas obras y la maraña de dependencias textuales apunta a la concepción —o cuando menos el ensayo— por parte del rey Sabio de un proyecto legislativo absolutamente personal y propio, si bien no podemos afirmar que la efectividad del proyecto fuera como en sus días Alfonso X pretendió.

Lo sabido en torno a las fechas de composición, formas de ejecución y publicación y otros aspectos con respecto al *Fuero Real*, al *Espéculo* y también al *Setenario* afectan enormemente a la definición, caracterización, valoración e interpretación de las *Siete Partidas*. Se hace por ello difícil entender el porqué de unas obras sin las otras, y sólo al plantear los problemas que presentan por separado y en conjunto, al desenmarañar la red de relaciones intertextuales y conceptuales, se puede acometer —cualquiera que sea el punto de partida— la interpretación del proyecto político-legislativo de Alfonso X.

Presentamos, pues, en este capítulo una exposición de las cuestiones principales tal como van surgiendo a aquellos que se aproximan a la obra jurídica alfonsí, exposición que hemos articulado en varios subapartados

referidos a aspectos tales como la datación de las obras, su valor legal, etc. Para dar respuesta a los muchos interrogantes que se nos presentan acumulados, en primer lugar, a las propuestas de la crítica más especializada al respecto, tanto en el ámbito jurídico como en el histórico y el filológico, y entramos en ocasiones de lleno en cuestiones de pormenor cuyo análisis y comentario son, a nuestro juicio, fundamentales para el esclarecimiento de los hechos. Cuando lo consideramos necesario, procedemos a nuestra propia valoración de las propuestas de la crítica, bien apoyando un punto de vista u otro o bien proponiendo alguna respuesta alternativa, a partir de nuestras propias pesquisas al respecto. Se cierra cada sección con un resumen valorativo general.

De este modo hemos pretendido implicarnos plenamente en la problemática de los textos, evitando una simple exposición de la historia crítica de la obra legislativa alfonsina.

1. El *Fuero de las leyes* o *Fuero Real* (39).

Quisiera advertir desde el principio que parte de la problemática en torno a la denominación y, en consecuencia, a la localización temporal del *Fuero Real* se debe a que la forma en que, en general, se alude a los códigos jurídicos y a los libros de leyes en época alfonsina es muy ambigua. Sirvan como ejemplos las menciones que Alfonso X hace de sus propias obras. En lugar de identificarlas por un título, utiliza expresiones como el “libro... seellado con nuestro seello de plomo” o “este libro que feziemnos con consejo e con acuerdo de los arçobispos e de los obispos de Dios e de los ricos omnes e de los más onrados sabidores de derecho...” o “mio libro aquel que estava en Cervatos” o el “libro que fue fecho por corte en Palencia en el año que caso don Doarte”. Para mayor confusión tenemos

(39) Hay algunas ediciones antiguas del texto, como los incunables del siglo XVI en Burgos (sin fecha), Salamanca y Venecia en 1500, o las prolíficas ediciones realizadas a partir de la de Alonso DÍAZ DE MONTALVO: *El Fuero real de España diligentemente hecho por el rey D. Alfonso IX, glosado por el egregio Dr. Alfonso Díaz de Montalvo*, Burgos, 1503; Medina del Campo, 1544; Salamanca, 1569; Madrid, 1781; o *Fuero Real de España glosado por A. Díaz de Montalvo*, Burgos, 1541 y Medina del Campo, 1547. La edición de MONTALVO se reproduce sin glosas en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1847, pp. 349-425. En el siglo XIX hubo algunas ediciones importantes, destacándose la edición de la Real Academia de la Historia: *Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio publicados y cotejados con varios códices antiguos*, II, Madrid, 1836, pp. 3-169 (por la que se citará). Otras son: AGUILERA Y VELASCO, A.: *Colección de códigos y leyes de España. Primera sección, Códigos antiguos I*, Madrid, 1866; MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885. Existe igualmente una edición de la versión portuguesa: PIMENTA, 1946. Modernamente se han llevado a cabo dos ediciones: MARTÍNEZ DÍEZ, 1988, y PALACIOS ALCÁINE, 1991.

constancia de que en ocasiones también se conocieron algunas de las obras como *Fuero de las leyes*, *Fuero Castellano*, *Libro del fuero* o *Fuero del libro*. Son alusiones tan simples en algunas ocasiones, tan contextualizadas en otras, tan extratextuales en general, que han generado multitud de páginas con respecto a si tal o cual alusión quería hacer referencia al *Fuero Real*, al *Espéculo* o a algún otro libro u ordenanza hoy desconocidos (40). Sin duda, todo ello afecta, como veremos, al establecimiento de la cronología relativa de las varias obras –hasta el punto de que hay incluso quien lleva la redacción del *Fuero Real* a finales del reinado de Sancho IV– y al valor jurídico, legal y textual que se le ha venido otorgando al código. A estas catastróficas ambigüedades y a sus consecuencias tampoco es ajeno el *Espéculo*, y los mismos problemas han hecho correr ríos de tinta con respecto a las *Siete Partidas* y el *Setenario*, pero de esto habremos de hablar más adelante.

El *Fuero Real*, a pesar de lo apuntado arriba, quizá sea el texto que presenta una problemática menor en todos los aspectos, si se la compara con los problemas y conflictos que se plantean en las otras obras jurídicas alfonsíes. En este sentido es fundamental señalar que el *Fuero Real* tuvo en algún momento vigencia legal, que es una obra acabada con multitud de testimonios que la representan y que, posiblemente por ello, no presenta variación textual de importancia. Quizá por esa causa ha sido la obra jurídica que menos atención ha recibido dentro de los estudios en torno a la labor legislativa alfonsí, o aquella cuyos estudios han sido menos destacados, siendo mayor el interés prestado al *Espéculo* y, por supuesto, mucho más generoso aún a las *Siete Partidas*. No obstante, si bien el *Fuero Real* es un texto acabado, cuyas variantes textuales parecen sólo obedecer a la transmisión manuscrita y al modo particular en que se realizaron las concesiones a las diversas poblaciones, no podemos afirmar que carezca de incógnitas que han suscitado notables observaciones por parte de la crítica. Quizá lo que más merece ser destacado –y en ello vamos a centrar nuestra atención– es la incertidumbre respecto a tres aspectos fundamentales y que se relacionan entre sí: la fecha de su composición, el momento de su publicación y su concesión o concesiones y su ulterior suerte tras 1272 –problemática que, por otra parte, aparece en mayor o menor medida en todas las obras jurídicas alfonsíes.

El propio prólogo del *Fuero Real* nos da las razones de su necesidad y de su concesión:

(40) No obstante, como veremos, existen alusiones que nos permiten identificar con mayor seguridad al *Fuero Real* con alguna de estas referencias nominales; sirva como ejemplo el *Fuero de Briviesca* de 1313: sabemos que éste es una adaptación del *Fuero Real* y hace referencia de su fuente en el prólogo, denominando *Libro del fuero* al texto de Alfonso X.

... E por end nos don Alfonso por la gracia de Dios rrey de Castiella, de Toledo, de León e de Gallizia e de Seuilla e de Córdoba e de Murcia e de Iahén e de Baeça e del Algarue, en<tendien>do que la uilla nombrada Sancto Domingo de la Calçada non ouieron fuero fasta el nuestro tiempo e iudgáuansse por fazannas e por aluedríos departidos de los omnes et por usos desaguisados e sin derecho, de que uenien muchos males e muchos dannos a los omnes e a los pueblos... (*Fuero Real*, Prólogo: 184-185).

La situación jurídica de los reinos de Alfonso X —que en este caso insiste sobre la ausencia de derecho— demanda un ordenamiento jurídico que garantice la justicia para todos. El rey es la cabeza del pueblo y en función de este ministerio divino es el responsable de salvaguardar a su pueblo y conducirlo hacia el bien, apartándolo del mal por el temor.

... ca assí como ningún miembro non puede auer salut sin su cabeca, assí nin [el] pueblo ni ningno del pueblo non puede auer bien sin su rey que es su cabeza e puesto por Dios por adelantar el bien e para uengar e uedar el mal... (*Fuero Real* I, II, 2: 189-191).

Esta es la razón que nos mouió pora fazer leyes: que la maldat de los omnes sea refrenada por ellas e la uida de los buenos sea segurada e los malos dexen de fazer mal por miedo de la pena (*Fuero Real* I, VI, 3: 202) (41).

El rey resuelve confeccionar el *Fuero Real*, un código que regule los usos “departidos” y “desaguisados” y que acabe con la precariedad jurídica, de la que sólo pueden venir “muchos males e muchos daños”.

El texto comienza con un prólogo que coincide en líneas generales con el contenido de los prólogos del *Espéculo* y las *Partidas*, al afirmar que el libro tiene como finalidad remediar la situación jurídica generada por la ausencia de un buen derecho que gobernase a los pueblos y, además, al advertir que, desde el momento en que existe el libro del rey, éste es el único válido y aplicable (“sea guardado para sienpre, e ninguno non sea osado de venir contra ello”). Tras el prólogo se exponen las 550 leyes repartidas en 72 títulos, distribuidos a su vez en cuatro libros que parecen seguir el sistema de las colecciones de las *Decretales* (PÉREZ MARTÍN: 1992 a).

El libro primero (paralelo a *Decretales* I y *Partidas* I-II) contiene 12 títulos que tratan sobre la Santa Trinidad y la fe católica (1); la guarda

(41) Ésta es una idea de clara inspiración visigótica, y la ley del *Fuero Real* es heredera directa de la ley goda recogida en el *Fuero Juzgo* I, II, 5: “Ésta fue la razón por que fue fecha la ley, que la maldad de los omnes fuese refrenada por miedo d’ella e que los buenos visquiesen seguramente entre los malos; e que los malos fuesen penados por la ley e dexasen de fazer mal por el miedo de la pena”.

del rey, de su señorío y de su hijos (2-3); la desobediencia al rey (4); las cosas de la Santa Iglesia (5) y el establecimiento de las leyes (6); su parte final (7-12) se dedica al Derecho procesal (*Decretales* II y *Partidas* III), definiendo los intervinientes en los pleitos. La materia procesal ocupa también los 15 títulos del segundo libro (*Decretales* II y *Partidas* III), desarrollando ahora las acciones del procedimiento según el Derecho común, desde las apariciones ante el juez hasta las alzadas, y describiendo su técnica novedosa frente a la tradicional castellana (42). Los veinte títulos del tercer libro del *Fuero Real* (*Decretales* IV y *Partidas* IV-VI) abordan lo relativo al Derecho contractual, en el que tienen cabida el matrimonio (1-3); los mandados (4); las particiones (5); las herencias y desheredamientos (6 y 9); la guarda de huérfanos y otros desvalidos (7-8); las transacciones diversas (10-17); los fiadores (18) y las prendas y deudas (19-20). En la regulación de algunos contratos se observa la influencia del Derecho romano, aunque en lo referente, por ejemplo, al contrato matrimonial se sigue al *Fuero Juzgo*; se insertan también algunas reglas sobre la relación de vasallaje (13). El código se cierra con los 25 títulos del libro cuarto (*Partidas* VII y *Decretales* V), dedicados al Derecho penal. Éste es el libro de composición menos rigurosa y homogénea. Como muestra de tal heterogeneidad sirva como ejemplo la disparidad del contenido de alguno de los títulos: “De los judíos” (2); “De los que cierran las carreras, e los exidos, e los ríos” (6), “De los adulterios” (7), “De los que dejan la orden e de los sodomitas” (9), “De los falsarios e de las escrituras falsas” (12), “De los que desotierren los muertos” (18), “De los romeros” (23), o “Del pecio de los navíos” (24). La falta de uniformidad temática en este cuarto libro puede deberse a la dificultad que implicaría la armonización de las diversas tradiciones y materiales recogidos para su elaboración.

Con respecto a las fuentes, podemos establecer un doble orden: unas leyes proceden del *Forum Iudicum* (*Liber Iudicorum*) o de su versión romance, *Fuero Juzgo* (43) –de los que copia sin más muchas de sus disposiciones–, y otras derivadas del Derecho romano, del que cabe destacar el *Liber Augustalis*. También se recurrió a fuentes canónicas; en la estructura del texto se observan innegables paralelismos con las *Decretales* de Gregorio IX. Por otra parte, también son visibles tradiciones castellanas, especialmente burgalesas.

(42) Lo referente al proceso jurídico es tratado mucho más sobriamente que en los libros cuarto y quinto del *Espéculo* o que en la *Tercera Partida*.

(43) MARTÍNEZ DÍEZ defiende que se usó la versión romanceada. Contrario a esta hipótesis es PÉREZ MARTÍN, quien cree que la materia se tomó del texto latino y que precisamente en ese momento fue cuando se produjo la traducción (en realidad, varias).

1.1. Datación.

Como hemos advertido, en el cuerpo del texto del *Fuero Real* no hallamos ninguna referencia cronológica de su redacción. En algunos de los manuscritos existe, no obstante, un *éxPLICIT*, situado al final de la obra, en que se apunta la fecha de redacción y finalización. Sin embargo, los *éxplicit* muestran variantes, seguramente debidas a errores producidos por la confusión entre la fecha de redacción y la fecha de concesión a poblaciones particulares. No obstante esto, se puede establecer un texto base que subyacería a las variantes. Puede ser el siguiente:

Este libro fue fecho e acabado en Valladolit por mandado del rey don Alfonso (25 / 30 // 18) (44) dias andados del mes de (agosto // julio), era de mill e dozientos e nouaenta e tres años, en el año que don Odoart, fijo primero heredero del rey don Enrich de Anglaterra rescibio caualleria en Burgos del rey don Alfonso el sobredicho (Millan Perez de Ayllon lo escribio) el quarto año que el rey Alfonso regno.

Sin entrar por el momento en los días concretos en que el texto fue “fecho e acabado”, del *éxPLICIT* se obtienen tres referencias cronológicas claras: el año 1293 de la era hispánica, esto es, 1255 de la era cristiana; el año en que el príncipe Eduardo de Inglaterra recibió de Alfonso X la orden de caballería (BALLESTEROS-BERETTA: 1994, 99-104), es decir, el año que iría desde octubre de 1254 a las mismas fechas de 1255 (45); y el cuarto año de reinado de Alfonso X, es decir, el período que abarca desde el primero de junio de 1255 hasta el primero de junio de 1256. Según esto, habría que deducir que el *Fuero Real* debió de hacerse y acabarse en el período comprendido entre octubre de 1254 y el primero de junio de 1256.

A pesar de que esto parece aceptable en principio, la crítica ha puesto de relevancia algunas cuestiones en torno a la calidad y la exactitud del *éxPLICIT*. Para hacernos una idea concreta del estado de opinión al respecto, examinaremos los comentarios vertidos por la crítica reciente. Para Alfonso GARCÍA-GALLO (1976: 651-670), el *éxPLICIT* carece de todo valor y viene a rechazarlo en los siguientes términos:

Que la cláusula citada, no obstante su variante, conste en la mayor parte de los códices revela que se encontraba ya en el que le sirvió de modelo.

(44) Me baso en la reconstrucción efectuada por CRADDOCK (1981), a pesar de que la realiza a partir de sólo seis manuscritos. Sin embargo, no se pueden aceptar como válidas algunas de sus conclusiones, como, por ejemplo, la fecha de 25 de agosto para la finalización de la obra, por motivos que se explicarán más adelante. Los paréntesis son nuestros y recogen las variantes.

(45) Fórmula que corresponde a lo que se conocía como “fecho señalado”. *Vid.* § 2.

Pero no prueba, por sí sola, que exprese la fecha real en que el *Fuero de las leyes* fue concluido. Lo mismo ocurre con el código de las *Partidas*, pudo ser puesta por el autor o copista, tomándolo de la obra que le servía de modelo, para dar antigüedad a la que escribía, considerándola como mera adaptación de ésta, aunque en realidad fuera muy diferente (655).

El principal problema de GARCÍA-GALLO –y advertimos que esto afecta a la visión global que tiene sobre la obra jurídica alfonsí– es que no acepta que en el lapso temporal aproximado que transcurre entre 1254 y 1256 se hubiera dado comienzo a las tres obras jurídicas alfonsinas (46). Por tanto, y no existiendo en su conocimiento un manuscrito del *Fuero Real* fechado en el siglo XIII (47), afirma que el texto sería posterior a la fecha que proporciona el epígrafe, el cual habría sido copiado de un modelo, en su opinión, el *Espéculo*, del que también procederían en una fecha tardía las *Siete Partidas*. Para lanzar esta hipótesis, se basa en referencias al *Fuero de las leyes* (*Fuero Real*) halladas en fuentes externas, referencias que se dividen en dos grupos: nominales y textuales. Dentro del primer grupo, las más antiguas serían las referencias aparecidas en el Ordenamiento de Valladolid, del 20 de mayo de 1293 [“ay algunos lugares que an Fuero de las leyes et otros Fuero de Castiella, et otros en otras maneras” (48)], y las referencias del día 22 del mismo mes, en que Sancho IV confirmaría con algunas modificaciones el *Fuero de las leyes* a Segovia. Las primeras referencias textuales estarían en las *Leyes de Estilo*, obra que no parece posterior a 1312 (49).

Insistiendo en las referencias al *Fuero de las leyes* que aparecen en algunos documentos, GARCÍA-GALLO apunta que hasta 1274 sólo se habla de *Fuero del libro* o *Libro del fuero*. Sin embargo, a partir de 1293 (50),

(46) Cito las palabras de GARCÍA-GALLO a este respecto por la preeminencia que adquirirán siempre y la contaminación que supondrán ante el análisis de otros datos como, por ejemplo, los éxplicit o rúbricas del *Fuero Real* y las *Partidas*. El éxplicit del *Fuero Real* afirma que el texto se concluyó en 1255 y “según esta indicación el *Fuero de las leyes* se habría concluido unos meses después de las primeras concesiones del *Fuero del Libro* (las había ya en el mes de marzo), y un año y un mes (o dos, según variante) antes de dar comienzo a la redacción del *Libro del fuero de las leyes* [*Siete Partidas*], según la nota que consta en la rúbrica de éste [...]. El que en ese año 1255 o en 1256 se daten tres obras jurídicas tan importantes como el *Fuero del libro*, el *Fuero Real* y las *Partidas* hace sospechar que la fecha ha sido utilizada intencionalmente, pero con toda libertad por diversas personas” (1976: 655).

(47) Hoy sabemos que se conserva al menos un manuscrito alfonsí del *Fuero Real*, el concedido a Santo Domingo de la Calzada el 25 de agosto de 1255. Vid. n. 35.

(48) CARLYC: I, 103.

(49) *Estilo: leyes* 42, 43, 47, 49, 50, 54, 66-72, 74-80, 82, 93, 96, 102, 119, 121, 122, 131, 151, 177, 200, 213, 230, 234, 242 y 244-247, pp. 253-336.

(50) Quiero señalar aquí, para evitar una posible confusión, que en este caso 1293 se refiere al año de la era cristiana, y no al año 1293 de la era hispánica, al que casualmente hace referencia el éxplicit del *Fuero Real*. Nos parece prudente señalarlo, pues el hecho puede inducir a error cuando en otras ocasiones hagamos referencia a la datación propuesta por GARCÍA-GALLO.

aunque alguna vez se nombre el *Fuero del libro*, las referencias son ya constantes al *Fuero de las leyes* (51). De este modo concluye que la existencia del *Fuero Real* sólo puede probarse desde 1293 y designado como *Fuero de las leyes*; con anterioridad a finales del siglo XIII sólo se habla del *Fuero del libro* o *Libro del fuero*.

Tras esto, GARCÍA-GALLO se pregunta si “este *Fuero de las leyes* es el mismo *Fuero del libro*, que en un momento dado recibe otro nombre” (1976: 657). Como datos a favor de la identificación de estos textos aduce el colofón del *Fuero de Briviesca* (1313), que afirma: “Este es el *libro del fuero* que el Rey don alfonso dio ala noble Çibdat de Burgos” (52), y la rúbrica que se encuentra al comienzo de la versión portuguesa: “este e o primeyro liuro dos foros que deu Don Alfonso rey, fillo del rey don Fernando...” (53). Como bien indica GARCÍA-GALLO, en ambos textos se reproduce el *Fuero Real*.

No obstante, hay otros datos que para GARCÍA-GALLO desmentirían esa identificación: en las cartas de concesión del *Libro del fuero* se dice que se otorga “aquel fuero que fiz con consejo de mi corte escripto en libro et sellado con mio sello de plomo”, pero no hay constancia alguna de que el *Fuero Real* hubiera sido sellado con un sello de plomo. En cambio, sí se sabe que el *Espéculo* –autocalificado también como *Fuero del libro*– fue sellado con un sello de plomo, como se afirma en el prólogo (54). Por otro lado, también en contra de la identificación entre *Fuero de las leyes* y *Fuero del libro* se aducen algunas referencias textuales al *Fuero del libro* anteriores a 1274 que no encuentran correspondencia en el *Fuero Real* y sí en el *Espéculo*: 1) en el Ordenamiento de Zamora de 1274 se hace referencia a lo que deben cobrar los selladores de las cartas de la cancillería, materia tratada en el *Espéculo* y no en el *Fuero Real* –a pesar de que el Ordenamiento habla del *Fuero castellano* (55) (etiqueta tar-

(51) Así lo atestiguan el Ordenamiento de Valladolid de 1293 y en el Privilegio de Sancho IV a Segovia del mismo año, como hemos indicado; las *Leyes de estilo*; algunas cartas reales de 1320 a 1322; las concesiones del mismo texto a Arriaga en 1322, a Villarreal de Álava en 1333, a Alegría y Elburgo en 1337, a Montreal de Zuya en 1338, a Madrid en 1339, a Belmonte en 1367, etc. En el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) también se menciona el *Fuero de las leyes*.

(52) Ms. 9.199 de la Biblioteca Nacional de Madrid, fol. 151v.

(53) PIMENTA: 1946, 27.

(54) *Espéculo* Prólogo: “E por esto damos ende libro en cada villa, seellado con nuestro seello de plomo, e toviemos este escripto en nuestra corte...”. Contra este argumento, *vid.* nota 79: parece ser que el *Fuero Real* también fue sellado con sello de plomo.

(55) “E este ordenamiento fue fecho por mandado del sobredicho rey don Alfonso diez e nueve años despues que el *Fuero castellano* fue dado por este rey don Alfonso a los de Burgos que es cabeça de Castilla en Valladolid a veynte e cinco dias andados del mes de agosto era de mill e dozientos e noventa e tres años en el año que don Odoarte que fue primero heredero del rey Enrique de Inglaterra rescibio caballería en Burgos del rey don Alfonso sobre-dicho”. Respecto a lo afirmado por GARCÍA-GALLO, creo que se equivoca al plantearlo, pues

día para el *Fuero Real*)—; 2) también se aduce el testimonio de una carta del 30 de marzo de 1268 de Alfonso X en respuesta al Concejo de Burgos sobre el lugar en que han de juzgar los alcaldes y el de otra del 6 de agosto de 1269 en respuesta a las dudas de los alcaldes de Burgos sobre qué hacer en caso de que el violador de una mujer huya. En ambos casos el rey dice que se haga como el fuero manda. En estos casos parece claro que este “fuero” no puede aludir al *Fuero Real*, pues no recoge tales asuntos, aunque también es cierto que el *Fuero del libro* o *Espéculo*, en la manera que ha llegado a nosotros, tampoco trata estas materias; 3) en otros casos, como en la carta del rey en respuesta al Concejo de Vitoria del 1271 sobre la interpretación del “*Libro del fuero que yo vos di*”, aparecen algunas disposiciones que no se corresponden con el *Fuero Real*; y algo parecido sucede en la carta del 13 de abril de 1279 al Concejo de Burgos, donde no se puede asegurar que en resolución de un determinado problema se esté interpretando la ley del *Fuero Real*. De todo ello, concluye GARCÍA-GALLO que el *Libro del fuero* o *Fuero del libro* es, en realidad, el *Espéculo*.

Una vez desacreditado el *éxPLICIT*, GARCÍA-GALLO pasa a comparar los prólogos de ambas obras —*Fuero Real* y *Espéculo*— con el objetivo de demostrar que el *Fuero Real* no sólo es posterior al *Espéculo*, sino que aquél sería, como las *Siete Partidas*, una reformulación de éste. Observa que, a pesar de la menor extensión del prólogo del *Fuero Real*, hay un evidente paralelismo en la finalidad de ambas, en la línea expositiva e incluso se constata la literalidad de algunas frases; algo similar ocurre también entre los prólogos del *Espéculo* y las *Partidas*. Por otro lado, apunta que, si bien la finalidad era la misma al escribirlos, el cuerpo textual es claramente diferente. El hecho de que los juristas denominen oficialmente al *Fuero Real* como *Fuero de las leyes*, y no como *Fuero del libro*, y que se deje de hablar del *Libro del Fuero* en el momento que comienza a hablarse del *Fuero de las Leyes*, sería indicativo de que los contemporáneos distinguieron las dos obras. Como se mostró más arriba, las referencias que se hacen al *Fuero del libro* antes de 1274 remiten, según GARCÍA-GALLO, al *Espéculo* y no al *Fuero Real*. Por tanto, y considerando que el *Espéculo* estaba ya redactado en 1258 y que las primeras referencias al *Fuero Real* no aparecen hasta 1293, es fácil establecer que *Espéculo* y *Fuero Real* no son obras simultáneas, sino sucesivas. Así las cosas, concluye, en consecuencia lógica con sus planteamientos, que la revuelta de 1272,

ambas noticias no tienen por qué estar relacionadas. Es cierto que lo estipulado para los que sellan las cartas en la cancillería lo trata el *Espéculo*, pero esto no entra en contradicción con el uso del *éxPLICIT* del *Fuero Real* o *Fuero castellano* en el Ordenamiento de las Cortes de Zamora: dicho Ordenamiento podría haber utilizado ambas fuentes.

“centrada en la alteración de los fueros de los nobles en sus relaciones con el rey o en la falta de alcaldes de Castilla en la Corte real” (1976: 660-661), se dirigió contra el *Espéculo* y no contra el *Fuero Real*. A esta reconstrucción añade, además, la suposición de que, derogado como ley general de los reinos de Alfonso X y después de muerto éste, el *Libro del Fuero* o *Espéculo*, serviría de base para una doble redacción: eliminando lo doctrinal, se redactaría un práctico fuero municipal: el *Fuero de las leyes* o *Fuero Real*, y, por otro lado, acentuando los rasgos doctrinales, se acometería la redacción de las *Partidas*. De modo que “ambas obras no tendrían ya como autor a Alfonso X, aunque se le atribuyeron y se data-ron en los primeros años de su reinado, tomando como fecha del *Fuero de las Leyes* [*Fuero Real*] la de alguna de las primeras concesiones del *Fuero del libro* [*Espéculo*] y para las *Partidas* la del código del *Espéculo* que las [*sic*] sirvió de base”.

Muchas han sido las respuestas a las manifestaciones de GARCÍA-GALLO. Empecemos por las páginas que en 1981 dedica el norteamericano J. R. CRADDOCK (1981: espec. 376-386) a desmentir la supuesta falsedad del *éxPLICIT* del *Fuero Real*. Para CRADDOCK es innegable que el *Fuero Real* es obra alfonsí, redactada en 1255, probablemente el 25 de agosto (56). Comienza su análisis intentando demostrar que en el *éxPLICIT* del *Fuero Real* no hay elementos espurios, que no es falso. Para demostrar que este texto existió durante el reinado de Alfonso X, CRADDOCK aduce principalmente testimonios independientes del *éxPLICIT* del *Fuero Real* recogidos en otros documentos. En primer lugar retoma el *éxPLICIT* del Ordenamiento de las Cortes de Zamora de 1274: “el Fuero castellano fue dado por este rey don Alfonso a los de Burgos (57) [...] a veynte e cinco dias andados del mes de agosto de la era mill e dozientos e noventa e tres años”. Prudentemente señala CRADDOCK que este *éxPLICIT*, aunque es casi copia literal del *éxPLICIT* del *Fuero Real*, no constituye una prueba contundente, pues no hay forma de asegurar que sea coetáneo al texto del Ordenamiento, ya que podría haber sido añadido en la copia del Ordenamiento que conservamos, de finales del siglo xv o principios del siglo xvi. En cambio, en 1356 se recogen por escrito bajo el título de *Fuero Viejo* las costumbres foreras que habían sido históricamente observadas en Castilla. En el prólogo del *Fuero Viejo* se dice:

... judgaron por este ffuero [Fuero Viejo]... ffasta que el rey don alffonso ssu vissnieto [de Alfonso VIII] dio el ffuero del libro a los conçejos de

(56) Sin embargo, hay que advertir que en este examen de los *éxPLICIT* CRADDOCK se basa solamente en seis de los manuscritos.

(57) Este *éxPLICIT* confunde la fecha de redacción con la de su concesión a Burgos.

castiella que ffue dado en el anno que don adoarte ffijo primero heredero del rrey anrique de ynglaterra rrecibio caualleria en burgos del ssobredicho rrey don alfonso que ffue en la era de mjjl e dozientos e nouenta e tres annos et judgaron por este libro ffasta el dia de ssant martin del mes de nouembre que ffue en la era de mjjl e trezientos e diez annos...

Para CRADDOCK, aquí es obvia la correspondencia, a pesar de que en el *Fuero Viejo* se haya arreglado la cláusula.

Otro documento que corroboraría la existencia del *Fuero Real* desde 1255 es el *Fuero de Briviesca*, una copia literal de aquél con 124 disposiciones añadidas, concedido el 16 de enero de 1313. Como vimos más arriba, en el colofón del *Fuero de Briviesca* se repite nuestro éxPLICIT:

Este es el libro del fuero que el Rey don alfonso dio ala noble Çibdat de Burgos. Et fue acabado en valladolit por mandado del rey diez τ ocho dias andados del mes de julio. En la era de mjjl. τ. cc. nouenta τ tres annos enel anno que don Adoarte fijo primero τ heredero del Rey Enrique de yngla terra. Reçibio caualleria en Burgos de don alfonso el Rey fobredicho enel anno quarto que Regno. Et la dicha infanta donna Blanca... (58).

Según estas manifestaciones independientes del éxPLICIT, parece claro que el *Fuero Real* se compuso (no entremos por ahora en qué día ni qué mes) en 1255. Aun así, para “desechar definitivamente la teoría de que el éxPLICIT del *Fuero Real* sea una superchería inventada hacia 1290 por un autor o escriba”, CRADDOCK aporta una última prueba, un documento real fechado el 29 de abril de 1264 en el que se puntualizan y regulan algunas situaciones legales de la villa de Cuéllar. Según CRADDOCK, las alusiones al *Fuero Real* son patentes:

... Otrosi de los que nos dixeron que vos agraviavades, porque las mugeres bibdas e las donzellas que non avien caloña ninguna en el fuero por el denosteo, o por otra desonra que les fiziessen, e que las casadas avien trezientos sueldos; e nos pidieron merced que oviessen alguna caloña las bibdas e las doncellas. Tenemoslo por bien e mandamos que la muger casada aya los trezientos sueldos, así como el *fuero* dize; e la bibda, dozientos sueldos; e la donzella en cabello, cient sueldos... (59).

Es cierto que el *Fuero Real* impone una multa de trescientos sueldos a quien denueste a mujer casada (60), y es igualmente cierto que no se menciona a este respecto a viudas ni a doncellas. Ante esto, parece evi-

(58) Cito por el Ms. 9199 de la BNM, fol. 151v.

(59) Citamos por UBIETO ARTETA: 1961, 62.

(60) *Fuero Real* IV, III, 2: 410.

dente que el texto que la villa de Cuéllar pretendía enmendar era el *Fuero Real*. Este mismo documento de 1264 alude a otro privilegio otorgado el 21 de julio de 1256, también a Cuéllar, referente a la exención de impuestos: se pretende que la exención se haga efectiva con carácter retroactivo a viudas que perdieron a sus maridos antes de la concesión del privilegio y también que se incluya entre los “escusados” a los mayordomos de los caballeros. Pues bien, el documento de 1256 concede a Cuéllar “aquel fuero que yo fiz con consejo de mi corte, escripto en libro e sellado con mio sello de plomo (61), que lo ayan el Concejo de Cuéllar tan bien de la villa como de las aldeas, por que se iudguen por el en todas cosas pora siempre jamas, ellos e los que dellos vinieren” (62). De todo esto CRADDOCK concluye que el diploma de 1256 y el sobredicho fuero concedido formaban un “conjunto legislativo, y las rectificaciones adoptadas en 1264 se referían a ese conjunto; luego, como el fuero mencionado en 1264 es el *Fuero Real*, ése mismo ha de ser el código concedido en 1256” (63). Parece por tanto evidente, según muestra CRADDOCK, que el *Fuero Real* existía ya en 1256 y que no fue una reelaboración del *Espéculo* llevada a cabo a finales del siglo XIII.

Veámos más arriba que las variantes más importantes del *éxplicit* de los seis manuscritos que examina CRADDOCK tenían que ver con la fecha de concesión, esto es, el 18 de julio y el 25 y 30 de agosto de 1255, dependiendo de los manuscritos. CRADDOCK acepta como correcta la fecha del 25 de agosto. En su opinión, los *éxplicit* que afirman que el *Fuero Real* fue acabado el 30 de agosto contendrían un error de copia al confundir xxv por xxx; la fecha del 18 de julio se debería a un error de atribución cronológica al confundirse el copista con un privilegio redactado igualmente en Valladolid y también otorgado a Burgos el 18 de julio (1981: 379). Sin embargo, hay un dato fundamental para la historia del *Fuero Real* que CRADDOCK no tuvo en cuenta o parece desconocer, y es que se conocen y están documentadas concesiones del *Fuero Real* —y no del *Espéculo*, como afirmaba GARCÍA-GALLO (64)— a Aguilar de Campoo el 14 de marzo de 1255 (aludiendo a aquel libro “que estaba en Cervatos”) y a Sahagún el 25 de abril del mismo año (65).

(61) Así desaparecería uno de los inconvenientes que GARCÍA-GALLO ve para afirmar que el *Libro de fuero* (1255) fuera el *Fuero Real*.

(62) UBIETO ARTETA: 1961, 42-43.

(63) En este mismo sentido, pero con mayor prolijidad de datos, se pronuncia IGLESIA FERREIRÓS: 1983, 455-521.

(64) Según GARCÍA-GALLO (1976, 621 y 655), el *Libro de Cervatos* es el *Fuero del libro o Espéculo* y éste es el texto otorgado a Aguilar de Campoo el 14 de marzo de 1255.

(65) “Hasta ahora no he visto pruebas fehacientes de concesiones del *Fuero Real* con anterioridad al mes de julio de 1256” (CRADDOCK: 1981, 384).

La ausencia de esta información entre los argumentos de CRADDOCK no anula obviamente sus razonamientos ni la conclusión que alcanzan: el *Fuero Real* es obra alfonsí. Sin embargo, estas noticias entran en contradicción parcial con la aportada por los *éxplicit* conservados sobre el día y el mes de redacción y concesión del *Fuero*. Nos gustaría, por tanto, puntualizar algunos datos. Veíamos que, según la cronología del *éxplicit*, el texto se confeccionó entre finales de octubre de 1254 y finales de mayo de 1256. Sin embargo, el análisis interno de las fechas obliga a acotar aún más el período de redacción del *Fuero Real* entre el 1 de junio y finales del mes octubre de 1255, pues antes del 1 de junio no coincidiría con el cuarto año de reinado de Alfonso X ni con la era de 1293 (= 1255), y después de octubre no coincidiría con el año correspondiente al “fecho señalado” del nombramiento de Eduardo de Inglaterra como caballero. Esta datación surgida del *éxplicit* se contradice con la noticia de las concesiones del *Fuero Real* a Aguilar de Campoo el 14 de marzo de 1255 y a Sahagún el 25 de abril del mismo año. El problema radica en que ambas fechas caen dentro del tercer año de reinado de Alfonso X y no del cuarto. La forma de salvar esta contradicción aparente es aceptar que el *Fuero Real* fue concedido ya en marzo de 1255, pues no podemos negarlo, y que el texto de estas concesiones habría sido otorgado dentro del tercer año de reinado de Alfonso X, y no el cuarto –pero dentro del año que don Eduardo fue armado caballero–. Por tanto, parece que el *éxplicit* conservado no sería el original, el de la primera o primeras concesiones, sino alguno correspondiente a otras posteriores (lo que también podría explicar la diversidad de fechas), que ya tuvieron lugar en el cuarto año de reinado.

No obstante, ha habido otras aportaciones posteriores con respecto a la datación del texto. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ (1980, 1984 y 1988) cree posible incluso que el *Fuero Real* se redactara en tiempos de Fernando III por el todavía infante Alfonso, en torno a 1248 y 1249, en la región burgalesa, y que lo habría dejado depositado en San Pedro de Cervatos, donde lo recuperaría más tarde, ya como rey a su venida de Andalucía, otorgándolo por primera vez a Aguilar de Campoo el 14 de marzo de 1255, y después a Sahagún el 25 de abril, a Santo Domingo de la Calzada el 25 de agosto, a Valladolid el 30 de agosto, etc. La base argumental de MARTÍNEZ DÍEZ para la fecha temprana del texto se encuentra en una presunta alusión al *Fuero Real* que aparece en las *Flores del Derecho* o *Flores de las leyes* de Jacobo DE JUNTA, obra escrita siendo Alfonso X infante, pues, como reza en el prólogo, está dedicada “al muy noble y mucho ondrado señor don Alfonso Fernández, fijo del muy noble e bien aventurado señor don Fernando, por la gracia de Dios, rey de Castilla y León”.

Antonio PÉREZ MARTÍN (1985, 1998-99) ha rechazado esta hipótesis

sobre dos argumentos: por una parte, que el texto al que se alude en las *Flores* bien puede ser el *Espéculo* y no necesariamente el *Fuero Real* y, por otra, que no hay por qué concluir que las *Flores* sean anteriores a 1252, pues, en su opinión, la obra del maestro Jacobo no estaría dedicada al infante Alfonso (futuro Alfonso X), sino al hijo natural de éste, Alfonso el Niño (66). En consecuencia, el *Fuero Real* tendría un *terminus ad quem*, el 14 de marzo de 1255 (67), y un *terminus a quo*, posterior a 1252 y anterior a 1255.

A su vez, Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (1986) propone otro indicio en contra de una fecha tan temprana como la propuesta por MARTÍNEZ DÍEZ: la referencia a la concesión del *Fuero Juzgo* de los mozárabes a los castellanos de Talavera, el 27 de abril de 1254, para acabar con las disputas que surgían en el ámbito jurídico entre castellanos y mozárabes. El hecho de que en esta fecha no se concediera a los castellanos de Talavera el *Fuero Real*, pero sí tres años después también a petición de éstos, conduciría a pensar que por entonces no existía el *Fuero Real*.

1.2. Finalidad.

El *Fuero Real* también fue conocido como *Fuero castellano*. Esta denominación no obedece sólo a su confrontación al *Fuero Juzgo*, el fuero leonés, sino que también es indicativa de cuál fue el ámbito territorial de su aplicación (68). Con el *Fuero Real* Alfonso X pretendía llevar a cabo la unificación jurídica de Castilla y, lo más importante, iniciar la tarea de renovación legislativa que reafirma y amplía después en el *Espéculo* y las *Partidas*.

El *Fuero Real* obedece al deseo de superar la diversidad de tradiciones jurídicas en Castilla. Ya tuvimos ocasión de ver que en León regía el *Fuero Juzgo* –extendido a Murcia y a Andalucía, pues la carencia de tradición jurídica propia y el sustrato mozárabe favorecieron su implantación–, mientras que Castilla y las Extremaduras eran las tierras del libre albedrío y las fazañas. El *Fuero Juzgo* es un fuero regio que sostenía la unificación jurídica del antiguo reino de León, y, por otra parte, recogía las directrices jurídicas en las que Alfonso X podía fundamentar la reclamación del monopolio legislativo; sin embargo, Alfonso renunció a exten-

(66) PÉREZ MARTÍN: 1985, 273-275, n. 78, y 1998-1999, 250, n. 16: *vid.* Parte II, capítulo II, § 1.2.

(67) A pesar de la cronología que ofrece aquí PÉREZ MARTÍN para el *Fuero Real* (1992 a: 59), no identifica el *Libro de Cervatos*, nombrado como tal al ser concedido a Aguilar de Campoo el 14 de marzo de 1255, ni con el *Fuero Real* ni con el *Espéculo*.

(68) GACTO, ALEJANDRE Y GARCÍA: 311.

derlo a Castilla, que carecía de esa uniformidad. El *Fuero Real* fue, pues, el fuero regio pensado para los municipios de Castilla y las Extremaduras. Y en este destino encuentra justificación el hecho de que algunas de las fuentes del *Fuero Real* sean las tradiciones jurídicas burgalesas, así como el silencio que en lo relativo a las fuentes se hace del derecho leonés, del *Fuero Juzgo*, que no obstante fue aprovechado por los compiladores alfonsíes incluso copiando tal cual alguna de sus disposiciones. La aplicación del *Fuero Real* se hizo efectiva en Castilla posiblemente a través de concesiones particulares, aunque esto no es óbice para que existiera igualmente una concesión general.

Las pretensiones reales, la reivindicación de la creación del derecho, están claramente expuestas a lo largo del texto del *Fuero Real*. El prólogo comienza diciendo:

... Porque los coraçones de los omnes son departidos, por ent natural cosa es que los entendimientos e las huebras non acuerden en uno, e por esta razon uienen muchas discordias e tmuchas contiendas entre los omnes [...] en<tendien>do que la uilla nombrada Sancto Domingo de la Calçada non ouieron fuero fasta el nuestro tiempo e iudgáuansse por fazannas e por aluedríos departidos de los omens et por usos desaguisados e sin derecho, de que uienen muchos males e muchos dannos a los omnes e a los pueblos... (*Fuero Real*, Prólogo: 184-185).

Por ello, para acabar con las fazañas y los albedríos “departidos de los omes” y los “usos desaguisados sin derecho” engendradores de daños y perjuicios, acomete, con el consejo de los de su corte, la tarea de la redacción de un fuero que enmienda todos esos usos sin derecho y por el que todos, sin distinción, habrán de regirse:

... e pidiéndonos merçet que les enmendásemos <los vsos que fallásemos> que eran sin derecho e que les diéssemos fuero por que uisquiessem derechamient daquí adelant, ouíemos conseio con nuestra cort e con los omnes sabidores de derecho, e diémosles este fuero que es escripto en este libro por que se iudguen comunalmient uarones e mugieres; et mandamos que este fuero sea guardado por siempre e ninguno non sea osado de uenir contra él... (*Fuero Real*, Prólogo: 185).

Reparemos un momento en la frase “que les enmendásemos los usos que fallásemos que eran sin derecho”. Esto no supone en principio la renovación jurídica, sino que los “usos” sean revisados por el rey –como ya lo hacía Alfonso VIII– y posteriormente confirmados. Es decir, en esta primera obra Alfonso X no pretende imponer ni crear verdaderamente derecho, sino llevar a cabo la tarea de recuperación del antiguo y buen derecho desaparecido por el uso del albedrío y las fazañas o, al menos,

eso es lo que pretende hacer creer (69). Por otro lado, siguiendo la tradición visigótica, el texto nos recuerda que Alfonso ha sido colocado por Dios en la tierra, como ya vimos, para conducir a su pueblo hacia el bien y para mantener la justicia en su tierra, lo que le faculta para establecer las leyes:

Esta es la razón que nos mouió pora fazer leyes: que la maldat de los omnes sea refrenada por ellas e la uida de los buenos sea asegurada e los malos dejen de mal fazer por miedo de la pena. (*Fuero Real* I, vi, 3: 202)

Como afirma IGLESIA FERREIRÓS (1986: 301), esta imagen –de tradición isidoriana– del monarca al frente de su pueblo, encargado de proporcionar la justicia por el terror, para lo que tendrá que establecer nuevas leyes, se acentúa en las obras posteriores, pero en el *Fuero Real* “se mantiene un extraño maridaje entre el antiguo y buen derecho y el nuevo derecho que comienza a extenderse”.

Las leyes del *Fuero Real* se conceden a todos, y ante el incumplimiento de la ley del fuero no valdrá alegar el desconocimiento de la misma (*FR* I, vi, 3). Además, el *Fuero Real* (*FR* I, v, 6) se establece a sí mismo como único código fuente de derecho: aunque se admite la posibilidad de acudir a otros libros, sólo se acepta con el único objetivo de aumentar el conocimiento, nunca para juzgar ni razonar por ellos (70). En el caso de que se produjera una situación jurídica no contemplada en el *Fuero Real* hay que recurrir al rey, el único que puede colmar la laguna jurídica (*FR* I, vii, 1). Para que sea plenamente eficaz, esta normativa tendrá que estar acompañada de una reorganización jurisdiccional: sólo podrán juzgar los jueces “puestos por el rey” y los elegidos por las partes, es decir, jueces regios (71) y de avenencia. Los primeros pueden instruir casos civiles y penales, pero sólo dentro de su territorio; los jueces de avenencia sólo pueden instruir las causas civiles de las partes en litigio. La existencia de esta justicia regia supone importantes consecuencias económicas: la recaudación de las penas irá a parar al rey.

El carácter de la normativa del *Fuero Real* y el ámbito de su aplicabilidad es municipal; no obstante, se ha señalado en alguna ocasión que

(69) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 301.

(70) En estas disposiciones sigue muy de cerca al *Fuero Juzgo*, pero jamás hace referencia a él.

(71) Éstos podrán delegar en otros jueces en casos especiales: “E los alcaldes que fueren puestos por el rey non metan otros en su lugar que iudguen, si non si fueren dolientes o flacos o de guisa que non puedan iudgar, o si fueren en mandado del rey o de conceio o a bodas suyas o de algún su parient do deuen ir, o por otra escusa derecha” (*FR* I, vii, 2: 204-205). Estos jueces delegados pueden ser también considerados de nombramiento regio.

dentro del propio texto del *Fuero Real* se observan ciertas disposiciones o leyes que indicarían que el texto no estaría exclusivamente concebido como un ordenamiento municipal. Salvador MINGUIJÓN (1960: 346-352) nos advierte, por ejemplo, que el título XIII, “De los romeros”, del libro IV, rebasa claramente el ámbito municipal, o también que *Fuero Real* II, xv, “De las alzadas”, no tendría cabida dentro de la justicia municipal, puesto que ésta comienza y acaba dentro del municipio donde, en principio, no se contemplaba tal posibilidad de la alzada. La integración de las alzadas en el *Fuero Real* sólo se entiende en conexión con la política real de asunción de las capacidades de crear el derecho y aplicar la justicia. La existencia de algunas disposiciones que regulan las relaciones vasalláticas, de por sí contrarias a la igualdad propia de los habitantes de los municipios, es para PÉREZ MARTÍN (1992 a: 21) muestra de que el *Fuero Real* fue concebido para todo el reino y no como fuero municipal, en cuyo principio de igualdad ciudadana no tendría cabida la relación vasallática. En nuestra opinión, la aparición de estas regulaciones o disposiciones que van más allá de lo meramente municipal puede deberse quizá más a una falta de integración de materiales de heterogénea procedencia, como son las costumbres e instituciones castellanas y los usos novedosos del derecho que llegaba de Europa, que a que el *Fuero Real* fuera concebido como un código legal para todo el reino. Si bien se esgrime que algunas disposiciones rebasarían lo municipal, nos parece legítimo argumentar que el resto del fuero sería insuficiente como legislación que regule la administración de la justicia y el gobierno de un reino.

1.3. Ulterior suerte.

Por lo que se deduce de la situación jurídica aludida en el texto, Alfonso X estaba pensando en Castilla y su Extremadura en el momento de redactar el *Fuero Real*, pues no era necesario combatir la creación libre del derecho en las tierras leonesas ni en Andalucía o Murcia, que poseían un fuero de origen regio. La reivindicación del monopolio legislativo suponía el fin de la independencia jurídica de los nobles y de la autonomía legislativa y política que poseían las ciudades castellanas. Sin duda, éste fue uno de los motivos a que obedecería la derogación general y absoluta del *Fuero Real* en 1272 (72) y la confirmación, por parte de Alfonso X, de los antiguos fueros de las ciudades castellanas –aunque algunas lo conservasen o demandaran después como fuero particular para resolver sus deficiencias normativas.

(72) No obstante, para GARCÍA-GALLO, fue el *Espéculo* y no el *Fuero Real* el derogado entonces.

1.4. Valoraciones

El hecho fundamental para la historia del *Fuero Real* es que el texto se concedió por vez primera el 14 de marzo de 1255 a Aguilar de Campoo y que el éxplícit del texto y otras referencias externas a él lo sitúan en los primeros años del reinado de Alfonso X. La tesis de GARCÍA-GALLO de la confección posalfonsina del *Fuero Real* –después 1293– ha sido más que superada por la crítica desde el punto de vista analítico y documental. Contra la afirmación del jurista madrileño: “No se conoce ningún manuscrito del siglo XIII” (1976: 652), existe una evidencia incontestable, y es que conservamos un manuscrito alfonsí del *Fuero Real*, el concedido a Santo Domingo de la Calzada el 25 de agosto de 1255 (73). No sólo el *Fuero Real* es una obra alfonsina, sino que quizá fue la única que poseyó valor legal en los días de Alfonso X: incluso una difusión general y temprana en Castilla y su Extremadura desde 1256. Si bien no hay documentos en que se nos hayan conservado estas concesiones generales, existen algunos indicios que podrían demostrar su existencia. IGLESIA FERREIRÓS (74) plantea cómo ciertas reacciones en las Extremaduras, cuyos municipios y caballeros presentaron al rey unos agravios comunes por algunas de las prácticas jurídicas prescritas en el *Fuero Real*, y que el rey tuvo que matizar, aclarar y solucionar en un privilegio en 1264, estarían remitiéndonos a una concesión general anterior del *Fuero Real* para las Extremaduras, que casi con toda seguridad sería la realizada en 1256, y que sólo conocíamos como concesiones particulares a diferentes villas. Apoyaría este hecho, además, que en 1265, en una carta dirigida a Alarcón, el rey, a petición de los concejos de Extremadura, les concede la vuelta a los fueros antiguos. Lo interesante está en que no se pide al rey la derogación del privilegio de 1264, que ratificaba (a la vez que matizaba) el *Fuero Real*, sino la vuelta a los fueros que tuvieron en tiempo de Alfonso VIII y Fernando III.

Por otro lado, el *Fuero Viejo* afirma que el rey “dio el ffuero del libro [el *Fuero Real* –a pesar de GARCÍA-GALLO–] a los conçejos de castiella”. Esta concesión general para Castilla también parece deducirse del varias veces mencionado preámbulo del *Fuero de Briviesca* (75). La existencia,

(73) Ms. Z.III.16 de la Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial. Vid. el estudio paleográfico previo a la edición de MARTÍNEZ DÍEZ, *Fuero Real*: 135-159.

(74) Vid. también IGLESIA FERREIRÓS: 1983, 455-521.

(75) “Este es libro del fuero que la infanta doña Blanca, nieta del muy noble rey don Alfonso de Portugal e nieta del muy noble rey Don Alfonso de Castiella, señora de las Huelgas e de la villa de Verviesca, otorgo a los moradores de Verviesca que agora son e que seran daqui adelante por siempre jamas, por razon que fasta aquí no auien fuero cierto et pedieron-

además, de una concesión general a las Extremaduras podría avalar una posible concesión general del *Fuero Real* también para Castilla. El hecho de que algunas ciudades castellanas recibieran el *Fuero Real* de forma individual no sería impedimento para que hubiera tenido lugar una concesión general del *Fuero* a todas las villas de Castilla.

2. El *Libro del Fuero o Espéculo*

Si con el *Fuero Real* Alfonso X intentó básicamente reclamar para sí el monopolio legislativo y unificar jurídicamente Castilla, con el *Espéculo* reafirmó esa tarea y la llevó un poco más allá: en el *Espéculo* parece plantearse la unificación jurídica total del reino y una renovación mayor del derecho.

La tradición textual del *Espéculo* es muy pobre. El texto sólo se nos ha transmitido en cuatro códices, de los cuales el más importante es el Ms 10123 de la Biblioteca Nacional de Madrid, que se puede fechar hacia 1390; de principios del siglo XVI es el Res. 125, también de la BNM, que sólo conserva el libro tercero; los otros dos manuscritos restantes son de los siglos XVIII y XIX (76). Los tres últimos son simples copias del primero.

Si la multitud de testimonios conservados de las *Partidas* y su variedad suscitan una gran cantidad de incógnitas y diversas hipótesis, en ocasiones irreconciliables, no es mucho menor el problema que plantea la escasez testimonial del *Espéculo*. De este hecho nace la discusión sobre su extensión, sobre su verdadero contenido y sobre si fue promulgado y poseyó validez legal en alguna ocasión –y, si fue así, en qué ámbito–, hecho que en principio ha sido aceptado sólo con matices y no por toda la crítica. Pero empecemos por el principio.

2.1. Denominación.

Se desconoce el nombre con que originariamente se bautizó al texto, ni cómo se lo denominó realmente durante el siglo XIII. Las referencias internas del texto aluden siempre a “este libro”, “este nuestro libro”, referencias demasiado genéricas que nunca podríamos considerar un título. El título de *Espéculo* no se documenta jamás a lo largo del texto ni en otras obras ni documentos alfonsinos, pero sabemos que ya en el siglo XIV era efectivamente conocido como *Espéculo*. Admitiendo que sea el *Espéculo*

le merçet que les diesse el *Fuero que ovo fecho e otorgado para todo el regno el rey don Alfonso de Castiella su auuelo...*”. Citamos por el Ms. 9199 de la BNM.

(76) La copia del siglo XIX es la que preparó la Academia en 1836 para la publicación.

el libro a que se remite en el Ordenamiento de Zamora (77), podemos decir también que en 1274 el texto no era conocido aún como *Espéculo*:

Otrosi tiene el rey por bien quelos que sellan las cartas en la chancillería que non tomen por ellas mas delo que dize en el su libro que fue fecho por corte en Palencia en el anno que caso don Doarte, et si mas tomaren quello den doblado... (CARLYC: I, 93, doc. XVI)

Parece, pues, que *Espéculo* no era su nombre originario. El origen de tal denominación se puede encontrar en una frase del prólogo: “estas leyes que son escriptas en este libro, que es espejo del derecho, por que se judguen...”. Este “espejo de derecho” influyó en la rúbrica del encabezamiento del texto que se nos ha conservado (el ms. 10123 de la BNM, fechado hacia 1390):

Este es el libro del ffuero que ffizo el rrey don Alfonsso, ffiio del muy noble rrey don Fferrnando e de la muy noble rreyna dona Beatriz, el qual es llamado *Especulo*, que quiere decir tanto como espeio de todos los derechos...

A partir de aquí, todo lo dicho sobre la denominación del texto son interpretaciones e hipótesis. Según R. A. MACDONALD (1986), *Libro del fuero* podría haber sido un título válido, aunque más le parece una “frase descriptiva general” que un título. GARCÍA-GALLO (1976) no se atrevió en un primer momento a darle un nombre definitivo, pero basándose en el prólogo (“feziemnos estas leyes que son escriptas en este libro”), optó por denominarlo *Libro de las leyes*, título que no encuentra un claro apoyo textual. La definitiva extensión del uso de *Espéculo* –si es que no fue realmente el título original– tuvo lugar quizá para evitar confusiones nominales entre los textos jurídicos alfonsíes. Por otra parte, es posible que tras este título exista también cierta intención de poner el texto en relación con el derecho germánico, bien por el *Fuero de los Visigodos*, bien por tradición dinástica y el conocimiento de la riquísima tradición medieval de los *specula* (78).

(77) Según IGLESIA FERREIRÓS (1986, 401-404), es posible que el texto a que se refiere el Ordenamiento de Zamora no sea el *Espéculo*, sino otro ordenamiento del rey Alfonso también denominado *libro* y aducido sucesivamente por Sancho IV, Fernando IV y Alfonso XI. No obstante, ha venido siendo admitido sin discusión que el texto al que se alude en el Ordenamiento no es otro que el *Espéculo*: vid. GARCÍA-GALLO: 1976; CRADDOCK, J. R.: 1981; MACDONALD, A.: 1986.

(78) Para MACDONALD (1986: 619), el cultismo “espéculo” y no la voz vulgar “espejo” estaría también acorde con la teoría de la conexión con la literatura de *Specula*. Sugiere también MACDONALD la posibilidad de que Alfonso y sus colaboradores conociesen el *Schwabenspiegel*, a pesar de que éste no se redactara hasta 1275.

2.2. Estructura y extensión.

La extensión, la estructura y el contenido del texto, junto a la fecha de creación y de conclusión, son los puntos sobre los que gira la polémica en torno al *Espéculo*. De la diferente manera de poner en relación todos los datos se derivan las múltiples hipótesis acerca de la ejecución total o parcial del texto. Podemos adelantar que, a pesar de que los testimonios textuales que nos han llegado muestran un texto inacabado, parte de la crítica concede que la obra fue terminada, pues creen en su promulgación. Pero, ¿fue realmente promulgado? Si así fue, ¿fue promulgado completamente? O, si no se redactó completamente, ¿en qué términos se llevó a cabo su promulgación? ¿Pudo ser promulgado parcialmente?

El *Espéculo*, tal como lo conocemos, sólo ha conservado los cinco primeros libros. El texto preservado consta de un prólogo, al que le siguen unas 2.500 leyes distribuidas en 182 títulos, repartidos en los cinco libros mencionados. El primer libro contiene tres títulos y diecinueve leyes, en los que se trata de las leyes y de la fe cristiana; el contenido de este libro se halla recogido en los tres primeros títulos de la *Primera Partida*. El libro segundo se refiere a la persona del rey y a la realeza y consta de dieciséis títulos y ochenta y dos leyes; la mayoría de estas leyes se recogen en los títulos I-XX de la *Segunda Partida*. El libro tercero abarca las diligencias para la guerra, las obligaciones de los súbditos y vasallos y el derecho militar; comprende ocho títulos y sesenta y dos leyes, cuyo contenido se corresponde con los títulos XXI-XXVIII de la *Segunda Partida*. El libro cuarto trata en trece títulos y doscientas cuarenta leyes de la administración de justicia centrándose en los elementos humanos que intervienen en los pleitos; el contenido coincide con los títulos I-VI y XVII-XXVIII de la *Tercera Partida*. El quinto y último libro concluye lo relativo a la administración de justicia, centrándose en la marcha del proceso judicial; contiene quince títulos y ciento cincuenta y cuatro leyes; el contenido coincide con el que aparece en los títulos VII-XXXI de la *Tercera Partida*. Hay serias dudas acerca de que este último libro del *Espéculo* fuera terminado, como veremos más adelante.

Las citas que se han hecho del libro, muy numerosas desde el siglo XIV, sólo hablan de un *Espéculo* compuesto tal y como hoy lo conocemos: no hay más referencias o citas de otros libros del *Espéculo* más allá de los cinco conservados. Sin embargo, durante la lectura del texto saltan a la vista no pocas referencias internas a los libros sexto y séptimo, lo que *a priori* nos lleva a concluir que el *Espéculo* constaría de siete libros. Pero, ¿existieron físicamente estos dos últimos libros? ¿Se han perdido en la tradición textual o fueron únicamente proyectados pero jamás redactados? ¿Qué materia tratarían estos libros y cómo estaría repartida? ¿Es posible

que existiera un número mayor de libros que siete? Varias, heterogéneas y contradictorias son las respuestas –aun las ofrecidas por un mismo crítico– que se han venido ofreciendo.

Hasta el momento, las diversas hipótesis proponen un número de libros que oscila entre siete y doce. En la monografía dedicada en 1952 al *Libro de las leyes*, GARCÍA-GALLO concede que el *Espéculo* debió constar de un número de libros mayor que cinco, aunque no aventura qué número. MARTÍNEZ DÍEZ (1988: 22) aboga por la tesis de los nueve libros. Salvador MINGUIJÓN (1956) defiende, en cambio, que el *Espéculo* estaba compuesto por doce libros. Para R. A. MACDONALD (1986: 620-622) –último editor del *Espéculo*–, las citas, remisiones y reenvíos internos que figuran en el texto son suficiente garantía para afirmar que el libro fue proyectado en siete libros o los poseyó. Aduce, además, que la relevancia que el rey otorga en el *Setenario* a las virtudes del número siete de algún modo justificaría también la tesis de un *Espéculo* proyectado en siete libros (79.) Según afirma el rey en el *Setenario*:

Setenario pusiemos nonbre a este libro porque todas las cosas que en él son van por cuento de siete. Et esto fue porque es más noble que todos los otros, segunt que adelante se mostrará por la razones que se dicen en él desde el comienço fasta la fin... (*Setenario*: 25).

En otra parte del *Setenario* Alfonso acude a la voz “alfabeto” que (sin contar la b) tiene siete letras: alfa y omega son la primera y la última respectivamente, el principio y el fin, es decir, el símbolo de Dios. Dando un paso más allá, Alfonso no duda en indicar que su nombre, que también cuenta con siete letras, responde a la fórmula divina y, por tanto, que él es el receptor de “los dones divinamente conferidos, especialmente el entendimiento y la voluntad” (80). A este valor simbólico del número siete en el *Setenario*, MACDONALD añade que se puede establecer una relación de paralelismo entre el *Digesto* y el *Espéculo*, libros divididos en siete partes, por un lado, y entre las *Instituciones* y el *Fuero Real*, divididos en cuatro libros. En fin, todo ello, más el hecho de que el *Setenario* y las *Partidas* –herederas directas del *Espéculo*– se encuentren divididos en siete partes, condiciona la conclusión de MACDONALD sobre el número de libros que poseería el *Espéculo* (81).

(79) Vid. Parte I, capítulo II, § 4.

(80) MACDONALD: 1986, 620-621.

(81) GARCÍA-GALLO, recurriendo también al criterio de paralelismos, cree posible que el *Espéculo* pudiera haber alcanzado los nueve libros, pues el código justiniano, tal como fue conocido en la Península, donde tuvo un considerable influjo durante la Edad Media, poseía semejante estructura.

Una vez establecido el número de libros, este investigador propone el contenido de los hipotéticos libros sexto y séptimo: el sexto se ocuparía de las jurisdicciones de los pleitos, pues hay referencias a títulos sobre los hijos que salen de la autoridad de sus padres (V, VIII, 4), a la venta de bienes eclesiásticos (V, VIII, 3) y a los límites en un pleito entre las jurisdicciones eclesiástica y seglar (V, XIII, 11; V, XIV, 11). En cambio, el título sobre la guarda de los huérfanos habría de encontrarse en el libro séptimo (IV, IX, 7; V, VI, 7). También en el libro séptimo habrían de estar los títulos sobre las franquezas y los ahorramientos (IV, XII, 42), y acerca de las herencias (V, VII, 15).

Tras una lectura atenta del texto, reparamos enseguida que las citas y reenvíos a los libros sexto y séptimo son en ocasiones incoherentes, ya que remiten a veces a un mismo libro materia heterogénea, de diferente carácter jurídico, y en otras ocasiones la misma materia aparece distribuida en los dos libros. Por tanto, creemos apropiado concluir que estos libros solamente fueron proyectados y que, en consecuencia, tales errores son lógicos, pues se desconocía aún el lugar exacto de ubicación de una ley o de un título, e incluso cómo sería la redacción definitiva. Puesto que las citas ambiguas y los reenvíos afectan también al libro quinto, hay que plantearse otra cuestión: ¿fue concluido el libro quinto del *Espéculo*?

Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (82) ha analizado profundamente estas citas, referencias y reenvíos del texto, y ha concluido por una parte que el *Espéculo* que hoy conocemos no tiene la misma estructura que la que poseyó el texto que se formaba en los talleres alfonsíes —aunque sin afirmar la existencia de diferentes redacciones—, y por otra que el *Espéculo* es una obra inconclusa: conclusiones que son, a nuestro juicio, incontestables.

Nos interesa aquí detenernos un momento en este análisis por una razón fundamental: si bien las conclusiones alcanzadas puedan ser discutibles, los datos que se desprenden del minucioso análisis del profesor IGLESIA ayudan a comprender el estado estructural del *Espéculo* y nos dan alguna pista sobre el proceder en los talleres compilatorios alfonsíes en materia jurídica, lo que resulta de especial interés para nosotros, ya que el *Espéculo* es sin duda el antecedente inmediato de las *Siete Partidas* y así se manifiesta, como tendremos ocasión de demostrar, con respecto a muchas de las leyes de la *Tercera Partida*, cuyo texto editamos en este trabajo.

IGLESIA FERREIRÓS (1986: 411-463) realiza el más profundo análisis hasta la fecha de todas las citas y remisiones que en el *Espéculo* se hacen

(82) Apuntado inicialmente en 1971: 954-956 (especialmente en n. 35) y desarrollado posteriormente en 1986: 411-463.

a leyes, títulos y libros. Previamente establece una compleja casuística de modalidades de citas: dentro de las citas a leyes hace nueve divisiones; dentro del apartado de citas a títulos hace seis subapartados y, por último, en el apartado de citas a libros hace también nueve subdivisiones. Todas estas subdivisiones se establecen en función del modo en que se realiza la cita, esto es, por el grado de perfeccionamiento y cantidad de información que ofrecen: de más ambiguas a más específicas y concretas. Es decir, no tiene el mismo valor una cita –ya sea de ley, título o libro– del tipo “mandan las leyes” que “las leyes de suso”, ni éstas poseen el valor de remisiones como la que aparece, por ejemplo, en *Espéculo* V, vi, 1: “en el primer titulo del libro quarto en la ley que comienza: *Mas deven aun fazer*”. A la vez que expone los diferentes tipos vamos conociendo qué dejan entrever estas citas sobre la elaboración y estructura del *Espéculo*. Así, por ejemplo, en el sexto subapartado dentro del dedicado a las citas a leyes, se concluye que el prólogo de cada título fue considerado una ley, la primera ley, algo que se confirma más adelante:

En la redacción original del *Espéculo* el actual prólogo que abre cada uno de los títulos era contado como una ley más. He insinuado que existe una multitud de datos que así lo demuestra; me limitaré aquí a recoger [...] aquellas citas que ofrecen la mayor perfección en su redacción.

E. 4, 11, 8: “en la deizesetena ley del titulo de los testigos que comienza *jurar deven*”, que se identifica sin duda alguna con la actual E. 4, 7, 16.

E. 5, 8, 26 : “en la setena ley en el titulo por que se ganan o se pierden las cosas que comienza *veynte años*”, que igualmente se identifica sin duda alguna con la actual E. 5, 5, 6 (83).

También se descubre que cuando una ley remite a alguna ley anterior o posterior hay que contabilizar la propia ley en la que aparece tal cita.

Pero nada de todo esto se produce con regularidad, sino que hay bastantes anomalías y errores. Por lo general, cuanto más perfectas son las citas y más información aportan, más evidentes se hacen estos errores. Muchos pueden ser explicados como confusiones de los copistas como, por ejemplo:

En E. 4, 5, 4 se afirma: “En la dozena ley del titulo ante deste mostramos como el demandador deve guardar en que tiempo faze su demanda, e mostramos y por que razones lo deven fazer”. De acuerdo con el criterio establecido este reenvío, dado que el prólogo se contaba como ley, se refiere a la actual E. 4, 4, 11; sin embargo, E. 4, 4, 11 no puede ser la ley a la que reen-

(83) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 424.

vía E. 4, 5, 4, ya que claramente esta ley [...] se remite a E. 4, 4, 10, que ofrece un epígrafe tan expresivo como el siguiente: “como el demandador deve guardar de non fazer demanda en tiempo feriado”.

Ante esta situación caben dos opciones: a) pensar que se ha suprimido una ley antes de la actual E. 4, 4, 10 con lo que éste, que en la redacción originaria era la undécima ley del título cuarto, se convirtió en la décima ley del mismo título; de esta forma, al mantenerse la cita originaria, ésta dejó de tener sentido; b) pensar en una equivocación del copista [...] sea que viera en el original “en la XI ley” y escribiera “en la docena ley”. No voy a discutir acerca de las posibilidades de incurrir en dicho error, me parece suficiente señalar que más adelante, en la misma ley citada del *Espéculo* –E. 4, 5, 4–, existe un reenvío correcto: “Ca maguer que en aquella onzena ley sobredicha...”; es decir, esta *onzena ley* sería la actual E. 4, 4, 10 y al referirse E. 4, 5, 4 a “aquella onzena ley”, está subrayando que ya la había citado. La errata por tanto parece evidente y no cabe pensar en una alteración en el texto original (84).

No obstante, para IGLESIA FERREIRÓS, apelar a las erratas como explicación de estos errores puede ser una solución demasiado fácil; en ocasiones, pueden existir otras causas y los errores pueden serlo sólo en apariencia. Veámoslo. Si tenemos en cuenta que los prólogos de los títulos se contaban como leyes, en los dos primeros títulos del libro segundo encontraremos importantes incoherencias en las remisiones. El actual título primero del libro cuarto tiene un prólogo y una ley, dos leyes en el cómputo antiguo. Pues bien, si atendemos a E IV, XII, 1, que dice “Pero dezimos, que aquellos pueden poner judgadores en sus lugares, segunt dixiemos en la *tercera ley* del primer título deste libro cuarto”, nos encontramos ante un claro error, pues este título sólo tiene dos leyes, y además podemos comprobar que esta cita corresponde a E IV, II, Pról. Otras confusiones de este tipo no son infrecuentes. E V, IV, 2 expone “razonando que es siervo o descomulgado concejeramente... que dicen en la *cuarta ley* del primero título del quarto libro”, que se corresponde con E IV, II, 1. E V, XIII, 9 dice “Segunt dize en la ley XVIII del titulo primero del quarto libro”, que corresponde a E IV, II, 15. Lo que vienen a demostrar estas citas aparentemente erróneas, por un lado, es que el actual título segundo de este libro cuarto era originariamente el título primero, y por otro, que para que se mantenga la coherencia de la cita es necesario contar las leyes del actual título segundo como parte del originario título primero. Es decir, que los actuales título primero y segundo del libro cuarto eran uno solo. Un apoyo definitivo a esta hipótesis puede ser lo que dice E V, XII, 18: “Mas si fueren de los que judgan los pleitos cutianamente en casa del rey, e aqui vienen las alzadas de los juicios de aquellos, que judgan en

(84) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 425-426.

las cibdades, e en las villas, e en los otros lugares, asi como dixiemos en el primer titulo del quarto libro”, materia que, en realidad, se halla ubicada en el actual título segundo. La consecuencia de todo esto es que el actual título tercero pasa a ser el originario título segundo, lo que parece también mostrar *E IV*, III, 10: “Los sayones e los peones de todos estos sobredichos, que deven de ayudar a fazer la justicia, tan bien a los que la an de judgar, asi como dixiemos en el primer titulo deste libro, como a los que lo an a conprir por obra de que fablamos en este titulo segundo”.

Pero hay más. IGLESIA FERREIRÓS, a partir de otra aparente errata, consigue demostrar que los títulos cuarto y quinto del libro cuarto eran uno solo:

E. 4, 12, 46 [...] comienza de esta forma: “Razones y a muchas porque non valen algunas cartas de las que sallen de la casa del rey, asi como mostramos en el quarto titulo deste quarto libro, que fabla de las cartas”.

La cita es evidentemente errónea, ya que es el título sexto del libro cuarto del *Espéculo*, el que se ocupa “de las querellas e de las cartas”. La manera más fácil de explicar esta circunstancia es recurrir a la existencia de una errata: el copista leyó IV, donde estaba escrito VI [...]

Esta explicación es satisfactoria, pero no es plenamente convincente, entre otras cosas por lo que se dice en E. 4, 6, Pról. “Dos cosas tanxiemos en la primera ley del titulo ante deste, de que nascen todos los pleitos, que se an de librar derechamente por juyzio. Estas son las demandas que los omes se fazen unos a otros, e las querellas que fazen unos de otros”.

Pero ni E. 4, 5, Pról. ni E. 4, 5, 1 hacen mención a esta doble materia. Si acudimos a E. 4, 4, Pról. nos encontramos con esta afirmación “Mas porque esto no lo pueden fazer a menos de aver razon para venir a ella, asi como por las demandanzas e las querellas que an los omes los unos contra los otros, por ende nos queremos dezir e mostrar primeramente de los demandadores que fazen estas demandas e estas querellas, que es lo que devan fazer ante que que la querella e la demanda fagan”.

¿Estaban originariamente unidos los actuales títulos cuarto y quinto del libro cuarto del *Espéculo*? (85).

IGLESIA FERREIRÓS concluye que ambos títulos –cuarto y quinto– del libro cuarto del *Espéculo* eran originariamente uno solo. En consecuencia, ahora se hace buena la cita de *E IV*, XII, 46, pues el actual título sexto (“De las querellas e de las cartas”) fue originariamente el cuarto; no hay, pues, error en el reenvío.

Pero la variación estructural no se limita al libro cuarto. Según muestran las citas internas, el actual título decimotercero del libro segundo es el originario título décimo del mismo libro y el antiguo decimotercero es el actual decimosexto:

(85) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 435.

En E. 4, 3, 3 se dice al inicio de la ley: “De la onra e de la guarda del merino mayor, e de la justicia de la casa del rey avemos mostrado en el dezeno titulo del segundo libro”, cita que se remacha al final de la ley cuando se afirma “E demas aun dezimos, que si alguno matare o firiere alguno de los peones del merino mayor, o de la justicia de la casa del rey, que debe aver tal pena como si lo fiziese alguno de los merinos de casa del rey, como dize la postrimera ley del dezeno titulo del segundo libro”. La guarda del merino del rey se recoge E. 2, 13, 4 y la guarda del justicia o alguacil de rey se realiza en E. 2, 13, 5 [...]

Esta anomalía parece confirmarse por E. 5, 1, 12: “asi como dize en la quarta ley del XIII titulo del libro segundo”, que alude a E. 2,16, 3. En este caso la cita es correcta en cuanto a la ley –la ley cuarta es la actual tercera al contarse la originariamente primera ley como prólogo–, pero es evidente la diferencia en cuanto al número del título (86).

En contra de lo que afirma GARCÍA-GALLO, IGLESIA FERREIRÓS no cree en una mutilación del texto del segundo libro, sino en una redacción originaria del texto con una división menor en títulos. Y algo similar parece ocurrir también en los títulos anteriores de este mismo segundo libro, pues si nos guiamos por E II, 6, Pról. el título séptimo debería abarcar la guarda de todas las cosas raíces del rey y la realeza. Sin embargo, el actual título séptimo reza simplemente así: “De los castiellos e de las villas e de las otras fortalezas como se deuen rezebir e guardar”, y la materia sobre los bienes del rey continúa en el título octavo “Como deven enplazar e dar al rey las fortalezas que rezebieron o que ganaron”, el título noveno “Como deven enplazar las villas e los castiellos quando se las quisieren dexar” y el décimo “Como deven guardar al rey sus casa e sus cilleros e sus heredades”. Todos estos títulos tratan por separado sobre los bienes raíces del rey, algo contrario a lo que anunciaba –si bien es cierto que no de un modo definitivo– E II, VI, Pról. Por si no son indicios suficientes, el título undécimo, “de como deven guardar las cosas muebles del rey vivas”, tiene un prólogo que dice así: “de la guarda de las cosas no muebles del rey avemos dicho. Agora queremos dezir de las muebles”, lo que parece referirse a un bloque anterior más o menos unitario. Por todo ello, se podría afirmar que habría un originario título sexto que trataría sobre el señorío del rey; un originario séptimo que abarcaría los actuales títulos séptimo, octavo, noveno y décimo que tratarían sobre los bienes no muebles del rey; el actual título undécimo sería el originario octavo sobre la guarda de las cosas muebles; el noveno, actual duodécimo, trataría sobre los hombres religiosos del rey, y el actual decimotercero, originario décimo, sobre los hombres legos.

(86) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 432.

En otras ocasiones, estas remisiones indican que algunas leyes, hoy independientes, habrían sido originariamente una:

Así en E. 3, 5, 18: "Ya que mostramos qual pena deven aver los que fuyen e dexan a sus señores en alguna de las maneras que dixiemos en esta ley, agora queremos otrosi qual pena merecen los que fuyen con las señas". El epígrafe de E. 3, 5, 18 es: "que pena deven aver los que fuyen con las señas" y el epígrafe de E. 3, 5, 17: "que penan deven aver los que fuyen de la batalla dexando y sus señores". Estos datos parecen mostrar la existencia de una errata; quizá se había escrito "en esta ley ante desta", pero ¿no es posible pensar que originariamente las actuales E. 3, 5, 17-18 formaban una única ley?

Este mismo problema se plantea en E. 4, 7, 16, que inicia así "Jurar deven fazer en esta guisa que dixiemos en esta ley, aquellos que son como en manera...". La colocación de la frase en la actual E. 4, 7, 16, la forma de estar redactada -dixiemos- y el hecho de que E. 4, 7, 15 lleva este significativo epígrafe "como deven jurar los testigos ante que digan su testimonio" parecen mostrar que originariamente E. 4, 7, 15-16 formaban una sola ley (87).

El *Espéculo* que ha llegado hasta nosotros no es, pues, el primitivamente redactado. Esto no demuestra para IGLESIA FERREIRÓS la existencia de una redacción completa anterior del *Espéculo*, sino la modificación de algunas secciones, esto es, que se efectuó una revisión que condujo a una nueva división de algunos títulos y leyes, aunque la mayor parte de las citas no se corrigieron y por ello aparecen incoherencias en las referencias y reenvíos. Estas incoherencias en el sistema de referencias y citas y la desorganización estructural sugerirían que el *Espéculo* sería una obra fallida, una obra abandonada, que ni tan siquiera interesó terminar de corregir, pues no llegaría a ser aplicada en la práctica. Sería, pues, más bien un proyecto legislativo que una ley.

Para apoyar la tesis de que el *Espéculo* fue una obra fallida, que no llegó a terminarse, IGLESIA FERREIRÓS analiza todo lo referente a los libros no conservados del *Espéculo*. Nos hace ver que, a medida que el texto del *Espéculo* se va confeccionando, la calidad de las citas y los reenvíos a otros libros van aumentando y se van haciendo más perfectos -sin tener en cuenta las referencias al propio libro en que se encuentran insertos-. Esto ocurre sobre todo en el libro quinto, el último, que posee citas correctas referidas al libro cuarto, aunque no sucede al revés. En las citas donde se menciona el número del título y el número del libro -cuya precisión requiere un texto ya establecido al que remitirse sin que se produzca error-, observamos comportamientos curiosos: el libro tercero sólo menciona títulos que están dentro del propio libro. El libro cuarto menciona

(87) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 426.

los libros segundo, tercero, cuarto y también el sexto y el séptimo. Pero mientras que las referencias a los primeros, ya redactados, se hacen por el número del título y a veces por el título, las remisiones a los últimos sólo se efectúan por el título. El libro quinto opera de manera similar a la del libro cuarto, es decir, las citas a libros no conservados se realizan por el epígrafe y no por el número. Según se observa en el sistema de reenvíos y citas a los libros no conservados, se puede constatar que no existen remisiones a leyes que aparezcan identificadas por su inicio o su número, del mismo modo que no hay ninguna cita de título en que éste aparezca citado por su número. Es más, en ocasiones podemos encontrar diferentes remisiones a un mismo título, cuyas redacciones varían en cada cita. En otros lugares encontramos unidos en un mismo epígrafe títulos que otras veces aparecen por separado, como es el caso del “título de los testigos e los escribanos”. No existe pues una perfecta identificación de los títulos situados en los libros no conservados.

Hemos de recordar que las citas internas a libros no conservados sólo se refieren al libro sexto y al séptimo. Al observar las remisiones que se producen al libro sexto, salta a la vista un problema: algunas citas del libro cuarto referidas a los derechos eclesiásticos remiten tanto al libro quinto como al sexto. El problema se agrava al constatar que el propio libro quinto mantiene ese mismo tipo de remisiones a sí mismo hasta que, a partir del título decimotercero, esas remisiones se hacen al libro sexto:

E. IV, 8, 8: “Mas si le pleito fuere entre el perlado e su cabildo, o su conuento, ninguno dellos non puede dar personero, a menos de mandado de su mayoral que a de judgar aquel pleito, asi como dice en el *quinto* libro”.

E. V, 4, 11: “Ca atal descomulgado nol deve ome aconpanar nin razonar con el, sino en aquellas maneras que santa iglesia manda, asi como mostraremos en el *quinto* libro”.

E. V, 13, 11: “Eso mismo dezimos, que si alguno judgase pleito que perteneciese a santa iglesia, sinon aquellos que lo deven fazer segunt dize en el *sesto* libro” (88).

Es decir, se remite una misma materia a dos libros diferentes. ¿Son de nuevo errores en las citas? ¿Hay irregularidades en la composición del propio libro quinto? ¿Fue acabado el libro quinto del *Espéculo*?

Es posible admitir que se hayan producido errores de reenvío, pues no parece lógico que una misma materia se halle doblemente situada en libros de diferente carácter. Es cierto que en el caso de los libros primero y quinto se trata una misma materia eclesiástica en dos libros diferen-

tes (89), ya que ambos tratan del Papa, la Fe católica y los Sacramentos de la Iglesia, pero el tratamiento doble responde también a una doble perspectiva, más definitoria la primera y más jurídica la segunda, con el objetivo de separar claramente la jurisdicción eclesiástica de la regia. Sin embargo, no cabe esta posibilidad en cuanto a la intervención de la Iglesia en el proceso legal, la materia ambiguamente reenviada a los libros quinto y sexto. Se barajan, pues, dos opciones posibles: o se ha producido un error en la remisión, o se desconocía verdaderamente cuál sería la ubicación final de dicha materia. Si a este panorama añadimos lo que se desprende de las remisiones al libro séptimo, comprobaremos que existe una cierta inseguridad acerca de dónde se iba a tratar la materia legal restante. Veamos dos claros ejemplos:

E. IV, ix, 7: "... por alguna de las maneras que dize en el *sesto* libro en el titulo que fabla de la guarda de los huerfanos".

E. V, vi, 7: "asi como dize en el *septimo* libro en el titulo de la guarda de los huerfanos".

Así las cosas, habría, pues, un libro quinto que se ocuparía de jurisdicción eclesiástica y se menciona un libro sexto que se ocuparía de la misma materia; se alude a un libro sexto que se encargaría de tratar de las reliquias, cosas sagradas, religiosas o santas, y a un libro sexto que se encargaría de la emancipación de los hijos y de la guarda de huérfanos; pero existen también alusiones a un libro séptimo que trataría la misma materia, a la vez que de las herencias y los "aforramientos". Según IGLESIA FERREIRÓS, esta indeterminación en la distribución de los contenidos, que supone que la misma materia aparezca tratada en dos libros y que materia emparentada esté dispersa en diferentes libros, es muestra de que los compiladores conocían qué materias se tratarían, aunque no bien dónde, y mostraría que la parte final del *Espéculo* sólo fue proyectada pero nunca acabada de idéntica manera a los cinco primeros libros, lo que también estaría apoyado por el hecho de que no haya ninguna cita, que no sea interna del propio *Espéculo*, a libros posteriores al quinto.

Partiendo de todo lo dicho, si se acepta que no hay citas más allá de un libro séptimo y que los reenvíos y citas a títulos de los libros sexto y séptimo muestran fuertes imprecisiones —y si añadimos la sospecha de que la materia sobre la jurisdicción eclesiástica estaba programada para el libro quinto, pero que tuvo que desplazarse al libro sexto—, se podría

(89) *Espéculo* V, v, 2: "E esto por dos rrazones: la vna por que el apostólligo tiene logar de Nuestro Ssennor Ihesu Christo en tierra, assí commo mostramos en el primero e quinto libro" (438).

intentar solucionar el problema de la estructura del libro quinto y de su posible grado de terminación. La regulación de la jurisdicción eclesiástica aparece, como hemos indicado, bien en el libro quinto, bien en el sexto. Aceptando las primeras citas, el libro quinto del *Espéculo* estaría incompleto; si se aceptan las segundas, debe concluirse que la doble materia procesal, inicialmente programada en dos libros –jurisdicción eclesiástica y jurisdicción regia– debió de “desbordar el programa inicial, por lo que parte de la misma debió trasladarse a un libro siguiente, que sería el sexto” (90).

Ya hemos hablado sobre las materias legales que tratarían los libros sexto y séptimo. Podemos concluir que el libro sexto regularía el derecho familiar y quizá el contractual, aunque también aparecería en el séptimo al tratar de los “aforramientos”; el séptimo trataría de los “aforramientos”, como ya hemos dicho, y sobre el derecho de sucesiones, ya que hay remisiones a la guarda de huérfanos –aunque también en el sexto.

Por otra parte, si observamos la estructura del *Espéculo* y la de las *Partidas*, percibimos una notable diferencia organizativa. Existen claras diferencias entre el libro primero del *Espéculo* y la *Primera Partida*; igualmente, la materia está organizada de diferente manera en los libros segundo y tercero del *Espéculo* que en la *Segunda Partida*, y lo mismo sucede con la *Tercera Partida* y los libros cuarto y quinto del *Espéculo*. En definitiva, el hecho que resalta es la gran diferencia estructural entre ambos textos a pesar de que aborden la misma materia. Más allá de la comparación interesa destacar que estas transformaciones estructurales se seguirían dando entre las últimas cuatro *Partidas* y los últimos libros del *Espéculo*. Por otro lado, también es claro a simple vista el menor número de títulos que recogen los libros del *Espéculo* frente a las *Partidas*. Este hecho sugiere, pues, que para que se mantuviera esa atestiguada diferencia estructural que se observa entre el *Espéculo* conservado y las tres primeras *Partidas*, sería necesario que el *Espéculo* hubiera poseído un número mayor de libros que siete.

Se puede añadir un último argumento, ya apuntado anteriormente, en defensa de la existencia de algún libro más allá del séptimo: las condiciones del género jurídico. La literatura jurídica, como la poesía, la historiografía, etc., posee también sus géneros sujetos a unas reglas, y en este caso, como apunta IGLESIA FERREIRÓS, un libro de las características del *Espéculo* debía cerrarse tras haber tratado el derecho penal: las *Instituciones* de Justiniano se cerraban con los juicios públicos, al igual que los últimos libros del *Digesto*, y el *Código* justiniano trató en su libro noveno el derecho penal, como lo hace el *Fuero Real* y más tarde lo harán

(90) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 451.

las *Siete Partidas*. Hemos de recordar que GARCÍA-GALLO se decantaba también por la posibilidad de que el *Espéculo* pudiera tener nueve libros, como el *Código* justiniano, según fue conocido en la Península.

Pero hay que establecer todavía algunas coordenadas más para hacernos una idea de los problemas suscitados en torno al *Espéculo*. Hay suficientes indicios para considerar que el *Espéculo* quedó abandonado, pero ¿cuándo se inició su redacción? Tenemos constancia, además, de que Alfonso X se sirvió de él en ciertas ocasiones, por lo que hay que preguntarse si el texto fue publicado o promulgado para notificar su vigencia, y de ser así, ¿cómo se llevó a cabo la publicación? ¿Sería ésta posible en el caso de un texto inconcluso? La dificultad para dar respuesta a estas cuestiones radica en que de nuevo hemos de guiarnos por referencias externas debido a la ausencia de datación en la obra y de una denominación clara, como hemos tenido ocasión de examinar.

2.3. Datación.

En principio, es generalmente aceptado que el *Espéculo* correspondería a los primeros años de reinado de Alfonso X y que habría sido publicado en una fecha muy próxima a la del *Fuero Real* (91). Esta idea parte de una cita que figura en el capítulo XL del Ordenamiento de Zamora de 1274:

Otrosi tiene el rey por bien que los que sellan las cartas en la chancillería que non tomen por ellas mas dello que dize en el su libro que fue fecho por corte en Palencia en el anno que caso don Doarte, et si mas tomaren quello den doblado... (CARLYC: I, 93, doc. XVI) (92).

Se viene admitiendo que esta cita hace referencia a la cuarta ley del título decimotercero del cuarto libro del *Espéculo* y parece que no cabe otra posibilidad, puesto que ni el *Fuero Real* ni el *Setenario* tratan la materia referida y porque el año que se aduce mediante la referencia al casamiento de "don Doarte" es 1254 (93), anterior, por tanto, a la fecha oficial de inicio de redacción de las *Partidas* (1256). "Don Doarte" es el príncipe Eduardo de Inglaterra, futuro Eduardo I, prometido en matrimonio con Leonor de Castilla, hermana de Alfonso X (94). Era costum-

(91) Vid. § 2. Salvo GARCÍA-GALLO, que considera al *FR* una obra posterior a 1293 basada en el *Espéculo*.

(92) De este ordenamiento ya hemos tenido ocasión de hablar al tratar sobre la fecha del *Fuero Real*.

(93) MARTÍNEZ MARINA fue el primero en precisar la fecha que corresponde al "anno que caso don Doarte" (MARTÍNEZ MARINA [1966]: 83).

(94) Vid. en torno al pleito de GASCÚA BALLESTEROS-BERETTA: 1984, 88 y ss.

bre, como se indica en *Partidas* III, XVIII, 2 (95), que los “fechos señalados” ocurridos en el reino se recordasen en los privilegios emanados de la cancillería durante un año después del acontecimiento. La boda se celebró a finales de octubre o el día 1 de noviembre de 1254, por lo que el “anno que caso don Doarte” se inscribe en el período que va desde esa fecha hasta los mismos días de 1255, y durante ese tiempo se indicaría en los documentos cancelerescos. La primera conclusión con respecto al libro aludido en el Ordenamiento de Zamora es, pues, que habría sido efectuado en ese lapso temporal.

Ligada a la cuestión cronológica aparece la referencia a “fecho por corte en Palencia”. Para MACDONALD, “fecho” puede significar “estudiar y componer, poner por escrito en forma final, publicar formalmente o entrar en vigor” (96). En cuanto al sintagma “por corte en Palencia”, el principal problema está en la interpretación de “corte”: bien como “corte del rey”, bien como “cortes” (97). Para resolver qué interpretación debemos darle asomémonos al prólogo del *Espéculo*:

E por esto damos ende libro a cada villa sseellado con nuestro sseello de plomo e touiemos este escripto en nuestra corte, de que sson ssacados todos los otros que diemos por las villas, por que sse acaesçiere dubda ssobre los entendimientos de las leys e sse alçasen a nos que sse libre la dubda en nuestra corte por este libro que ffeziemos con consseio e con acuerdo de los arçobispos e de los obispos de Dios e de los rricos omnes e de los más onrrados ssabidores del derecho que podiemos auer e ffallar e otrossí de otros que auie en nuestra corte e en nuestro rregno (*Espéculo*: 102).

Esta afirmación induce a pensar que el libro fue compuesto por un consejo de altos cargos eclesiásticos, nobles y expertos en derecho de la corte, del reino y venidos de fuera. Por el contrario, no se nombra a los procuradores de las ciudades y de las villas, asistentes ya en esta época a las cortes (98).

(95) *Partidas* III, XVIII, 2: “... E fi algund fecho señalado que fea a honra del Rey, e de fu señorio acaefciere en aquel año deuen lo y fazer escreuir...”.

(96) MACDONALD: 1986, 638.

(97) La ausencia del texto original de las Cortes de Zamora impide conocer si se refiere a la “corte” o a unas “cortes”.

(98) “Cuando a mediados del siglo XIII, el romance sustituyó al latín como lengua oficial de la cancillería castellana, la palabra *curia* que anteriormente había sido utilizada para la corte, cualquiera que fuese su tamaño o composición, fue reemplazada por dos términos romances, la forma en singular *corte* y el plural *cortes*. A finales del siglo XIII la forma plural se utilizaba para referirse de forma constante a las asambleas convocadas especialmente en las que a los nobles, prelados y otros miembros de la corte del rey se unían los representantes de las ciudades y villas que estaban en su realengo”, PROCTER (1988, 167). E. S. PROCTER no recoge ningunas cortes en Palencia en 1255 ni tampoco BALLESTEROS-BERETTA (1984, 121). O’CALLAGHAN (1989, 35) también expone sus dudas respecto a la celebración de tales cortes.

Las cortes gozaban del derecho de representar y suplicar, recordar a los reyes sus obligaciones, aconsejar sobre puntos de interés en diversos temas, presentar sus agravios, pero jamás tuvieron poder legislativo. Por otro lado, la mentalidad regalista de un monarca como Alfonso X —la potestad regia para la creación del derecho— no hace muy probable que sus leyes se realizasen con la participación de los estamentos reunidos en cortes, sino por un conjunto de sabios y expertos, bien miembros de la corte, bien especialmente traídos de fuera, que orientasen al rey en su cometido de creador de leyes. Parece claro, pues, que “corte” hace referencia a la “corte del rey” y no a ningunas cortes en 1255.

Zanjada —por el momento— la cuestión relativa a la creación o puesta en vigor del texto en la corte o por las cortes, interesa reducir el amplio espectro temporal de un año de posible datación del *Espéculo* a una fecha más concreta. La clave sigue siendo la cita del Ordenamiento de 1274 al afirmar que el libro se hizo “en Palencia”. Según el itinerario del rey Alfonso (99), éste estuvo en Palencia desde el 2 al 8 de mayo y desde el 16 al 22 de junio de 1255: en este intervalo temporal tuvo, pues, que ser “fecho” el *Espéculo*. Aprovecha CRADDOCK (1981: 368-371) la noticia para proponer que el día más propicio para la publicación del *Espéculo* sería el 5 de mayo, día en que tuvo lugar una reunión entre Alfonso X y algunas de las personalidades más importantes del reino para tratar el inicio de las negociaciones con San Luis de Francia con respecto al pacto matrimonial entre Luis, primogénito del rey francés, y Berenguela, la primera hija de Alfonso y hasta el momento heredera del reino, que como tal había sido reconocida en las cortes de Toledo de 1254. Como apoyo a esta fecha, CRADDOCK retoma el documento concebido en aquella reunión entre el rey y algunos magnates del 5 de mayo de 1255. El texto no alude a ningún código ni a ley ninguna, pero en el proemio hace una referencia al derecho sucesorio castellano:

... regni successio... ad illum qui primo nascitur pertinet... ut si tantum nascantur filii, primogenitus regni ceptum recipiat, et idem observandum dignoscitur si tantum filie generentur; sed cum tam filii quam filie oriuntur, filio debetur successio licet filie prenascentur... (100).

texto que muestra innegable similitud con *Espéculo* II, XVI, 1:

... el ffijo mayor del rey es el heredero por derecho... Et esto mismo dezimos de la ffija mayor ssi y non oujere. Pero, maguer la fija nasca primero que el ffijo e oujere despues varon, aquel lo debe heredar... (*Espéculo*: 178),

(99) BALLESTEROS-BERETTA: 1934, 130-137.

(100) DAUMET: 1913, 143.

Para MACDONALD (1986), en cambio, la fecha podría ser bastante anterior, ya que algunas de las prácticas cancillerescas renovadas, definidas y reguladas por el *Espéculo*, se hacen efectivas antes del 5 de mayo de 1255: en 1254 se observa alguna alteración en torno a la actividad de los notarios reales en León, Castilla y Andalucía relacionada con lo dispuesto en *Espéculo* II, XII, 3: entre el 28 de marzo y el 22 de julio el “notario real” en León y el “notario real” en Andalucía comienzan a titularse el “notario del rey en León” y el “notario del rey en Andalucía”, respectivamente. Lo mismo sucederá con el notario real en Castilla entre el 20 y el 28 de diciembre. Como es extraño que las prescripciones del código se cumplan antes de que éstos sean aprobados, MACDONALD sugiere un *terminus a quo* en 1253, ya que en diciembre de este año se nombra como almirante a Ruy López de Mendoza, cargo más apropiado para la situación de Andalucía (101) que para el norte, y que aparece por primera vez estipulado en el *Espéculo*. Como *terminus ad quem* propone septiembre de 1258, ya que poco antes de esta fecha se elimina el cargo de merino mayor –descrito en el *Espéculo*– y se establece en Castilla, León y Murcia la figura del adelantado mayor. Sin embargo, el hecho de que en una carta del rey a su hermano Sancho, electo de Toledo, el 9 de febrero de 1255, se documente por primera vez el oficio de canciller real, descrito en *Espéculo* II, XII, 2, lleva a MACDONALD a pronunciarse por que la confección del *Espéculo* comenzaría en Andalucía en diciembre de 1253 y no llegaría más allá de la primavera de 1255.

MACDONALD no descarta la posibilidad de que el *Espéculo* fuese publicado en algunas de las cortes no recogidas por los textos conservados y celebradas en 1254, posiblemente las primeras, del mes de febrero o marzo en Toledo, y no en las posteriores de Burgos del mes de noviembre, puesto que, como hemos visto, para aquel entonces las novedades administrativas y cancillerescas estaban funcionando. A favor de una supuesta promulgación del *Espéculo* en esas cortes está la sospecha de que en las cortes toledanas se realizara el homenaje a la infanta Berenguela, la heredera, hecho importante que encuentra relación en *Espéculo* II, XVI, 5, a propósito de la tutela. En resumen, el *Espéculo* se comenzaría en Andalucía a finales de 1253 y se promulgaría en Toledo en 1254. Para salvar la contradicción que estas fechas establecen con la frase de que el libro fue “fecho... en Palencia”, MACDONALD se decanta por la siguiente opción:

(101) “El proyecto africano parece que se consolidaba con el nombramiento de don Rui López de Mendoza como *almiralle* o *almirage* de la mar”, BALLESTEROS-BERETTA: 1984, 91. El proyecto africano consistía en el paso a África para evitar nuevas invasiones en apoyo del rey de Granada.

El *Fuero Real* y el *Espéculo* fueron proclamados en su forma real en las Cortes de Toledo (1254) y promulgados en su forma acabada por la corte, o en Cortes, en Palencia (1255); o que ambos fueron promulgados en su forma normal en las Cortes de Toledo y proclamados en su forma acabada por la corte, o en Cortes, en Palencia; o que el *Espéculo* fue redactado antes de diciembre de 1253, promulgado en las Cortes de Toledo *de iure* en 1254 y puesto en vigor *de facto* por la corte en Palencia en 1255. Me inclino en este momento a creer más probable la tercera alternativa, debido especialmente al cumplimiento de alguna de las disposiciones del *Espéculo* antes de mayo de 1255 (102).

Hipótesis diferente es la que propone Fernando GÓMEZ REDONDO (1998: 333-334), quien defiende que el *Espéculo* no fue aprobado como un código conjunto, sino que sus libros irían siendo confeccionados y aprobados según las demandas fuesen llegando a la corte y dependiendo también de las necesidades del rey. Esta visión acepta que el texto poseyó fuerza legal y puede ser en principio una explicación satisfactoria a la afirmación que encontramos en el Ordenamiento de Zamora: en aquel tiempo sólo se habría promulgado el libro cuarto. No sería necesario que el libro estuviese completamente redactado para alcanzar valor legal.

En 1952, GARCÍA-GALLO demostró que el *Espéculo* fue utilizado como fuente de ciertas disposiciones del Ordenamiento de Valladolid de 1258. También se habría utilizado en 1260 en unas cartas reales sobre usuras enviadas a diferentes municipios, que tomaban del *Espéculo* varias fórmulas de juramento (103). No obstante, es incapaz de decidirse por ninguna fecha para la confección del texto e igualmente se muestra ambiguo en lo que respecta a la fecha de conclusión. En lo que se declara más contundente es en defender que el *Espéculo* tuvo fuerza legal en la corte del rey (104) y que esta obra habría sido, pues, la parcialmente derogada en 1272 debido a las protestas nobiliarias y no el *Fuero Real*.

No podemos dejar de referirnos a las reservas de IGLESIA FERREIRÓS (1986) con respecto a la cita del Ordenamiento de Zamora. Las objeciones que IGLESIA FERREIRÓS plantea al respecto hacen que se tambaleen todas las hipótesis que basan la redacción y la promulgación del *Espéculo* en 1254 ó 1255 sobre esa cita al poner en duda el centro de la cuestión: es posible que el libro aludido en el Ordenamiento no sea el libro

(102) MACDONALD: 1986, 643-644.

(103) Se podría añadir también como prueba de conocimiento del texto del *Espéculo* que el 21 de febrero de 1261 fue utilizada una parte del título decimoprimer del libro cuarto en una sentencia arbitral del rey dirigida al concejo de Santiago de Compostela para solucionar los problemas surgidos entre el arzobispo y el cabildo de la ciudad y el concejo.

(104) GARCÍA-GALLO: 1976, 623. Sobre la conclusión del libro, cf. Parte I, capítulo II, § 2.2.2.

cuarto del *Espéculo*, sino otro ordenamiento del rey, denominado igualmente libro y que recogería similar preceptiva, esto es, el galardón de notarios y escribanos (1986: 401-407). En primer lugar, parece claro que algunos ordenamientos alfonsinos fueron en ocasiones también denominados libros (105). Por otro lado, hemos visto, al tratar de la cita del Ordenamiento de 1274, que la identificación con el *Fuero Real* quedaba excluida por cuestiones temáticas, y con las *Partidas* por motivos cronológicos. Aunque la referencia parece clara a *Espéculo* IV, XIII, 4, la cita no ofrece datos acerca de lo que cobraban los selladores, por lo que no se puede establecer una absoluta identificación entre el *Espéculo* y el texto al que se alude en 1274. Además, la sanción establecida en este Ordenamiento –“que lo den doblado”– no corresponde a lo prescrito en el *Espéculo* –los escribanos que más tomaren serán castigados por el rey–. En tercer lugar existen alusiones posteriores a un ordenamiento alfonsí sobre esta materia. En las cortes de Valladolid de 1283 se alude a un ordenamiento que trataría sobre los galardones de los notarios de las villas; más tarde, en las cortes de Zamora de 1301, al tratar de los escribanos públicos de los concejos, se alude nuevamente al “ordenamiento que fizo el rey Alfonso”; lo mismo vuelve a suceder en las cortes de Medina del Campo de 1305 y de Valladolid en 1307. En las cortes de Valladolid de 1325, en el punto en que se trata sobre las escribanías y notarías de ciudades y villas, se alude nuevamente al ordenamiento de Alfonso X, pero en esta ocasión la noticia posee más información, ya que se reproduce una pequeña parte del mismo:

... E quelos escriuanos e los notarios que tomen de las escripturas que ffigieron, Segunt manda el ordenamiento que ffizo el Rey don Alfonso mio bisauuelo, que es este: Si carta fuere que uala mill marauedis arriba, aya el escriuano por su escriptura dos sueldos de burgalesses; e si valiere de mill marauedis ayuso fasta çient marauedis, reciba un ssueldo de burgalesses; e de çinquenta marauedis ayuso, rreçiba sseys dineros; e de las cartas que ffigieren ssobre las mandas o sobre pleytos de casamientos o de particiones, rreciba por la carta tres ssueldos, e de las cartas que ffigieren judios con christianos, lieue la meitad desto que ssobredicho es: e si los escriuanos mas quisieren leuar, que gelo non consientan las justicijs de los lugares...
CARLYC: I, 337.

Si comparamos el fragmento con *Espéculo* IV, XII, 60,

... Onde dezimos que quando alguno dellos ffiziere carta de cosa que vala mill marauedis arriba, que deue auer de aquél a qui la carta ffiziere qua-

(105) “... la alusión a libro no excluye, necesariamente, un ordenamiento, arancel o cuaderno. Esta calificación se utiliza en el Ordenamiento de Jerez, de 1268, dado en Sevilla: «Fecho el libro en Sevilla por mandado del rey», IGLESIA FERREIRÓS: 1971, 949.

tro ssueldos; e ssi ffuere carta de mill marauedís en ayuso ffasta çiento, quel den por ella dos ssueldos; e den [sic] çiento marauedís en ayusso, quel den por ella vn ssueldo. E de las cartas que ffiziere ssobre mandas o ssobre pleitos de casamientos o de partigiones o de afforramientos, que aya por cada vna dellas sseys ssueldos. E por la carta que ffizieren a los iudíos sobre las debdas que les deuieren algunos, tomen de cada vna dellas de marauedís arriba o de mill marauedís ayusso la meatad de lo que dixiemos de ssuso de las cartas de los christianos. Mas si ffezieren cartas de vendidas o de compras o de las otras que dixiemos de ssuso a iudíos o a moros, den por cada vna dellas tanto commo los christianos... (*Espéculo*: 400)

observamos la variación de las cantidades que se debían percibir. Sin embargo, de acuerdo con el razonamiento de IGLESIA, la variación se explica si se tiene en cuenta que, según el *Espéculo*, las cantidades por privilegios y cartas deben darse “de la moneda mejor que corriere en la tierra, que non sea de oro nin plata”. Por otro lado, si aceptamos que Alfonso X acuñó dineros burgaleses a comienzos de su reinado y en 1258 mandó deshacerlos para hacer otra moneda y comparamos el valor de las monedas (106), podemos colocar este “ordenamiento” alfonsí entre 1252 y 1258 (107). Los datos, según los presenta el profesor IGLESIA FERREIRÓS, son claros: por una parte, hay constancia de que los ordenamientos alfonsíes fueron también denominados libros y, por otra, parece evidente que Alfonso X fue el autor de un ordenamiento que tasaba las cantidades que debían percibir los escribanos de las villas y que fue utilizado durante el siglo XIV. Por tanto, si bien IGLESIA FERREIRÓS admite que los datos no son concluyentes y no niega la posibilidad de que el texto citado en 1274 sea el *Espéculo*, advierte que no se puede aceptar necesariamente tal conclusión a partir del Ordenamiento de Zamora. Aunque no defiende, pues, fecha precisa para el *Espéculo*, en su opinión este texto debería corresponder a los primeros años de reinado y estaría redactado hasta donde lo conocemos ya en 1258.

2.4. Promulgación y ulterior suerte.

GARCÍA-GALLO (1951-1952: 391) afirma que el *Espéculo* no fue promulgado solemnemente en unas cortes, sino que el rey entregó un ejemplar a cada ciudad, pero nunca como fuero municipal. Siendo el *Espéculo* la ley por la que se regía el rey, su corte, sus oficiales y jueces, su

(106) GIL FARRÉS: 1976, 335. Vid. *Cr. de Alfonso X*, capítulo 1.

(107) No obstante, no podemos dejar de llamar la atención y nos causa sorpresa comprobar que IGLESIA FERREIRÓS no reconozca que la cita de las cortes de Valladolid de 1325 corresponde al *Fuero Real* I, vm, 1.

vigencia no alcanzaba a las ciudades, que poseían sus propios fueros, entre ellos también el *Fuero Real*. Cuando el rey quiso que en las ciudades se cumpliesen algunos de los preceptos de su *Libro de las leyes*, tuvo que hacer concesiones de leyes particulares, como sucedió en 1258 y 1260 (aunque reconoce implícitamente que el texto debió poseer valor desde 1255).

MACDONALD (1986), por otro lado, apunta el valor efectivo de las disposiciones del texto del *Espéculo* ya desde 1253 y señala tres posibilidades en cuanto a su promulgación, como ha quedado recogido *supra* (§ 2.3).

Contraria a que el *Espéculo* tuviese autoridad legal es la opinión de IGLESIA FERREIRÓS (108), quien concluye que si el *Espéculo* nunca fue acabado, nunca pudo ser promulgado ni tener fuerza legal. Cierto es que, según los datos aportados por GARCÍA-GALLO, la obra ya estaba redactada tal y como la conocemos en 1258 o, lo más tarde, en 1260 ó 1261. IGLESIA FERREIRÓS no niega los hechos, pero defiende la idea de que los Ordenamientos de Valladolid de 1258, la carta de usuras de 1260 y la sentencia arbitral de 1261, si bien se componen de partes del *Espéculo*, no demuestran que éste tuviese vigencia jurídica, sino más bien al contrario, pues en el hecho de que el *Espéculo* tuviese que ser concedido de forma fragmentaria en estos documentos se manifiesta que jamás había sido promulgado. La afirmación del rey “mandamos que non se faga así, mas que se faga en esta manera” de la sentencia arbitral de 1261 es prueba de que el *Espéculo* no era el derecho vigente. En palabras de IGLESIA FERREIRÓS, “¿qué mejor ocasión que una sentencia del rey emanada por el rey para invocar su libro de leyes? Si Alfonso X no aplica un texto legal, sino que recurre a una obra abandonada para establecer las normas que se aplicarán en el futuro, es sencillamente porque el *Espéculo* no había sido promulgado, ya que se había interrumpido su redacción por el *fecho del imperio*” (1986: 455).

Aunque del prólogo del *Espéculo* se deduce que el libro ya estaba preparado para ser publicado,

E por esto damos ende libro a cada villa sseellado con nuestro sseello de plomo e touiemos este escripto en nuestra corte, de que sson ssacados todos los otros que diemos por las villas, por que sse acaesçiere dubda ssobre los entendimientos de las leys e sse alçasen à nos que sse libre la dubda en nuestra corte por este libro... (*Espéculo*: 102).

ninguna de esas copias ha llegado hasta nosotros y no hay testimonio de las correspondientes concesiones. Quizá el prólogo se escribió antes de acabar la obra y antes de su interrupción total: como la obra nunca fue

(108) IGLESIA FERREIRÓS: 1986, 400 y ss.

terminada, el prólogo ofrece una apariencia engañosa. Salvo el prólogo, no hay ningún dato documental o histórico que demuestre con toda certeza que el *Espéculo* fue acabado y promulgado.

Atendamos a unas razones o a otras, lo que nos revela el propio texto es no llegó a armonizarse por completo ni a concluirse. ¿Cuál fue el motivo que llevó al abandono de la redacción de esta obra jurídica? Dos son las hipótesis que se manejan en torno a esta cuestión: el “fecho del imperio” y la revuelta nobiliaria culminada en 1272. De estas dos, la primera es la que parece tener más seguidores –quizá por ser hechos más conocidos–; si bien no faltan defensores de la segunda, es cierto, como ya hemos advertido, que los hechos y las consecuencias de 1272 aún necesitan ser estudiados más profundamente.

La primera hipótesis pone en relación el abandono del *Espéculo* con las aspiraciones imperiales de Alfonso X. En marzo de 1256 llega a Soria, donde se hallaba el rey Alfonso, una delegación gibelina de la República de Pisa, que ofrece al rey castellano la corona imperial, título del que podía hacerse acreedor por pertenecer por línea materna al linaje Staufen. Con diferentes grados de intensidad, el pleito imperial durará desde la llegada de la embajada pisana hasta 1275, en que fracasan definitivamente las aspiraciones alfonsíes tras la reunión entre el monarca castellano y el papa Gregorio IX en Beaucaire. Se ha supuesto que, como consecuencia de la candidatura al imperio en 1256, el *Espéculo*, un ordenamiento jurídico creado para todos los reinos hispánicos del rey Alfonso, hubo de ser sustituido por un código digno de un emperador. Así, en 1256 se comenzaría la redacción de las *Siete Partidas*, aprovechando y reformulando en parte el texto abandonado. En esta aspiración imperial encontrarían sentido ciertos aspectos característicos de las *Partidas*, como una más amplia recepción del Derecho Común, sobre todo canónico, como la desaparición de la alusión a los mejores fueros de León y Castilla que encontramos en el prólogo del *Espéculo*, o como la creación de los títulos dedicados a la figura del emperador en la *Segunda Partida*, etc.

PÉREZ PRENDES (109) no discute que no fuese necesario –porque a todas luces lo era– crear un código para el Imperio. Incluso, como ya propusiera el profesor GIBERT (110), le seduce la idea de que el texto habría sido planificado con la idea de traducirlo posteriormente al latín y aplicarlo en el imperio alfonsí. Sin embargo, no le parece tan claro que el “fecho del imperio” haya tenido algo que ver con el abandono del *Espéculo*, al menos directamente. Esta relegación sería más bien el resultado del enfrentamiento que Alfonso X mantuvo con la oligarquía nobilia-

(109) PÉREZ-PRENDES: 1984 a, 67-84.

(110) GIBERT: 1982, 126.

ria desde 1270. Esta crisis, cuya máxima intensidad se alcanza en 1272 y terminará con las cesiones del rey en 1274, se iniciaría a causa de la existencia de una doble perspectiva en torno al estatuto jurídico-político de la nobleza. Existirían dos posturas antagónicas: la perspectiva del rey, establecida en el *Espéculo*, y la alternativa señorial, que obedecía a la tradición consuetudinaria recogida por escrito más tarde y conocida como el *Fuero Viejo de Castilla*. Concuerdan con este punto de vista las opiniones de R. A. MACDONALD (111) y de A. GARCÍA-GALLO, para quienes el *Espéculo* habría sido derogado en 1272, si bien para GARCÍA-GALLO (112) el *Espéculo* habría sido parcialmente derogado entonces sólo en cuanto ley general, quedando reservado para los casos de corte, aquéllos que por su importancia sólo podía atenderlos el propio rey, y también para el gobierno de la casa del rey.

2.5. ¿*Fuero Real* y *Espéculo* o *Espéculo* y *Fuero Real*?

Las referencias cronológicas internas o externas del *Fuero Real* y del *Espéculo* nos sitúan la redacción de ambos entre 1254 y 1255; sin embargo, el hecho de que el *Fuero Real* fue concedido —quizá por vez primera— en marzo de 1255 y el conocimiento de que probablemente algunas de las disposiciones del *Espéculo* se estaban cumpliendo en 1253 han generado un conflicto de prelación cronológica entre ambos textos.

Ya en 1808 opinaba MARTÍNEZ MARINA que la redacción del *Espéculo* precedió la del *Fuero Real*. En este sentido consideraba que, una vez realizado el *Espéculo*, Alfonso X dispuso la redacción del *Fuero Real* para solventar la situación jurídica en que se encontraban las villas y los municipios de Castilla y su Extremadura por la ausencia de derechos, por usos arbitrarios y leyes contradictorias. Más de siglo y medio después, GARCÍA-GALLO, considerando también al *Espéculo* como la primera —y única— obra de Alfonso X lleva el *Fuero Real* más allá del reinado de éste.

En los últimos tiempos ha ganado fuerza la hipótesis contraria. IGLESIA FERREIRÓS ha sido el principal defensor de la propuesta, basando la cronología relativa de las obras jurídicas alfonsinas en el plan legislativo proyectado por el rey: con cada una de ellas se pretendía alcanzar un hito: las tres obras se fundan en los mismos principios, con cada una de ellas se pretendía alcanzar un hito: con el *Fuero Real* se procede a la reclamación del monopolio legislativo para el rey; con el *Espéculo* se pretende la

(111) MACDONALD: 1986, 645. En esta ocasión varía algo su opinión con respecto a conclusiones anteriores. En 1984, 38-41 y 51-52, afirmaba que el libro derogado o sobresido en 1272 habría sido el *Fuero Real*, o el *Espéculo*, o aun los dos.

(112) GARCÍA-GALLO: 1976, 650.

unificación jurídica de todos sus reinos y con las *Partidas* se persigue la renovación del derecho. La desacreditación de las exageradas propuestas de GARCÍA-GALLO, por un lado, y la coherencia y verosimilitud de la tesis de IGLESIA FERREIRÓS, por otro, han propiciado un relativo éxito de esta última.

No obstante, actualmente algunos han vuelto por la antigua senda con planteamientos de raigambre mariniana (113). Los principios vienen a ser los mismos, pero creemos oportuno recoger algunas opiniones cuyos argumentos nos parecen, cuando menos, sugerentes. Tal es el caso del historiador norteamericano Joseph F. O'CALLAGHAN (114), para quien la clave que permite entender la relación entre el *Fuero Real* y el *Espéculo* y comprender en cierto modo la política legislativa alfonsí se encuentra en el mismo prólogo del *Espéculo*. La mención "E por esto damos ende libro en cada villa seellado con nuestro seello de plomo" estaría refiriéndose al *Fuero Real*, dado por el rey como código municipal sustituto de los antiguos fueros; pero cuando se dice "E touiemos éste escripto en nuestra corte de que son sacados todos los otros que diemos por la villas, porque si acaesciere sobre los entendimientos de las leyes e se alçassen a Nos, que se libre la duda en nuestra corte por este libro que feziemos con consejo...", se estaría refiriendo al *Espéculo*: libro que reside en la corte del rey y del que se habría sacado, pues, el *Fuero Real*. El *Espéculo* sería, por tanto, el que se aplicaría exclusivamente en la corte en alzada al rey y al que se acudiría para subsanar errores o para resolver las dudas del *Fuero Real*. Lo que no parece posible en su opinión es interpretar que el libro "seellado con nuestro seello de plomo" fuera el *Espéculo*, pues los privilegios del rey de 1256, en que confirma la dación de este libro "seellado con sello de plomo", no dejan lugar a la duda de que se trata del *Fuero Real* (115). De este modo, el hispanista americano salva el problema que supone aceptar que el *Espéculo* fue un texto acabado y entregado por aquellas fechas "a cada villa". Además, aduce los varios testimonios a los que ya hemos tenido ocasión de hacer referencia por extenso, tales como la *Crónica de Alfonso X*, en que se dice que el rey "asummó muy brevemente muchas leyes de los derechos e diólo por ley a la çibdad de Burgos e a otras çibdades e villas" (116), o como el *Fuero Viejo de Castilla* y el *Fuero de Briviesca*, que afirman igualmente que el texto

(113) Tal sería también lo que CRADDOCK propuso en 1981. Así, el *Espéculo* se publicó el 5 de mayo de 1255 y el *Fuero Real* el 28 de agosto del mismo año. Pero hemos de recordar que CRADDOCK desconoce entonces la concesión del *Fuero Real* el 14 de marzo a Aguilar de Campoo, dato con el que su opinión habría sido, sin duda, muy diferente.

(114) O'CALLAGHAN: 1999, 56-60.

(115) Cf. GARCÍA-GALLO: *supra* n. 66, también CRADDOCK: *supra* n. 78.

(116) *Cr. de Alfonso X*, capítulo 9.

del *Fuero Real* fue dado por el rey Alfonso a Burgos y a todo el reino de Castilla. A estos testimonios une, además, las varias cartas fechadas en julio de 1256 ya mencionadas, en las que el rey habla de la concesión del *Fuero Real* a algunas ciudades de Extremadura: “aquel fuero que yo fiz con consejo de mi corte escripto en libro e seellado con mio seello de plo-mo”; y la confirmación que el rey hace en 1264 de los privilegios de todas las villas de Extremadura incluyendo el *Fuero Real* “que les diemos”.

Por tanto, para O'CALLAGHAN, el *Fuero Real* derivaría del *Espéculo*. Las diferencias entre ambos textos se deberían principalmente a que en el *Fuero Real*, en tanto que texto municipal, se neutralizan el derecho local y el derecho de corte. En cuanto a las promulgaciones de ambos códigos, basándose en la petición de un fuero que los municipios habían hecho al rey en 1252, en lo dicho en las cortes de Zamora de 1274 y en la relación entre *Espéculo* IV, XVI, 1, y lo acordado en relación a la sucesión de Berenguela, supone O'CALLAGHAN que ambos códigos fueron promulgados en las cortes de Toledo de 1254.

Enlazando con las tesis de GARCÍA-GALLO, José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (117) sitúa el *Espéculo* también como primer código alfonsino. Aunque afirma que el proceso de unificación jurídica iniciado por Fernando III es continuado por su hijo Alfonso, sin embargo, a diferencia de lo que argumenta IGLESIA FERREIRÓS, no cree necesario justificar la existencia de los tres códigos alfonsinos en relación a cada una de las tres tareas legislativas (monopolio, unificación y renovación) que se propuso Alfonso X, ya que todas ellas se declaran en el prólogo de su primera obra, que no es otra que el *Espéculo*. No sería, pues, necesario recurrir a una obra como el *Fuero Real* para la reivindicación del monopolio legislativo, ya que esta tarea de potestad legislativa ya le estaba reconocida por el *Fuero Juzgo*. Así, cuando Alfonso accede al trono, comienza inmediatamente su gran proyecto de unificación y renovación jurídicas y éste se refleja en su primera obra jurídica personal, el *Espéculo* (destinado a un ámbito general, a todos “nuestros reynos”). Sin embargo, bien porque el proyecto se alargaba más de lo conveniente, bien porque la unidad jurídica podía suponer un rotundo fracaso en un primer estadio, el rey habría ordenado redactar el *Fuero Real*. Inspirado en el *Espéculo*, el *Fuero Real* es un texto que responde mejor a las necesidades locales y en el que siguen estando presentes las tres tareas jurídicas alfonsíes, si bien principalmente es una obra dedicada a unificar el derecho de Castilla que, con el *Fuero Real*, seguiría conservando su derecho diferenciado frente al *Fue-*

(117) SÁNCHEZ-ARCILLA: 1999, 17-81 (que reproduce prácticamente en los mismos términos la introducción de su edición de las *Partidas* de 2004).

ro Juzgo de León, Andalucía y Murcia, etc. El éxito experimentado en Castilla por el *Fuero Real* lleva al rey Alfonso a extenderlo a las Extremaduras en la década de los sesenta. El *Espéculo* quedaría interrumpido hacia 1254, pero sería bien aprovechado por Alfonso como texto matriz en los años sucesivos.

El *Fuero Real* se elaboraría a partir de los materiales que ya se hallaban en el *Espéculo*; el prólogo es básicamente el mismo, salvo la cita de las fuentes (evitando así mencionar el *Fuero Juzgo*) y la referencia a la validez general para todos los reinos. SÁNCHEZ-ARCILLA concluye su argumentación con la opinión general de que el *Fuero Real* fue el derecho castellano hasta que en 1272 el rey se vio obligado a ratificar los fueros antiguos, quedando el *Fuero Real* exclusivamente para el uso en el tribunal de la corte.

Es nuestra opinión que poca importancia tiene, en realidad, la prelación de una obra sobre la otra, ya que los ámbitos de aplicación para los que fueron pensadas eran muy diferentes y, por tanto, también lo es su carácter y el uso de las diversas fuentes que comparten; no parece necesaria la dependencia entre ellas en ninguna forma, ni, por otro lado, resulta preciso tampoco establecer una prelación en relación al plan legislativo alfonsí. Ambas obras se deben a un mismo promotor y nacen de una misma mentalidad: reclaman el monopolio legislativo para el rey e introducen en mayor o menor medida el nuevo derecho. Por tanto, llegamos a la conclusión de que es perfectamente descartable toda dependencia textual entre ambos textos y, en consecuencia, no habría problema en considerar que las dos obras estaban siendo redactadas al mismo tiempo.

2.6. Valoraciones.

A) A modo de conclusión de todo lo expuesto, creemos que se puede afirmar, sin dudas, que el *Espéculo* se pensó o proyectó en siete libros, según se deduce de las referencias internas del texto conservado. Por otro lado, hay que tener en cuenta un dato que no carece de importancia: las citas o referencias que se han hecho a lo largo del tiempo nunca han ido más allá del libro quinto, tal como el texto que conservamos; nunca se conoció, por tanto, un texto concluido del libro.

La estructura setenaria también puede sustentarse en una posible correlación estructural entre *Fuero Real* y *Espéculo*, de un lado, e *Instituciones* y *Digesto*, del otro, que crea un paralelo entre Alfonso X y el emperador, que recopiló y formó el más importante código jurídico conocido en su tiempo. Sin embargo, este argumento se convierte en un arma de doble filo, pues si el rey se decide a imitar estos códigos en su número de libros,

los habría de imitar también en la estructura, lo que habría provocado inmediatamente que la materia legal que debería ser tratada en el *Espéculo* se prolongase más allá de un séptimo libro.

B) En segundo lugar, según demuestran la existencia del cargo de almirante de la mar ya en 1253, la puesta en práctica de las novedades cancillerescas en 1254, lo referente a las figuras del merino y el adelantado mayor en 1258, los datos más o menos explícitos de los Ordenamientos enviados a Valladolid en 1258, la carta sobre usuras de 1260 y la sentencia arbitral de 1261, el *Espéculo* estaba redactado al menos hasta las materias a que estos documentos aluden o contienen.

C) La premisa de que “si no fue terminado, no pudo ser promulgado”, que IGLESIA FERREIRÓS propone, es, a nuestro juicio, tendenciosa: quizá no sea apropiado el término “promulgación” en la vida jurídica del siglo XIII, ni incluso hasta bastante después. Sólo podemos aceptar tal premisa si consideramos que el texto fue dado a conocer (o si queremos, fue promulgado o publicado) por partes o secciones, ni tan siquiera por libros, aunque sin duda se había concebido como un ordenamiento jurídico completo y armónico. Las secciones compuestas serían aprovechadas según fuesen llegando al rey peticiones de aclaración de algunas leyes; por propios intereses reales, o cuando se consideró útil o necesario. De este modo desaparecen muchas de las aparentes contradicciones; e incluso es posible admitir la idea de que el libro al que se alude en 1274 no sea el *Espéculo*, sino otro libro para el que se utilizaron sus materiales, sin desvirtuar por ello nuestra hipótesis, pues ya no nos vemos obligados a justificar ninguna fecha para la promulgación de todo el *Espéculo*. El texto, aunque inacabado, fue utilizado, como se deduce del Ordenamiento de Valladolid de 1258, del *Libro para los Adelantados mayores* (1258), de la carta de usuras de 1260, de la sentencia arbitral de 1261; a esta lista de testimonios de su utilización añadimos las *Leyes Nuevas* e incluso el *Ordenamiento de las tafurerías* (1276). El *Espéculo* parece haber sido el texto con el que se resolvían las dudas con respecto a la aplicación de las normas, era material jurídico útil para la elaboración de pequeños cuerpos de leyes u ordenamientos y estaba siendo utilizado y lo sería aún durante algunos años en la composición de las *Partidas*.

La ausencia de copias del *Espéculo* es también un indicio de considerable importancia que induce a pensar que fue una obra sin difusión, lo que, por un lado, acentúa las dudas respecto a su fuerza legal y, por otro, justifica que cayera casi por completo en el olvido tras la confección de las *Siete Partidas*, muy superiores técnica y jurídicamente.

D) Para mostrar los peligros que entraña emprender una investigación partiendo de prejuicios, presupuestos y convencimientos inamovibles, hemos de volver un instante a las hipótesis de GARCÍA-GALLO con respecto al *Espéculo*. El jurista madrileño –que ha de ser elogiado por sus muchos méritos– parte del convencimiento de que ni el *Fuero Real* ni las *Partidas* son obras alfonsíes, sino adaptaciones de diverso carácter y con diferentes finalidades de una única obra alfonsí: el *Espéculo*. Esta hipótesis nace del presupuesto de que es inconcebible que el rey Alfonso X diese inicio a tres obras jurídicas en un intervalo temporal que iría de (1253-)1254 a 1256. De la negación de tales datos se genera una serie de afirmaciones e hipótesis que ha de matizar, modificar o reelaborar continuamente con el desconcierto que ello implica. Así, en 1952 reconoce que el *Espéculo* fue utilizado en unas cartas sobre usuras enviadas a varias ciudades por Alfonso X en 1260, que tomaban del *Espéculo* el modelo de juramentos que cristianos, moros y judíos habían de realizar para dichas transacciones, juramentos integrados después en las cortes de Jerez de 1268 y recopilados en las *Leyes Nuevas* (118). A este hecho de 1260 añade que en el prólogo se hace referencia a Alfonso como “rey del Algarve”, lo que le lleva a concluir que esta cláusula sería redactada antes de junio de 1260, o lo más tarde antes de comenzar el año de 1262, cuando se abandona este título. También sitúa la redacción del *Espéculo* en 1260, por lo que se dice en el capítulo noveno de la *Crónica de Alfonso X*: según ésta, en 1260 se lleva a cabo la confección de las *Partidas*, pero GARCÍA-GALLO transfiere la fecha a la redacción del *Espéculo*. No obstante, acaba reconociendo que el *Espéculo* debía estar ya redactado en 1258, al menos en la forma en que ha llegado hasta nosotros, según demuestra el uso que se hizo del *Espéculo* en las Ordenanzas de Valladolid del 31 de agosto de 1258. Las propuestas de GARCÍA-GALLO posteriores a 1952 varían ligeramente al respecto: en 1976 (119) admite que Alfonso X concede el *Espéculo* a Aguilar de Campoo el 14 de marzo de 1255 (120) (aunque verdaderamente fue el *Fuero Real* el texto concedido aquel día); pero también afirma que el texto fue compuesto entre 1255 y 1260 (121), pero páginas después sostiene que su redacción comenzó posiblemente en 1256, y en la edición de 1977 de su *Manual* insiste en que se iniciaría en 1256 y se concluiría en 1258 ó 1260 (122). Atribuye, en definitiva, la fecha de 1256, la del comienzo de creación de las *Partidas*, según los

(118) GARCÍA-GALLO: 1951-1952, 385-389 y 513-528; *vid.* también LÓPEZ ORTIZ: 1945, 14-26.

(119) GARCÍA-GALLO: 1976, 664-665.

(120) GARCÍA-GALLO: 1976, 621. *Vid.* § 2.

(121) GARCÍA-GALLO: 1976, 623 y 629.

(122) GARCÍA-GALLO: 1977, 395.

epígrafes de éstas, a la confección del *Espéculo*, pues no le es comprensible que en vida del *Espéculo*, o incluso antes de que éste fuera comenzado, se iniciara otra obra, las *Partidas*, que en parte copia a aquél (123). Consecuente con esa transferencia de fechas y obras, atribuye la fecha de 1265 –que el epígrafe de las *Partidas* ofrece como final de la redacción de las mismas– a la de los desconocidos últimos libros del *Espéculo* (124).

E) No obstante estas valoraciones, hemos de añadir algo fundamental en que parece no haberse reparado hasta la fecha. Todo lo dicho en torno al texto y a la política alfonsí en base al *Espéculo* parte de las ediciones o todo lo más del Ms. 10123 de la BNM; sin embargo, el testimonio conservado en este manuscrito no pudo ser –aunque sólo aduzcamos motivo de fecha– el modelo sobre el que se constituyeron las *Partidas*. De modo que ¿pudo existir un *Espéculo* completo? Parece más que demostrado que no, y no añadiremos más sobre este asunto. Sin embargo, hay que ser cauteloso a la hora de cerrar conclusiones en torno al texto del *Espéculo*, porque si es seguro que no existió un *Espéculo* “acabado”, sí podemos afirmar que existió un *Espéculo* mejor, que carecía de algunos defectos que nos ha transmitido el código de la BNM. No es el momento de entrar en los detalles en estas páginas dedicadas a la crítica histórica de la obra legislativa alfonsina, pero remitimos al lector a nuestras investigaciones en torno a la *Tercera Partida*, en los capítulos en que nos ocupamos de las fuentes y la edición del texto.

(123) GARCÍA-GALLO: 1976, 633.

(124) GARCÍA-GALLO: 1976, 633.

III. Bibliografía: fuentes documentales y estudios

a) FUENTES DOCUMENTALES

Ediciones de *Las Siete Partidas*

- Montalvo = *Las Siete Partidas*, ed. de Alfonso DÍAZ DE MONTALVO, Sevilla, 1491 y Venecia, 1501.
- GL = *Las Siete Partidas de Alfonso el nono glosadas por el Licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555 [edición facsímil, Madrid, BOE, 1974].
- Part. RAH = *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, I-III, Madrid, 1807 [edición facsímil, Madrid, Atlas, 1972].
- Adelantados = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 171-177.
- CARLYC = *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, I, RAH, 1861.
- Cr. Alfonso X = M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, ed., *Crónica de Alfonso X el Sabio*, Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1998.
- DEDAL = M.^a Á. SÁNCHEZ, *Diccionario español de documentos alfonsíes*, Madrid, 2000.
- Docs. Oña = I. OCEJA GONZALO, *Documentación del monasterio de San Salvador de Oña (1032-1284)*, Burgos, 1983.
- Dotrinal = R. UREÑA Y SMENJAUD y A. BONILLA Y SAN MARTÍN, eds., *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, pp. 187-376.
- Espéculo = G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Leyes de Alfonso X. I. Espéculo*, Ávila, 1985.
- Estilo = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las tafurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 235-338.
- F. Iud. = *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Real Academia Española, Madrid, 1815.
- F. Juz. = V. ORAZI, ed., *El dialecto leonés antiguo (edición, estudio lingüístico y glosario del "Fuero Juzgo" según el Ms. escurialense Z. III. 21)*, Madrid, 1997.
- F. Viejo = I. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, eds., *El Fuero Viejo de Castilla*, Madrid, Ibarra, 1771.
- Flores = R. UREÑA Y SMENJAUD y A. BONILLA Y SAN MARTÍN, eds., *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, pp. 1-184.
- FR = G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Leyes de Alfonso X. II. Fuero Real*, Ávila, 1988.

- GE I = P. SÁNCHEZ-PRieto, ed., *General estoria de Alfonso X el Sabio. Primera parte*, Madrid, Biblioteca Castro, 2001.
- LFL = J. A. ARIAS BONET, ed., *Primera Partida según el manuscrito Add. 20.787 del British Museum*, Universidad de Valladolid, 1975.
- LN = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las taurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 179-209.
- MHE = *Memorial Histórico Español*, I y II, Real Academia de la Historia, Madrid, 1851.
- Mozárabes = Á. GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo del siglo XII y XIII*, Valencia de Don Juan, 1926-1928.
- Notar. Sevilla = P. OSTOS y M.^a L. PARDO, *Documentos y notarios de Sevilla en el siglo XIII*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1989.
- Or. Alc. = I. JORDÁN DE ASSO y DEL RÍO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, eds., *Ordenamiento de la leyes que fizo D. Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de Henares el año de 1348*, Madrid, 1771.
- PCG = R. MENÉNDEZ PIDAL, ed., *Primera Crónica General de España que mandó componer Alfonso el Sabio y se continuaba bajo Sancho IV en 1289*, I-II, Madrid, 1955.
- Repartimiento = J. GONZÁLEZ, *El Repartimiento de Sevilla*, I-II, 1951.
- Rolandino = Rolando DE PASSAGGERI, *Summa totius artis notariae Rolandini Rodulphini Bononiensis*, Venezia, 1546; Ristampa anastática a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Bologna, 1977.
- Salatiel = G. ORLANDELLI, ed., *Salatiele, Ars Notariae, I, I frammenti della prima stesura dal codice bolognese dell'Archiginnasio B 1484*, Milán, 1961; *Salatiele, Ars Notariae, II, La seconda stesura dai codici della Biblioteca Nazionale di Parigi lat. 4593 e lat. 14622*, Milán, 1961.
- Setenario = K. H. VANDERFORD, ed., *El Setenario*, Barcelona, 1984².
- Speculum = W. DURANTIS (Guillaume Durand), *Speculum iudiciale illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo Degli Ubaldi*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1574 [Scientia Verlag Aalen, 1975].
- Taurerías = *Opúsculos legales de Alfonso X el Sabio. II. Fuero Real. Leyes para los Adelantados mayores. Leyes Nuevas. Ordenamiento de las taurerías*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, pp. 211-231.
- Vcrú = I. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, ed., *Versión crítica de la Estoria de España. Estudio y edición desde Pelayo hasta Ordoño II*, Madrid, Seminario Menéndez Pidal-UAM, 1993.
- Vg = A. COLUNGA y L. TURRADO, eds., *Biblia Sacra iuxta Vulgatam Clementinam*, Biblioteca de Autores Cristianos, Decima Editio, Madrid, 1999.
- X = *Gregorius IX Decretalium libri V cum glossa*, Venezia, Baptista de Tortis, 1496.

b) ESTUDIOS

- ALBERTE, A.: *Retórica medieval: historia de las artes predicatorias*, Centro de Lingüística aplicada atenea, Madrid, 2003. ARIAS BONET, J. A., "Manuscritos de las *Partidas* en la Real Colegiata de San Isidoro de León", *AHDE*, XXXV, 1965, pp. 565-568.
- ALONSO CORTÉS, M.: *Catálogo de manuscritos de la Biblioteca de Santa Cruz*, Valladolid, 1976.
- ASKINS, A.; G. AVENZOZA; A. F. DIAS y H. L. SHARRER: "Novos fragmentos de textos xurídicos galegos (s. XIV)", *Revista de Literatura medieval*, IX, 1997, pp. 9-43.
- ASKINS, A. L.; A. F. DIAS y H. L. SHARRER: 2002, *Fragmentos de Textos Medievais Portugueses da Torre do Tombo*, Lisboa, 2002.
- ARIAS BONET, J. A.: "El depósito en las *Partidas*", *AHDE*, XXXII, 1962, pp. 560-566.
- "Derecho marítimo en las *Partidas*", *Revista de Derecho Mercantil*, 41, 1966, pp. 91-108.
- "Un epítome de las *Partidas*. El ms. 140 de la Biblioteca universitaria de Valladolid", *AHDE*, XXXVIII, 1968, pp. 671-673.
- ed., *Primera Partida según el manuscrito Add. 20.787 del British Museum*, Universidad de Valladolid, 1975.
- AZEVEDO FERREIRA, J.: "Dois fragmentos da *Tercera Partida*", *CLHM*, 5, 1980 a, pp. 101-141.
- *Alfonso X: Primeyra Partida. Édition et Étude*, Textos de lingüística 3, Braga, 1980 b.
- "Subsídios para uma edição da *Terceira Partida* de Alfonso X", *Boletim de Filologia* XXIX, Lisboa, 1984, pp. 101-118.
- "Un nouveau fragment de la *Terceira Partida* d'Alphonse X", en *Petru Skokou Stotoj Oblejetnici Rodenja (1881-1956)*, Zagreb, 1985, pp. 45-64.
- "A obra legislativa de Alfonso X em Portugal", *Diacrítica* 1, Braga, 1986, pp. 5-21.
- "Fragmentos das *Partidas* de Alfonso X reencontrados em Braga", *CLHM* 18-19, 1993-1994, pp. 367-402.
- "*Terceira Partida* de Alfonso X: subsídios para a sua edição e estudo linguístico", en R. LORENZO, ed., *Actas do XIX Congresso Internacional de Linguística y Filología Románicas*, La Coruña, 1994, pp. 187-204.
- "Um fragmento reencontrado da *Terceira Partida* de Alfonso X", *Miscelânea de Estudos Linguísticos, Filológicos e Literários in Memoriam de Celso Cunha*, 1995, pp. 577-82.
- BALLESTEROS-BERETTA, A.: *Sevilla en el siglo XIII*, Sevilla, 1913.
- *Alfonso X Emperador (electo) de Alemania*, Madrid, 1918.
- "Itinerario de Alfonso X, rey de Castilla" *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CIV, 1934, pp. 49-88, 455-516; CV, 1934, pp. 123-180; CVI, 1935, pp. 83-150; CVII, 1935, pp. 21-76, 381-418; CVIII, 1936, 15-42; CIX, 1936, pp. 377-460. Aquí concretamente CV, pp. 130-137.
- *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, "El Albir", 1984².
- BERISTÁIN DÍAZ, H.: *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa, 2001.
- BERTOLUCCI PIZZORUSSO, V.: "Un trattato de *ars dictandi* dedicato ad Alfonso X", *Studi mediolatini e volgari*, 15-16, 1968, pp. 9-88.

- BLECUA, A.: *Manual de crítica textual*, Madrid, Castalia, 2001.
- BONO HUERTA, J.: *Historia del Derecho Notarial español*, t. I. *La Edad Media*, 2 vols., Madrid, 1979.
- “La legislación notarial de Alfonso X el Sabio: sus características”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, 1984, pp. 31-43.
- “Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV”, *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*, Valencia, 1986, pp. 481-506.
- *Breve introducción a la Diplomática Notarial española. Parte primera*, Sevilla, 1990.
- BOSCH, S.: “Las Partidas i els textos catalans didàctics sobre cavalleria”, *Homenatge a Antoni Rubio i Lluch III*, Barcelona, 1936, pp. 655-680.
- BOUREAU, A.: “La norme épistolaire, une invention médiévale”, en R. CHARTIER, ed., *La correspondance: Les usages de la lettre au XIX^e siècle*, Paris, 1991, pp. 127-157.
- BURNS R. I.: ed., *Las Siete Partidas*, Translations and notes by S. Parson Scott, Introduction table of contents and index of CH. Summer Lobinger, Bibliography by J. Vance, Chicago-New York-Washington, 1931 [R. I. Burns 2000].
- CALASSO, F.: *Introduzione al Diritto comune*, Milán, 1951.
- CAMARGO, M.: “Ars dictaminis. Ars dictandi”, *Typologie des sources du Moyen Age occidental*, Fasc. 60, Brepols, 1991.
- CANO AGUILAR, R.: “Los prólogos alfonsíes”, *CLHM*, 14-15, 1989-1990, pp. 79-90.
- *Comentario filológico de textos medievales no literarios*, Madrid, 1998.
- CARDENAL DE IRACHETA, M.: *Alfonso el Sabio*, CSIC, 1946.
- CÁRDENAS, A.; J. GILKISON; J. NITTI; E. ANDERSON: *Bibliography of Old Spanish Texts* (Literary Texts, Edition 2), Bibliographical Series n. 1, Madison, Wisconsin, 1977.
- CASKEY, A. F.: *An Edition, Study, and Glossary of the Old Portuguese Translations of Partidas I & III of the Alfonsine Siete Partidas*, Madison, 1979.
- CASTÁN LANAPASA, G.: *Política económica y poder político. Moneda y fisco en el reinado de Alfonso X el Sabio*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2000.
- CASTRO, M.: “La edición del *Dictaminis Epithalamium*, de Juan Gil de Zamora”, *AIA*, 153-154, 1979, pp. 217-227.
- CATALÁN, D.: *La Estoria de España de Alfonso X. Creación y evolución*, Madrid, Fundación Ramón Menéndez Pidal-UAM, 1992.
- CRADDOCK, J. R.: “La nota cronológica inserta en el prólogo de las *Siete Partidas*”, *Al-Andalus*, 39, 1974, pp. 363-89 [reimpresión electrónica con suplementos del 30 de julio de 2004].
- “La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio”, *AHDE*, XLI, 1981, pp. 365-418.
- “Must the King Obey his Laws?”, en Dorothy Clotelle Clarke, ed., *Florilegium Hispanicum*, Madison, 1983, pp. 71-79.
- *The legislative works of Alfonso X, el Sabio. A critical bibliography*, 1986 (a).
- “El Setenario: última e inconclusa refundición de la *Primera Partida*”, *AHDE*, LVI, 1986 (b), pp. 441-466.
- “Dynasty in dispute: Alfonso X el Sabio and the succession to the throne of Castile and Leon in history and legend”, *Viator*, 17, 1986 c, pp. 197-219.
- “El texto del *Espéculo*”, *Initium*, 3, 1998, pp. 221-274.

- D'ABADAL I VINYALS, R.: "Les Partidas a Catalunya durant l'edat Mitja", *Estudis Universitaris Catalans* 6, 1912, pp. 13-180.
- DA COSTA, A. J.: "Fragmentos preciosos de códices medievales", *Bracara Augusta*, 2, 1950, pp. 50-52.
- DAUMET, H.: *Mémoire sur les relations de la France et de la Castille de 1255 à 1320*, Paris, 1913.
- D'AZEVEDO, P.: "Duas traduções portuguesas do sec. XIV, um fragmento das *Partidas* de Castilla", *Revista Lusitana* 16, 1913, p. 101.
- DEL MONTE, A.: *Elementi di ecdotica*, Milán, 1987.
- DEYERMOND, A. D.: *Historia de la literatura española, 1. La Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1994.
- DIAS, A. F.: "As Partidas de Alfonso X: novos fragmentos em língua portuguesa - 2", *Romance Philologie*, 54, 2001, pp. 263-275.
- DOMÍNGUEZ APARICIO, J.: *El código escurialense N.ii.19: Ars Notariae de Rolandino*, Tesis doctoral, UCM, 1992.
- DOMÍNGUEZ BORDONA, J.: *Manuscritos con pinturas*, 1-2, Madrid, 1933.
- *Exposición de Códices*, Barcelona, 1962.
- DURO PEÑA, E.: "Los códices de la Catedral de Orense", *Hispania Sacra*, 14, 1961, pp. 185-212.
- ESTEPA DíEZ, C.: "La política exterior en la época de Alfonso X: el «fecho del imperio»", *Alfonso X, Toledo 1984*, MEC, 1984, pp. 13-20.
- FALLETTI, L.: "Guillaume Durand", *Dictionnaire de Droit Canonique*, 5, 1950, pp. 1014-1075.
- FAULHABER, Ch. B.: "Retóricas clásicas y medievales en bibliotecas castellanas", *Ábaco*, 4, 1973, pp. 151-300.
- ed., *Juan Gil de Zamora, Dictaminis Epithalamium*. Edición y estudio, Biblioteca degli Studi Mediolatini e Volgari, Nuova serie II, Pisa, Pacini, 1978 (a).
- "The *Summa dictaminis* of Guido Faba", en J. J. MURPHY, ed., *Medieval Eloquence. Studies in Theory and Practice of Medieval Rhetoric*, University of California Press, 1978 (b), pp. 85-111.
- "Las retóricas hispanolatinas medievales, siglos XII-XV", *Repertorio de Historia de las ciencias Eclesiásticas en España*, 7, 1979, pp. 11-64.
- *Medieval Manuscripts in the Library of the Hispanic Society of America. Religious, Legal, Scientific, Historical, and Literary Manuscripts*, 2 vols., The Hispanic Society of America, 1983.
- FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, I.: *Las Estorias de Alfonso el Sabio*, Madrid, Istmo, 1992.
- ed., *Versión crítica de la Estoria de España*, Madrid, Fundación Ramón Menéndez Pidal-UAM, 1993.
- "La evolución del pensamiento alfonsí y transformación de las obras jurídicas e históricas del rey Sabio", *CLHM*, 23, 2000, pp. 264-283.
- "Antes de la *collatio*. Hacia una edición crítica de la *General Estoria* de Alfonso el Sabio" (segunda parte), en Aengus Ward, ed., *Teoría y práctica de la historiografía hispánica medieval*, University of Birmingham Press, 2000, pp. 124-148.
- "Tras la *collatio* o cómo establecer correctamente el error textual", *La corónica* 30 (2), 2002, pp. 105-180.

- GACTO FERNÁNDEZ, E.; J. A. ALEJANDRE GARCÍA y J. M.^a GARCÍA MARÍN: *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1982 (1987^a).
- GARCÍA-GALLO, A.: "El Libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas", *AHDE*, XXI-XXII, 1951-1952, pp. 345-528.
- "Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X", *AHDE*, XLVI, 1976, pp. 609-670.
- *Manual de Historia del derecho español*, I-II, Madrid, 1977.
- GARCÍA GOYENA, J.: "La promulgación de las Partidas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 68, 1886, pp. 141-166.
- GARCÍA Y GARCÍA, A., y R. GONZÁLEZ RUIZ: *Catálogo de los manuscritos jurídicos de la Catedral de Toledo*, Roma-Madrid, 1970.
- GARCÍA Y GARCÍA: "Un nuevo código de la Primera Partida de Alfonso X el Sabio", *AHDE*, XXXIII, 1963, pp. 267-343.
- "Obras de derecho común medieval en castellano". *AHDE*, XLI, 1971, pp. 665-686.
- "La canonística ibérica medieval posterior al Decreto de Graciano (III)", *Repertorio de las ciencias Eclesiásticas en España*, 5, 1976, pp. 360-434.
- "La tradición manuscrita de las Siete Partidas", en A. PÉREZ MARTÍN ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 655-699.
- "Las fuentes canónicas de las Partidas", *Glossae*, 3, 1992, pp. 93-101.
- "El Derecho común en Castilla durante el siglo XIII", *Glossae*, 5-6, 1993-1994, pp. 45-74.
- GARCÍA Y GARCÍA, A.; F. CANTELAR RODRÍGUEZ y M. NIETO CUMPLIDO: *Catálogo de los manuscritos e incunables de la Catedral de Córdoba*, Biblioteca Salmanticensis, 6, Estudios 5, Salamanca, 1976.
- GAUDENZI, A.: ed., *Guidonis Fabe Summa dictaminis*, en "Il Propugnatore", 3, 13-14, 1890, pp. 287-338; 3, 16-17 1890, pp. 345-393; 5, 25-26, 1892, pp. 86-129 y 5, 28-29, 1892, pp. 58-109 [reed. Guido Faba, *Dictamina Rhetorica Epistole*, Bologna 1971].
- *Rhetorica novissima*, en *Bibliotheca iuridica mediæ ævi*, 2, Bologna, 1892 b.
- GIBERT, R.: *360 preguntas y respuestas sobre historia del derecho español. Addenda para el curso primero en la Distancia*, Madrid, 1982.
- GIL FARRÉS, O.: *Historia de la moneda española*, Madrid, 1976.
- GIMÉNEZ Y CARVAJAL, J.: "El Decreto y las Decretales fuentes de la Primera Partida de Alfonso el Sabio", *Antológica Annuæ*, II, pp. 239-248.
- "San Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso X el Sabio", *Antologica Annuæ*, III, 1955, pp. 201-238.
- GIMENO MENÉNDEZ, F.: *Estudio filológico de la versión romance de Privilegios de Alfonso X el Sabio a Alicante guardados en su Archivo municipal*, Alicante, 1971.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P.: "El Código de Don Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas. Introducción histórica", en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, II, Madrid, 1848, pp. I-XLVI.
- GÓMEZ REDONDO, F.: *Historia de la prosa medieval castellana*, I, Madrid, Cátedra, 1998.
- GONZÁLEZ, J.: *El Repartimiento de Sevilla*, I-II, 1951.

- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M.: ed., *Crónica de Alfonso X*, Murcia, Academia Alfonso X el Sabio, 1998.
- *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, Ariel, 2005.
- GONZÁLEZ PALENCIA: *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, Madrid, 1926-1930.
- GONZÁLEZ RUIZ, R.: *Libros y hombres de Toledo*, Madrid, Fundación Areces, 1997.
- HERNÁNDEZ, F. J.: *Los cartularios de Toledo*, Madrid, Fundación Areces, 1996.
- *Las rentas del rey*, Madrid, Fundación Areces, 1996.
- HERNÁNDEZ, F. J., y P. LINEHAN: *The morazabic Cardinal. The life and times of Gonzalo Pérez Gudiel*, Florencia, Sismel-Edizioni del Galluzzo, 2004.
- IGLESIA FERREIRÓS, A.: “Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte”, *AHDE*, XLI, 1971, pp. 945-971.
- “Fuero Real y Espéculo”, *AHDE*, LII, 1982, pp. 111-191.
- “El privilegio general concedido a las Extremaduras en 1264 por Alfonso X”, *AHDE*, LIII, 1983, pp. 455-521.
- “La labor legislativa de Alfonso X el Sabio”, en A. PÉREZ MARTÍN, ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 275-599.
- “Una traducción catalana de la *Segunda Partida*”, *Anuario de estudios medievales* 17, 1987, pp. 265-278.
- *La creación del derecho. Una historia del Derecho español*, Barcelona, 1988.
- “El poder de hacer leyes de Alfonso X”, en *Federico II legislatore del Regno di Sicilia nell’Europa del Duecento*, Messina-Reggio Calabria, 1995, pp. 397-409.
- “Libro de leyes y privilegio”, en *Sevilla, ciudad de privilegios*, Sevilla [separata sin año], pp. 117-175.
- INGUANEZ, D. M., y H. M. WILLARD: eds., *Alberici Casinensis, Flores rhetorici*, Miscellanea cassinese 14, Montecassino, 1938.
- *Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional*, XIII, Madrid, 1995.
- JUÁREZ BLANQUER, A., y B. RUBIO FLÓREZ: eds., *Partida segunda de Alfonso X el Sabio (manuscrito 12.794 de la B.N.)*. Edición y estudio, Granada, 1991.
- KLEIN, J.: *La Mesta. Estudio de la historia económica española 1273-1836*, Madrid, 1981.
- LARMON PETERSON, J.: “The transmission and reception of Alberic of Montecassino’s *Breviarium de dictamine*”, *Scriptorium*, LVII, 3 (1), 2003, pp. 27-50.
- LAWRENCE, J.: “Nueva luz sobre la biblioteca del conde de Haro”, *Crotalón. Anuario de Filología española*, I, 1984, p. 1103.
- LEPAGE, Y. G.: *Guide de l’édition de textes en ancien français*, Paris, 2001.
- LICITRA, V.: “Il mito di Alberico de Montecassino iniziatore dell’*Ars dictaminis*”, *Studi medievali*, serie 3, núm. 18, 1922, pp. 609-627.
- LLACAYO Y SANTAMARÍA, A.: *Antiguos manuscritos de historia, ciencia y arte militar, medicina y literarios en la Biblioteca del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial*, Sevilla, 1878.
- LÖFSTEDT, B.: “Zum *Dictaminis Epithalamium* des Juan Gil de Zamora”, *Habis*, 22, 1991, pp. 383-398.
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, A. J.: *La Cancillería de Alfonso X a través de las fuentes legales y la realidad documental* (Microfichas), Universidad de Oviedo, 1999.

- LÓPEZ-IBOR, M.: "El pleito de sucesión en el reinado de Alfonso X", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 55-65.
- LÓPEZ ORTIZ, Fray J.: "La colección conocida con el título *Leyes Nuevas*", *AHDE*, XVI, 1945, pp. 5-70.
- LUCAS ÁLVAREZ, M.: "Documentos notariales y documentos en el monasterio de Osera", *Primeras jornadas de Metodología aplicada a las ciencias históricas*, V, Santiago de Compostela, 1975, pp. 223-240.
- MACDONALD, R. A.: "Problemas políticos y derecho alfonsino considerados desde tres puntos de vista", *AHDE*, LIV, 1984, pp. 25-53.
- "El *Espéculo* atribuido a Alfonso X, su edición y problemas que plantea", en A. PÉREZ MARTÍN, ed., *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986, pp. 611-653.
- MADERO, M.: *Las verdades de los hechos. Proceso, juez y testimonio en la Castilla del siglo XIII*, Universidad de Salamanca, 2004.
- MALDONADO, J.: "Un manuscrito del *Fuero Viejo*", *AHDE*, XXXII, 1962, pp. 471-481.
- MARAVALL, J. A.: *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997⁴.
- *Estudios de historia del pensamiento español. Serie primera*, Madrid, Ediciones cultura hispánica, 2001⁴.
- MARCOS RODRÍGUEZ, F.: "La antigua biblioteca de la Catedral de Salamanca", *Hispania Sacra*, 14, 1961, pp. 281-319.
- MÁRQUEZ VILLANUEVA, F.: *El concepto cultural alfonsí*, Barcelona, Bellaterra, 2004.
- MARTIN, G.: *Les juges de Castille. Mentalités et discours historiques dans l'Espagne médiévale*, Annexes des *CLHM*, Paris, Klincksieck, 1992.
- "Alphonse X ou la science politique (*Septénaire* 1-11)", *CLHM*, 18-19, 1993-1994, pp. 79-100, y *CLHM*, 20, 1995, pp. 7-33.
- "Alphonse X de Castille, roi et empereur", *CLHM*, 23, 2000, pp. 323-348.
- "Datation du *Septénaire*: rappels et nouvelles considérations", *CLCHM*, 24, 2001, pp. 325-342.
- MARTÍNEZ DÍEZ, G.: "Los comienzos de la Recepción del Derecho romano en España y el *Fuero Real*", *Diritto comune e Diritti locale nella storia dell'Europa*, Milán, 1980, pp. 251-262.
- *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Burgos, 1982.
- MARTÍNEZ MARINA, Fco.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente el código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio*, I-III, Madrid, 1808 (1832 y 1835). Usamos la edición que se encuentra en F. MARTÍNEZ MARINA, *Obras escogidas*, BAE, Madrid, 1966.
- MARTÍNEZ SALAZAR, A.: "Fragmento de un nuevo código gallego de *Las Partidas*", *Boletín de la Real Academia Gallega*, 3, 31, 1909, pp. 149-158; 32, 1910, pp. 171-179.
- MARTÍN-RETORTILLO Y BÁQUER, S.: "Notas para un estudio de la prueba en la tercera *Partida*", *Argensola* 22, 1955, 101-122.
- MCNAAB, R.: "Innovations and Compilations: Juan Gil de Zamora's *Dictaminis Epithalamium*", *Rhetorica*, 21 (4), 2003, pp. 225-254.

- MENÉNDEZ PIDAL, R.: *Documentos lingüísticos de España*. I: *Reino de Castilla*, Madrid, 1919.
- *La epopeya castellana a través de la literatura*, Madrid, Espasa-Calpe, 1945.
- *La España del Cid. Obras completas*, t. VI, 1-2, Madrid, Espasa-Calpe, 1947.
- *Crestomatía del español medieval*, 1-2, Madrid, 1965-66.
- *La épica medieval española. Obras completas*, t. XIII, Madrid, Espasa-Calpe, 1992.
- *Historia de la lengua española* (D. Catalán ed.), Madrid, 2005.
- METTMANN, W.: ed., *Alfonso X el Sabio. Cantigas de Santa María*, 3 vols., Madrid, Castalia, 1986, 1988, 1989.
- MINGUIJÓN, S.: "Fuero Real", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VIII, 1960, pp. 346-352.
- MOLINA, Á. L.: "Aspectos de la vida cotidiana en *Las Partidas*", *Glossae* 5-6, 1993-1994, pp. 171-185.
- MURPHY, J. J.: *Rhetoric in the Middle Ages*, 1974.
- *Medieval Rhetoric: A Select Bibliography*, Toronto, 1989.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: *Documento medieval y Rolandino*, Madrid, 1951.
- O'CALLAGHAN, J. F.: *Las Cortes de Castilla y León 1188-1350*, Valladolid, Ámbito, 1989.
- *El rey Sabio. El reinado de Alfonso X de Castilla*, Universidad de Sevilla, 1999?
- OCHOA SANZ, J.: *Vicentius Hispanus, canonista boloñés del siglo XIII*, Roma-Madrid, CSIC, 1960.
- OVIEDO Y ARCE, E.: "Cuatro fragmentos de distintos códigos gallegos de las *Partidas* de Alfonso el Sabio", *Colección diplomática de Galicia Histórica*, 1, Santiago, 1901, pp. 103-135.
- "Fragmento de un código galaico de las *Partidas* (apógrafo del siglo XIII)", *Boletín de la Real Academia Gallega* 10, 1915, pp. 72-82.
- PALACIOS ALCAINE, A.: ed., *Alfonso X el Sabio, Fuero Real*, Barcelona, 1991.
- PAZ Y MELIÁ, A.: "Códices más notables de la Biblioteca Nacional", *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 11, 1904, pp. 437-438.
- PENSADO, J. L.: "Tres fragmentos jurídicos galaicoportugueses", *Cuadernos de estudios gallegos*, 29, 1975, pp. 102-129.
- PÉREZ-EMBID, F.: *El almirantazgo de Castilla hasta las capitulaciones de Santa Fe*, Sevilla, 1944.
- PÉREZ LLAMAZARES, J.: *Catálogo de los códigos y documentos de la Real Colegiata de San Isidoro de León*, León, 1923.
- PÉREZ LÓPEZ, J. L.: "Las *Siete Partidas* según el código de los Reyes Católicos de la Biblioteca Nacional de Madrid", *Dicenda. Cuadernos de Filología Hispánica*, 14, 1996, pp. 235-258.
- PÉREZ MARTÍN, A.: "Estudiantes zamoranos en Bolonia", *Studia Zamorensia* 2, 1981 a, pp. 23-66.
- "El Ordo iudiciarius «Ad sumariam notitiam» y sus derivados (I)", *Historia, Instituciones y Documentos*, 8, 1981 b, pp. 195-266 y "El Ordo iudiciarius «Ad sumariam notitiam» y sus derivados (II)", *Historia, Instituciones y Documentos*, 9, 1982, pp. 327-424.
- "El *Fuero Real* y Murcia", *AHDE* LIV, 1984.

- PÉREZ MARTÍN, A.: "El estudio de la recepción del Derecho Común en España", *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, pp. 241-325.
- "La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las *Siete Partidas*", *Glossae*, 3, 1992 a, pp. 9-63.
- "Fuentes romanas en las *Partidas*", *Glossae*, 4, 1992 b, pp. 215-246.
- "La obra jurídica de Jacobo de las Leyes: *Las Flores del derecho*", *CLHM*, 22, 1998-1999, pp. 247-270.
- *El derecho procesal del «Ius Commune» en España*, Universidad de Murcia, 1999.
- "La Institución Real en el «Ius Commune» y en las *Partidas*", *CLHM*, 23, 2000, pp. 305-321.
- PÉREZ-PRENDES, J. M.: "Las leyes de los Adelantados Mayores", *Hidalguía*, 51, 1962, pp. 1-22.
- "Las leyes de Alfonso el Sabio", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 67-84.
- *Historia del Derecho español*, I-II, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- "El trabajo de un legislador cortesano: Alonso Díaz de Montalvo", *Torre de los Lujanes: Boletín de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, 2005, pp. 119-134.
- PÉREZ PRIEGO, M. Á.: *La edición de textos*, Madrid, Síntesis, 1997.
- PERONA, J.: "Lenguas, traducción y definición en el *Scriptorium* de Alfonso X", *CLHM*, 14-15, 1989-1990, pp. 247-276.
- PIMENTA, A.: *Fuero Real de Alfonso o Sabio, Versão portuguesa do século XIII, publicada e comentada*, Lisboa, 1946.
- PROCTER, E. S.: *Curia y Cortes en León y Castilla 1072-1295*, Madrid, Cátedra, 1988 [traducción española de *Curia and Cortes in Leon and Castile 1072-1295*, Cambridge University Press, 1980].
- *Alfonso X de Castilla, patrono de las letras y del saber*, Murcia, 2002 [traducción española de *Alfonso X of Castile, Patron of the Literature and Learning*, Oxford, Clarendon Press, 1951].
- RÁBADE OBRADÓ, M.^a del P.: *Las universidades en la Edad Media*, Madrid, 1996.
- RAMOS BOSSINI, F.: *Primera Partida de Alfonso X el Sabio* (Ms. HC 397/573, de la Hispanic Society, New York), Granada, 1984.
- REY, A.: *Castigos e documentos para vivir bien ordenados por el rey don Sancho IV*, Boomington, Indiana, 1952.
- REYNOLDS, R.: *An Edition of a Portion of the "Livro primeyro das Partidas de Castilla"*, Universidad de North Carolina, 1967.
- RICO, F.: *Alfonso el Sabio y la "General Estoria"*, Barcelona, Ariel, 1984².
- RIESCO TERRERO, Á.: *Introducción a la paleografía y la Diplomática general*, Madrid, 2000.
- ROBLES, A.: "Manuscritos del Archivo del Real Convento de Valencia", *Escritos del Vedat*, 14, 1984, pp. 400-401.
- ROCKINGER, H.: *Briefsteller und Formelbücher des elften bis vierzehnten Jahrhunderts*, I-II, Munich, 1863-1864.

- RUBIO MORENO, L. M.^a: *Contribución al estudio de las definiciones léxicas de "Las Partidas" de Alfonso X el Sabio*. Leyes de Alfonso X, III, Fundación Sánchez Albornoz, Ávila, 1991.
- RUIZ GARCÍA, E.: *Introducción a la codicología*, Madrid, Fundación Germán Rui-pérez, 2002.
- SABATINO PÉREZ, R.: "Entre el Medioevo y el Renacimiento. Alfonso X y Federico II", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 7-14.
- SALVADOR MARTÍNEZ, H.: *Alfonso X, el Sabio. Una biografía*, Madrid, Polifemo, 2003.
- SÁNCHEZ, G.: "Para la redacción del antiguo derecho territorial castellano", *ADHE*, VI, 1929, pp. 260-328.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: "La obra legislativa de Alfonso X el Sabio. Historia de una polémica", en J. MONTOYA MARTÍNEZ y A. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, coords., *El scriptorium alfonsí: de los libros de astrología a las "Cantigas de Santa María"*, Madrid, 1999.
- ed., *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Madrid, Ed. Reus, 2004.
- SÁNCHEZ-PRIETO, P.: *Cómo editar los textos medievales. Criterios para su presentación gráfica*, Madrid, Arco Libros, 1998.
- SAVIGNY, F. C.: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, V, 1850 [1961].
- SCHMALE, F. J.: ed., *Adalbertus Samaritanus, Praecepta dictaminum*, Nachdruck, 1961.
- SIMÓN DÍAZ, J.: *Bibliografía de la literatura hispánica*, 3 (1-2), Madrid, 1963².
- SUTTER, C.: ed., *Palma*, en *Aus Leben und Schriften des Magister Boncompagno*, Freiburg im Breisgau, 1894.
- TENORIO Y CEREZO, N.: *El Concejo de Sevilla. Estudio de la organización político-social desde su reconquista hasta el reinado de D. Alfonso XI (1248-1312)*, Sevilla, 1901.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1997.
- TORRES FONTES, J.: "Murcia y las Partidas", *AHDE*, XXXIV, 1964, pp. 531-545.
- TORRES SANZ, D.: *La administración central castellana en la Baja Edad Media*, Valladolid, 1982.
- UBIETO ARTETA, A.: *Colección diplomática de Cuéllar*, Segovia, Diputación Provincial, 1961.
- ULLMANN, W.: *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1983.
- VALDEÓN BARUQUE, J.: "Alfonso X el Sabio: semblanza de su reinado", *Revista de Occidente*, Extraordinario 11, 1984, pp. 15-28.
- "La Mesta y el pastoreo en Castilla en la Baja Edad Media (1273-1474)", en G. ANES ÁLVAREZ, coord., *Mesta, trashumancia y vida pastoril*, 1994, pp. 49-66.
- *Alfonso X el Sabio. La forja de la España moderna*, Madrid, 2003.
- VALLEJO, J.: "La regulación del proceso en el *Fuero Real*", *AHDE*, LV, 1985, pp. 495-703.
- VICENTE VELA, V., y R. NÚÑEZ LAGOS: eds., *Rolandino Passaggeri, Aurora. Con las adiciones de Pedro de Unzola*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 1950.

- WAHRMUND, L.: ed., *Die Summa Libellorum des Bernardus Dorna*, L. Wahrmund, ed., Neudruk der Ausgabe Basel, 1905 [Scientia Verlag Aalen, 1962].
- *Das Formularium des Martinus de Fano*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1906 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
 - *Die Summa Aurea des Wilhelmus de Drokedo*, Neudruck der Ausgabe Basel, 1914 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
 - *Der Ordo iudiciarius des Aegidius de Fuscarariis*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1916 [Scientia Verlag Aalen, 1962].
 - *Die Ars Notariae des Rainerius Perusinus*, Neudruk der Ausgabe Basel, 1917 [Aalen, Scientia Verlag, 1962].
- WITT, R.: "Boncompagno and the Defense of Rhetoric", *The Journal of Medieval and Renaissance Studies*, 16, 1986, pp. 1-32.
- ZARCO CUEVAS, J.: *Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial*, 1-2, Madrid, 1924-1926; 3, El Escorial, 1929.
- ZURITA, R.: "Los títulos de las *Siete Partidas* y el *Corpus Iuris Civilis*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 9, Alfonso X el Sabio, VII Centenario, 1985, pp. 129-155.

IV. Abreviaturas

- AA = *Antológica Annu.*
ABCT = Archivo y Biblioteca Capitulares de la Catedral de Toledo.
AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español.*
ANTT = Arquivo Nacional da Torre do Tombo.
BA = *Bracara Augusta.*
BAC = Biblioteca de Autores Cristianos.
BAE = Biblioteca de Autores Españoles.
BNM = Biblioteca Nacional de Madrid.
BOOST = *Bibliography Of Old Spanish Texts* (Literary Texts, Edition-2). Comp. by Antonio Cárdenas, J. Gilkison, J. Nitti, E. Anderson, Bibliographical Series n. 1; Madison, Wis., 1977.
CARLYC = Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla.
CLCHM = *Cahiers de linguistique et civilisation hispaniques médiévales.*
CLHM = *Cahiers de linguistique hispanique médiévale.*
CPPV = Convento de Padres Predicadores de Valencia.
Glossae = *Glossae. Revista de Historia de Derecho Europeo.*
HDNE = J. Bono, *Historia del Derecho Notarial Español*, I-II, Madrid, 1979.
HS = *Hispania Sacra.*
HSA = Hispanic Society of America de Nueva York.
Inventario = *Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional.*
MHE = *Memorial Histórico Español.*
NEJS = *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.*
RABM = *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos.*
RAH = Real Academia de la Historia.
RBME = Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial.
RCSI = Real Colegiata de San Isidoro de León.
ROc = *Revista de Occidente.*
Zarco = J. Zarco Cuevas, *Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial*, 1-3, Madrid, 1924, 1926 y El Escorial, 1929.

LA REFORMA DEL REGLAMENTO NOTARIAL EN MATERIA DE ACTAS (1)

VALERIO PÉREZ DE MADRID CARRERAS

Notario

SUMARIO: I. FUENTES NORMATIVAS. II. CONCEPTO DE ACTA NOTARIAL. III. ESPECIALIDADES FORMALES DE LAS ACTAS EN GENERAL. IV. ACTAS RELACIONADAS CON HECHOS INFORMÁTICOS. V. ACTAS DE PRESENCIA. VI. ACTAS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS. VII. ACTAS DE REMISIÓN DE DOCUMENTOS POR CORREO. VIII. ACTAS DE NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO. IX. ACTAS DE NOTORIEDAD. X. ACTAS DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO. XI. ACTAS DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIAS DEL TÍTULO PÚBLICO PARA INMATRICULAR. XII. ACTAS DE PROTOCOLIZACIÓN. XIII. ACTAS DE DEPÓSITO. XIV. DOCUMENTO FEHACIENTE DE LIQUIDACIÓN. XV. ACTAS DE SUBASTA. XVI. EPÍLOGO: LAS ACTAS Y LA REFORMA INSTITUCIONAL DEL NOTARIADO.

(1) El origen de este trabajo es mi intervención en el seminario sobre la reforma del Reglamento Notarial organizado por la Academia Sevillana del Notariado en febrero de 2007.

I. Fuentes normativas

Antes de descender al estudio del acta notarial y sus distintas manifestaciones conviene analizar cuáles son las fuentes normativas de la nueva regulación reglamentaria de las actas, puesto que una de las principales novedades en la reforma es, precisamente, la consagración legislativa del género documental “acta notarial”, no contemplado inicialmente por el legislador. En efecto, el artículo 17.1 de la Ley del Notariado de 1862 sólo disponía que “*el notario redactará escrituras matrices...*”, mientras que el artículo 144 del Reglamento Notarial ya preveía, como clase de instrumento público, “*... las actas...*”. La Ley 36/2006, en cambio, da una nueva redacción al artículo 17.1, indicando expresamente que “*el notario... extenderá y autorizará actas...*”, dando cobertura legal al artículo 144 RN.

No obstante, el RN trata de desarrollar también ciertos tipos de actas “electrónicas” que ya habían sido sancionadas por el legislador. El artículo 114 de la Ley 24/2001 contempla tanto las actas destinadas a dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático como las actas de comunicaciones electrónicas y, en ambos casos, se remitía a un futuro desarrollo reglamentario. La regulación de estas actas “electrónicas” no se limita al RN, sino que, dadas las exigencias técnicas de la informática, se completa con la previsión de futuras normas técnicas dictadas por el Ministerio de Justicia en forma de Instrucción, relacionadas fundamentalmente con la conservación y reproducción de los archivos informáticos.

Finalmente, hay que tener presente la normativa “interna” notarial, si por tal entendemos las circulares del Consejo General del Notariado y las circulares de los Colegios Notariales. Las primeras, contempladas en sede de las actas de notoriedad, están reguladas en el artículo 344.4 RN, que las califica de “obligado cumplimiento”, si bien exige la aprobación de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y, en el ámbito colegial, pueden tener relevancia los acuerdos que, al amparo del artículo 314 RN, dicte el Colegio correspondiente para hacer efectiva la su-
basta colegial a que se refiere el artículo 220.4 RN.

II. Concepto de acta notarial

Dado que los artículos 17 LN y 144 RN contemplan distintos géneros instrumentales, es necesaria una delimitación legal de su respectivo ámbito. El artículo 17.1 LN señala que “*las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y con-*

tratos, así como sus juicios o calificaciones". Dos son las notas más significativas de la definición legal: su limitación a la constatación de hechos; y la extensión a los juicios y calificaciones.

Frente a la escritura pública, cuyo contenido propio son las declaraciones de voluntad, negocios y contratos, el acta notarial se limita a la constatación de "hechos" tal como los percibe el notario, aclaración relacionada con el artículo 1 RN, que proyecta la función notarial sobre los hechos en la exactitud de lo que el notario "*ve, oye o percibe por sus sentidos*". La tradicional discusión sobre la distinción entre escritura y acta se cierra por el legislador, consagrando la autoridad de RODRÍGUEZ ADRADOS, para quien la escritura pública es "*la forma notarial específica de la declaración de voluntad*" (2). De este modo, las declaraciones de voluntad se formalizarán necesariamente en escritura, sin que sea posible el recurso al acta. Téngase en cuenta que el artículo 145.6 RN obliga al notario a denegar su ministerio cuando las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda a su contenido.

No obstante lo anterior, entiendo que sí es posible documentar en acta determinados hechos, manifestaciones o actos de los que indirectamente se pueda derivar la existencia de un negocio jurídico. A mi juicio es posible, siempre que no constituya una declaración de voluntad unilateral, sino un simple "hecho", con la consecuencia de que el documento notarial no produce los efectos propios de la escritura pública, *v. gr.*, el traditorio. Como señala SOLÍS (3), podrá ocurrir que una o varias actas acaben conteniendo hechos que sean declaraciones de voluntad que, en el orden sustantivo, integren un contrato; pero no por ello el acta se transformará en escritura pública, cuyos efectos probatorios, traditorios, ejecutivos o registrales seguirán faltando. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006 (4) contempla un acta de manifestaciones de dos partes de las que se desprendería, por los hechos reflejados en dicha acta, la existencia de un contrato verbal al que se reconoce plena eficacia.

La segunda novedad de la nueva definición legal se encuentra en la extensión del ámbito del acta notarial a los "*juicios y calificaciones*". En la doctrina notarial clásica fue un tema bastante discutido si la función del notario podía extenderse a la emisión de juicios y calificaciones. La posición más restrictiva, defendida por GONZÁLEZ PALOMINO (5), negaba

(2) "Comentario al artículo 17 de la Ley del Notariado", en VVAA (Colegio Notarial de Madrid), *Nueva legislación notarial comentada*, I, pp. 76-77.

(3) SOLÍS VILLA, C.: "Actas Notariales", en VVAA, *Nueva legislación notarial comentada*, I, p. 570. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.

(4) La Ley 60320/2006.

(5) *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1945, p. 58.

tal posibilidad, pues a su juicio *“la actuación notarial consiste en la afirmación de hechos evidentes para el notario”*. CÁMARA, en posición intermedia, reservaba las actas para la constatación de hechos, pero admitía que el acta documentara juicios notorios como una función *“atípica”* notarial. Sin embargo, la doctrina mayoritaria admitía la solución que finalmente ha adoptado el legislador. Por todos, RODRÍGUEZ ADRADOS advirtió que *“es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles: partiendo de su raíz sensorial, la actividad del notario se expande hasta la esfera del derecho, donde ya no puede emitir afirmaciones, sino juicios y calificaciones”* (6). La admisibilidad de las actas notariales de declaración de herederos abintestato, en el año 1992, supuso la aceptación por parte del legislador de la tesis moderna, que sirve de base al artículo 17 LN. Téngase en cuenta, además, que esta consagración legal resulta imprescindible de cara a la asunción por parte del notario de funciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

III. Especialidades formales de las actas en general (art. 198.1 RN)

Visto este *panorama general*, comenzamos con el examen de las modificaciones introducidas por el RN. Con carácter general, la regulación de las actas se encuentra en el artículo 198 RN, que incluye el contenido de los antiguos artículos 198 y 197, pues el legislador ha tenido que dejar hueco para la regulación de las pólizas en el 197. Nos limitaremos al examen de las modificaciones más relevantes.

En materia de **identidad y capacidad de los requirentes**, se mantiene la regla general de que el notario no tiene que apreciar la identidad y capacidad del requirente, sino sólo su interés legítimo. Sin embargo, el punto 1.º introduce una excepción: *“salvo que por tratarse del ejercicio de un derecho el notario deba hacer constar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente a los efectos de su control de legalidad”*. La reforma, en realidad, se limita a recoger la doctrina de la DGRN (7), que había distinguido entre dos tipos de actas: a) aquellas que no pretenden conseguir efectos jurídicos concretos, en cuyo caso se aplica la regla general, y b) aquellas que persiguen un efecto jurídico determinado en las normas legales correspondientes, en cuyo caso, como excepción, sí hace falta apreciar la capacidad y legitimación. En estos casos, entiendo que se

(6) “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, en *Escritos Jurídicos*, IV, Madrid, CGN, 1996, p. 156.

(7) Véase Resolución de 5 de marzo de 1996.

aplicarán las reglas generales de apreciación de capacidad y legitimación representativa, incluyendo las normas sobre el mandato verbal, salvo casos excepcionales (8). El mismo Centro Directivo aclaró que el término “*ejercicio de un derecho*” debía interpretarse en sentido amplio, comprensivo de los actos conservativos y de aquellas actas que imponen una obligación o carga en el notificado, abriendo para éste un plazo preclusivo de caducidad para el ejercicio de un derecho. Además, hay determinadas normas legales y reglamentarias que exigen imperativamente la apreciación de la identidad y capacidad, por ejemplo, actas notariales de Junta (arts. 114 LSA y 55 LSRL) o actas de notoriedad para reanudar el tracto (203 LH).

El apartado quinto contempla expresamente la relevancia de las **manifestaciones contenidas en acta**. Según este apartado, “*las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento y en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las recoja no adquirirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública*”. A mi juicio, el precepto no se refiere sólo al valor de las manifestaciones contenidas en una notificación y requerimiento, como se desprende del tenor literal, sino que una interpretación sistemática conduce a propagar su ámbito a todo tipo de actas, en especial, las actas de referencia/manifestaciones. De todos modos, no parece muy apropiado que un reglamento se ocupe de estas cuestiones, pues como advertiera RODRÍGUEZ ADRADOS, “*la eficacia jurídica de las actas notariales viene determinada por los derechos sustantivos y no por el derecho notarial*” (9). En realidad, lo que hace el RN es asumir la doctrina de la DGRN (10), que ya había establecido una clara distinción entre los hechos recogidos en el acta notarial y la trascendencia jurídica de esos hechos, cuestión que queda reservada a los tribunales de justicia.

No obstante, quizá sea un buen momento para plantearnos qué eficacia tienen dichas manifestaciones, pues puede ser aconsejable incluir en un acta una advertencia expresa. Según la Resolución DGRN de 25 de mayo de 1998, si las manifestaciones son *hechos propios*, constituye una

(8) En relación con el mandato verbal y las actas, la Resolución de 15 de diciembre de 1995 había señalado que, en los casos en que el notario tenía que apreciar la capacidad y legitimación del requirente, “en ocasiones” no era admisible el mandato verbal. Se refiere sólo a supuestos excepcionales, por ejemplo, notificaciones a realizar en plazo preclusivo, donde es preciso comprobar en el mismo requerimiento la plena voluntad del requirente. Pero, como regla general, se aplicarán las reglas generales del mandato verbal.

(9) “Cuestiones...”, ob. cit., p. 15.

(10) Resolución de 25 de abril de 1994.

confesión; y si lo son sobre *hechos ajenos*, una prueba testifical extrajudicial, que deberá ser valorada por los tribunales. Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo se puede resumir en los siguientes puntos: las manifestaciones ante notario no suplen la prueba testifical (11); el acta no constituye prueba documental, sin perjuicio de ser admitida como prueba en los términos del artículo 299.3 LECIV (12); ese acta carece de la *litteris* que se exige para que el documento tenga eficacia a efectos casacionales (13); y, sobre todo, el acta sólo garantiza que la manifestación ha sido hecha ante notario, pero no su veracidad intrínseca. Como señala la STS de 14 de junio de 2006 (14), “*el acta notarial de manifestaciones es un elemento probatorio que establece la realidad de que los otorgantes han hecho ante notario determinadas declaraciones, pero no la realidad intrínseca de éstas, que pueden ser desvirtuadas por medio de prueba en contrario*”. Esta limitada eficacia del acta de manifestaciones no implica su inutilidad de cara al proceso. Como señala DE LA OLIVA (15), “cabría pensar que el medio probatorio atípico carece de sentido práctico. No es así, en absoluto... porque, aportada el acta, cabe que la otra parte admita o reconozca los hechos a que se refiere la declaración, con lo que los hechos quedan fijados como ciertos a efectos procesales y excluidos de la prueba, simplificando el proceso y permitiendo que se dicte sentencia en menos tiempo... el tribunal, en definitiva, valora en conjunto las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica”.

Otra de las novedades se encuentra en el apartado sexto, que se refiere de forma explícita al ejercicio del **control de licitud** por parte del notario en las actas. Según este precepto, “*En todo caso y cualquiera que sea el tipo de acta, el notario deberá comprobar que el contenido de la misma y de los documentos a que haga referencia, con independencia del soporte utilizado, no es contrario a la ley o al orden público*”. El fundamento es claro: se trata de generalizar, para todo tipo de actas, lo que decía para las actas de remisión de documentos por correo el antiguo artículo 201, párrafo II. No parecía necesario, pues el artículo 145.5 RN ya establece esta norma con carácter general para todo tipo de instrumento público. De todos modos, luego comentaré la excepción que, para el depósito digital, establece el 216 RN.

(11) Véase, por ejemplo, la STS de 27 de septiembre de 2002 (RJ 9239).

(12) Véase, por ejemplo, la STS de 22 de julio de 2004 (RJ 6629).

(13) Véase, por ejemplo, la STS de 18 de julio de 2002 (RJ 7469).

(14) RJ 3536.

(15) DE LA OLIVA, A.; Díez-PICAZO, I.; VEGAS, J., y BANACLOCHE, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 298 y ss.

El apartado séptimo contiene un conjunto de reglas cuya nota común es el **respeto de los derechos fundamentales** en el ejercicio de la función notarial. Según la norma, *“Las manifestaciones verbales percibidas por el notario durante la realización de un acta sólo podrán ser recogidas en ésta previa advertencia por el notario al autor de la existencia y finalidad del acta, del carácter potestativo de la manifestación y de la posibilidad de diferirla a la comparecencia en la notaría en los dos días hábiles siguientes a la entrega de la cédula o copia del acta que las insta (16). El requerimiento para levantar el acta no podrá referirse en ningún caso a conversaciones telefónicas, ni comprender la realización de preguntas por parte del notario.”* Quizá sea conveniente, a efectos didácticos, distinguir:

a) **Función notarial y derecho a la intimidad.** Quizá estemos ante uno de los preceptos más interesantes de la reforma, en la medida en que pone de manifiesto, como no podía ser de otro modo, el sometimiento del notario, en el ejercicio de su función, a los derechos fundamentales y en particular a la intimidad. La norma que exige la identificación notarial tiene por finalidad evitar la “sorpresa” y la actuación “clandestina” (17), norma que debe interpretarse en sentido amplio, de modo que tampoco podrá reflejarse en acta las conductas o comportamientos públicos de personas individualizadas en su identidad.

En particular y respecto de las manifestaciones, la advertencia notarial sobre el carácter “potestativo” de la misma tiene por finalidad evitar la lesión del derecho a la intimidad de la persona. Téngase en cuenta, en relación con una conversación telefónica, que el TC, en Sentencia 114/84, de 29 de noviembre, señaló que “... quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador que permita captar aquella conversación no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de poder lesionar el derecho a la intimidad...”.

¿Quid de las manifestaciones propias que afectan a hechos ajenos? En este caso, no es necesario consentimiento previo ni hay lesión de la intimidad o el honor de las personas, pues el secreto del protocolo notarial salvaguarda los mismos. En esta línea, el TS ha admitido que el acta contenga manifestaciones relativas a la vida familiar del interesado con ocasión del proceso de ruptura matrimonial. Por la misma razón, no veo inconveniente en recoger en acta manifestaciones propias del requirente e incluso manifestaciones ajenas recibidas por el requirente a través de

(16) En el primer párrafo se recoge el contenido de los antiguos 198-II y, en relación con el derecho de contestación en el acta de notificación y requerimiento, en el 204.

(17) Resolución de 22 de junio de 1992.

teléfono, SMS, correo electrónico u otros medios telemáticos, quizá con la advertencia notarial de limitar su divulgación dentro del proceso (18).

b) **Conversaciones telefónicas.** La norma se limita a asumir acríticamente la doctrina sentada por la DGRN, que ya había declarado que “el notario no puede recoger en acta conversaciones telefónicas por la absoluta inseguridad que este tipo de conversaciones presenta, atribuyendo la conversación a una determinada persona, ya que el notario no la ve y por tanto no la puede identificar” (19). Sin embargo, la duda se plantea en relación con el ámbito de aplicación de la norma y especialmente su extensión a otras formas de comunicación a distancia utilizando medios telemáticos. A mi juicio, del precepto examinado se desprenden dos ideas clave: que es necesaria la identificación por parte del notario y el respeto de los derechos fundamentales del interesado. De este modo, no habría inconveniente en recoger en acta la conversación telefónica realizada por medio de *webcam* u otros medios telefónicos o telemáticos que permitan al notario la identificación de las partes y la advertencia a ambas de su condición de notario y del carácter potestativo de la manifestación.

c) **Prohibición de realizar preguntas:** según la DGRN (20), era ajustada a derecho la negativa del notario a que intimara a determinadas personas a contestar a preguntas, pues se trata de evitar el recurso abusivo al acta como sustitutivo del interrogatorio de las partes en el proceso (21), que está dotado de las cautelas y garantías necesarias en los artículos 299 y siguientes de la LECIV. En este sentido, téngase en cuenta que, aunque el artículo 299.3 permite cualquier prueba siempre que “*pudiera obtenerse la certeza sobre hechos relevantes*”, el artículo 287 LECIV declara ilícita la prueba cuando en su obtención se han vulnerado derechos fundamentales. Pero la norma va más allá. No se limita a aceptar la posibilidad de que el notario se niegue a intervenir, sino que le obliga a no intervenir, a no realizar preguntas. El fundamento, en este caso, reside en la propia competencia del notario, que no se extiende a la investigación de hechos (22). Sentado lo anterior, hay que preguntarse, *¿existe alguna vía para formular preguntas por parte del notario?* A mi juicio, la norma se refiere a la actuación verbal del notario, que es la que puede resultar peligrosa desde

(18) En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PIERA, A.: “La regulación de las actas notariales en el nuevo reglamento notarial”, en VVAA. *El Notariado y la reforma de la fe pública*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2007, p. 229.

(19) Resolución de 29 de noviembre de 1994.

(20) Resolución de 14 de marzo de 1990.

(21) Resolución de 12 de julio de 2001.

(22) Resolución de 11 de diciembre de 2001.

el punto de vista de la lesión de derechos fundamentales de la persona. Nada impide que el notario formule las preguntas por escrito, mediante la entrega de la cédula y con todas las garantías que tiene la contestación en el artículo 204 RN (23).

Existe una norma nueva relativa a las **actas en el interior de un establecimiento**: “*Cuando el acta deba ser realizada en el interior de un establecimiento el notario deberá advertir a la persona responsable, o que juzgue más idónea, de su condición y del objeto del acta y no consignará hecho alguno sino los que compruebe una vez autorizada su actuación. Si le fuese negada se limitará a hacerlo constar así*”. El fundamento en este caso no es únicamente el respeto a la intimidad, sino también a otros derechos básicos de la personalidad, como la propiedad o el domicilio, que para toda persona física o jurídica es inviolable (18 CE). De hecho, la DGRN ya había exigido el consentimiento del responsable para que el notario levantara acta en un lugar de acceso restringido (24), señalando que “la actuación notarial tiene un carácter extrajudicial y voluntario que en ningún caso puede imponerse con violencia a terceros ni suponer una intromisión en el derecho de propiedad”.

La norma, en todo caso, no es tan clara como parece, pues hay expresiones, como “interior”, “establecimiento”, “responsable” que merecen comentario. ¿*Qué significa el interior de un establecimiento?* Doctrina y DGRN habían diferenciado entre locales “*cerrados*”, en los que hacía falta el consentimiento; “*signos distintivos*” del establecimiento (v. gr., rótulos, carteles y escaparates), en los que no hacía falta, pues el notario levantaba acta de sus percepciones en la vía pública; y la categoría más discutida, que son los locales “*abiertos al público*”, que eran admitidos con restricciones por la doctrina (25) y DGRN (por ejemplo, en la taquilla del cine) (26). Yo creo que esta doctrina es admisible, con la excepción de los locales abiertos al público en un centro comercial o equivalentes, donde el notario no puede entrar en el local, aunque esté abierto al público en general, sin consentimiento del responsable. Y ¿qué se entiende precisamente como *consentimiento del responsable*? Entiendo que es necesaria su identificación, pero como la norma no habla de “representante” no parece exigible la acreditación de los poderes, siendo suficiente la “notoriedad”. Y, aunque el consentimiento debe ser previo, no veo inconveniente en que el notario comience la práctica de la diligencia y que, obtenida la

(23) Véase la doctrina sentada en la Resolución de 13 de noviembre de 1995.

(24) Resolución de 12 de julio de 2001.

(25) RODRÍGUEZ ADRADOS: “Cuestiones..”, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

(26) Criterio de la Resolución de 22 de junio de 1992.

negativa, suspenda la tramitación del acta, omitiendo todas las actuaciones no amparadas por el consentimiento del responsable (27).

Una innovación importante es la contenida en el apartado octavo, en relación con la **firma del requerimiento**. Según este precepto, *“las actas notariales se firmarán por los requirentes y se signarán y rubricarán por el notario, salvo que alguno de aquellos no pudiere o no supiere firmar (28), en cuyo caso se hará constar así. Quedarán a salvo los supuestos de urgencia libremente apreciados por el notario”*. La novedad se encuentra en que, en los supuestos de urgencia, no hace falta la firma del requerimiento. Es decir, se produce una flexibilización o simplificación del aspecto formal del requerimiento. Evidentemente, siempre será necesario el requerimiento, dado el carácter rogado de la actuación notarial. Pero, en los supuestos de urgencia, libremente apreciados por el notario, lo que no hace falta es la documentación del mismo. Se supera así la doctrina de la DGRN, que había afirmado con rotundidad que *“la admisión de requerimientos verbales o telefónicos constituye una práctica antirreglamentaria que puede producir perjudiciales efectos... y constituye una negligencia reiterada en la prestación de la función notarial”* (29). Pues bien, ahora esa *“práctica antirreglamentaria”* se legaliza y el notario podrá actuar si el requerimiento se realiza por teléfono, verbalmente o por correo electrónico, siempre y cuando aprecie la situación de urgencia a que se refiere el precepto.

Es muy importante diferenciar en este tipo de intervención notarial entre el acta y su documentación: en los casos de urgencia, *sí hay rogación* y por tanto el notario puede actuar válidamente, pero esa rogación no se documenta. Se trata de un acta *“por mí y ante mí”* donde el notario tiene que exponer la urgencia y la petición del requirente, que es lo que ampara su válida actuación. Ahora bien, si el requirente no firma el requerimiento y si, según el precepto, sólo el notario firma las diligencias, ¿hay que reflejar por algún lado la firma del requirente? A mi juicio, es aconsejable que firme *“ratificando”* documentalmente la rogación [documentación *a posteriori* (30)], pero no creo que sea necesario. ¿Que luego el requirente se desentiende porque no le ha gustado el *“resultado”* del acta? Pues mala suerte para el notario, que seguramente se quedará sin cobrar, pero la actuación del notario será correcta.

(27) Criterio de la Resolución de 10 de septiembre de 2002.

(28) En la versión primitiva se añadía un tercer supuesto: que no *“quisiere”* firmar. Su eliminación es lógica, pues evidenciaba una falta absoluta de consentimiento para la práctica del acta, contrario al carácter rogado de la actuación notarial.

(29) Resolución de 12 de marzo de 1993.

(30) RODRÍGUEZ ADRADOS: *“Cuestiones...”*, *op. cit.*, p. 60.

Finaliza el régimen general de las actas con un apartado 9, relativo a la **intervención notarial en actos públicos**, con dos importantes novedades. De un lado, ya no se limita a actos “oficiales” (presididos por una autoridad pública), sino al concepto más amplio actos “públicos”, que pueden ser presididos por una autoridad pública o privada, con lo que, según SOLís (31), se extiende a sesiones de órganos colegiados de personas jurídicas o reuniones de condueños. Por otro lado, y según la versión anterior del RN, la dación de fe se supeditaba sólo a que el notario lo comunicara al que presidiera el acto, “*que no se podía oponer a la actuación notarial*”. La reforma añade, en cambio, que si el presidente “... *se opusiere, se limitará a hacerlo constar así*”. Es decir, que a pesar de la confusa redacción el presidente sí puede oponerse a que el notario intervenga, lo que se hará constar por medio de diligencia, dando por terminada la presencia del notario en dicho acto público. SOLís (32), por el contrario, sostiene que el notario puede seguir desempeñando su función a pesar de la oposición presidencial, sobre la base del carácter obligatorio de la prestación de la función. No estoy de acuerdo, pues la *ratio* del precepto es el respeto a la intimidad y de ahí la exigencia de consentimiento presidencial. Lo que el RN dice es que el notario debe desempeñar su función limitándose a dejar constancia en acta de la oposición. En caso contrario, entiendo que incurre en responsabilidad.

IV. Actas relacionadas con hechos informáticos (198.2 RN)

El artículo 114.1 de la Ley 24/2001, en la sección relativa a la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva, reguló las actas para la constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes informáticos. En el primer inciso ya preveía un ulterior desarrollo reglamentario, que debería haberse producido mediante el artículo 198.2 RN. Según este precepto, “*Cuando un notario sea requerido para dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático, no será necesaria la transcripción del contenido de éste en soporte papel, bastando con que en el acta se indique el nombre del archivo y la identificación del mismo con arreglo a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Justicia. Las copias que se expidan del acta deberán reproducir únicamente la parte escrita de la matriz, adjuntándose una copia en soporte informático no alterable según los medios tecnológicos adecuados del archivo relacionado. La Dirección General de los Regis-*

(31) Ob. cit., p. 568.

(32) Ob. cit., pp. 567 y 568.

tros y del Notariado, de conformidad con el artículo 113.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, determinará los soportes en que deba realizarse el almacenamiento, y la periodicidad con la que su contenido debe ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura". En realidad, el RN ha desarrollado poco, pues la regulación sustantiva se encuentra en la Ley 24/2001 y la técnica se delega, como ya preveía el legislador, a la DGRN.

El acta que comentamos es un acta de presencia, pero relativa a un objeto especial, un archivo informático, cuya constancia en soporte papel no es compatible con la naturaleza del mencionado archivo. Por tanto, no se trata del acta de visualización de la pantalla del ordenador en que el notario imprime el contenido de una página web y lo une a la matriz (33), sino de un archivo informático, expresión además entendida en sentido amplio, pues puede extenderse a cualquier forma de almacenamiento, dado el principio de neutralidad tecnológica que subyace en el derecho de nuevas tecnologías. De ahí que el documento electrónico pueda estar almacenado en una pluralidad de soportes: un CD, un DVD, un simple SMS o MMS, etc.

Por lo que respecta al sistema de intervención, se basa en el documento mixto, en soporte papel y electrónico. En efecto: la matriz en soporte papel recogerá el requerimiento al notario y la intervención de éste, con identificación del archivo informático, para lo que bastará la indicación de su nombre y un código de identificación; pero el contenido de éste sólo consta en soporte electrónico. Esta estructura dual del documento notarial tiene consecuencias en orden a la conservación y circulación del documento. En el protocolo se conserva sólo la parte del documento en soporte papel, pues para la parte del documento en soporte electrónico se prevé un soporte específico de almacenamiento, es decir, si se me permite la expresión, aparece el "protocolo electrónico" (34). En cuanto a las copias, como el contenido de la matriz está en doble soporte, su circulación por medio de la copia tiene que tener la misma estructura. De ahí la exigencia de que la copia en soporte papel adjunte una copia en soporte informático del archivo informático intervenido.

Este sistema puede ser utilizado para "reconvertir" ciertas actas tradicionales, como las actas de protocolización de fotografías. Se puede requerir al notario para que deje constancia de la concordancia con la realidad de determinadas fotografías almacenadas en un CD o en una tarjeta o en otro soporte. El notario sólo tiene que identificar el archivo y com-

(33) Creo, por eso, que no se refiere a los supuestos que indica FERNÁNDEZ PIERA: ob. cit., p. 231.

(34) También emplea la misma expresión SOLÍS: ob. cit., p. 572.

probar la realidad de las fotografías, para evitar que se haya utilizado cualquier forma de tratamiento de corrección de errores (el ya clásico *photoshop*). Pero no hace falta que incorpore las fotografías al papel, ya que el archivo quedará almacenado por parte del notario en un soporte, formando parte de lo que hemos llamado el protocolo electrónico.

V. Actas de presencia (199 RN)

En la nueva redacción del artículo 199 RN se aprecian tres novedades. Por un lado, se especifica que el acta de presencia “*no podrá extenderse a hechos cuya constancia requiera conocimientos periciales*”. Inciso que sólo tiene valor aclaratorio, en la medida en que el artículo 207 RN sigue diciendo lo mismo: que “*en las actas de exhibición de cosas, el notario... diferenciará lo que resulte de su percepción de lo que manifiesten los peritos*”. Es decir, el notario, por su propia competencia, no está capacitado para hacer **juicios periciales**. La norma tiene relación con la eficacia del acta, que no constituye prueba pericial en los términos de los artículos 335 y siguientes de la LECIV. Esto no significa que carezca de valor el acta en la que intervenga el notario para apreciar ciertos hechos que puedan tener relevancia para el proceso. En este sentido, la reciente STS de 22 de julio de 2004 (RJ 6629) casa la sentencia del tribunal de instancia por prescindir de un acta notarial de presencia y protocolización de fotografías en que se demostraba el “estado verdaderamente lamentable de la vivienda... aunque la falta de prueba pericial permitiera abrigar dudas sobre la causa de tales defectos”. Además, la prohibición para el notario de emitir juicios periciales no supone una prohibición para la intervención del perito que, ya en la misma acta [mixta (35)], ya en acta independiente de manifestaciones y en su caso protocolización de documentos, puede intervenir para reforzar la actuación notarial (36).

En las **actas de publicidad comercial** dispone ahora el precepto que “*deberá el notario, igualmente, denegar la autorización cuando pueda inducir a confusión a los consumidores y usuarios sobre el alcance de la intervención notarial*”. Recordemos que, con carácter general, el artículo 147 RN establece la obligación del notario de velar por los derechos básicos de consumidores y usuarios, a lo que por otra parte obliga al notario el artículo 51 CE. Del contenido programático del 147 RN pasamos a un deber “concreto” del notario, que está obligado a denegar su ministerio cuan-

(35) En este sentido, SOLÍS: ob. cit., pp. 574-575.

(36) Véase RODRÍGUEZ ADRADOS: “Cuestiones...”, op. cit., pp. 181 y ss.

do su intervención pueda “inducir a confusión” al consumidor. Conviene, por tanto, detenerse en la finalidad de este tipo de actas y en el alcance del deber notarial de control que se impone en el precepto. La finalidad de la norma es hacer efectivo el derecho a la información del consumidor, es decir, se trata de “*lograr una información más completa, más veraz y más accesible a todos los consumidores en condiciones de igualdad y transparencia*” (37). En última instancia se busca, como explica FONT GALÁN, que el consumidor decida libremente, sin merma de su libertad de saber (pleno conocimiento de causa) y de querer (total voluntariedad) entre las distintas ofertas empresariales lanzadas al mercado (38). Para que esta información sea “efectiva”, el ordenamiento arbitra dos mecanismos: por un lado, la normativa específica de protección del consumidor, en particular la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 8 consagra el principio de integración publicitaria del contrato (39); por otro lado, la Ley 34/88, General de Publicidad, Ley que en el fondo no hace sino establecer un código de conducta para los empresarios, sancionando como *ilícita* toda publicidad comercial que no reúna determinadas condiciones: veracidad, lealtad y respeto a los derechos de la persona; prohibiendo la publicidad *engañosa* (que induce a error a su destinatario) y la *desleal*, si bien se permite, con límites, la publicidad *comparativa* (40). En definitiva, se trata de hacer efectivo el *principio de veracidad informativa*.

Sin embargo, la actuación notarial es más limitada, pues no corresponde al notario la apreciación de que la publicidad es ilícita, ya que esto sólo corresponde a los jueces y tribunales en el ámbito de su competencia. El RN sólo trata de garantizar la *veracidad* de que goza todo documento notarial (art. 17 LN). En este sentido, la reciente Resolución de 14 de febrero de 2007 señala que veracidad significa que “desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto documentado, el mismo se corresponde con la realidad extradocumental”. Es decir, que la veracidad notarial garantiza que el consumidor, en las actas de publicidad comercial, tiene que saber exactamente en qué consiste la intervención

(37) GONDRA, J. M.: *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 2000, p. 101.

(38) FONT GALÁN, J. I.: “¿Hacia un sistema de faz completamente nueva?”, RDM, 117, 1985, pp. 222 y ss.

(39) Véase, con carácter general, MIRANDA SERRANO, L. M.: “La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales”, en MIRANDA, L. M.; VELA, P., y PRIES, A.: “La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores”, en VVAA, *Tratado de Derecho Mercantil*, 30 (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), Madrid-Barcelona, 2006, pp. 203 y ss.

(40) Véase ALONSO SOTO, R., en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pp. 345 y ss.

notarial. Ahora bien, en todo caso considero que, en los casos en que del contenido del requerimiento se desprenda clara y manifiestamente que la publicidad es ilícita, el notario debe denegar su ministerio por ser un requerimiento contrario al orden público.

Finalmente, y para estas mismas actas de publicidad comercial, el artículo 199 RN “legaliza” el **archivo ÁBACO (Archivo Electrónico Notarial de Bases de Concursos)**, regulado por el CGN en la Circular de 15 de febrero de 2003, que respondía, según la citada circular, a un “doble objetivo: dotar a los consumidores de un medio efectivo para el ejercicio de sus derechos y a las empresas evitar dudas o suspicacias sobre la seriedad y rigor de sus ofertas”. El texto reglamentario dispone que *“El Consejo General del Notariado creará un archivo telemático de libre consulta por los notarios y los usuarios en que conste la intervención notarial y las bases de los concursos para los que se requiera aquélla. El notario requerido advertirá al requirente de la incorporación de ese acta al archivo telemático indicado a los efectos del ejercicio de los derechos a que se refiere la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Si se negare, no podrá hacer constar la intervención notarial en dicho archivo”*. Se trata, como puede observarse, de un archivo telemático que reúne todas las ventajas de aplicación de las nuevas tecnologías: libre acceso telemático, gratuidad, protección de datos. Quizá el punto de vista más criticable, pero explicable por la normativa de protección de datos, sea su voluntariedad. De hecho, en la circular mencionada se establecía su carácter “obligatorio”, dado “el interés público de protección de los consumidores y usuarios”. Sin embargo, la negativa del empresario no tiene consecuencias para éste, pues el notario tendrá que autorizar el acta sin depositarla en ÁBACO. Como señala con claridad SOLÍS (41), “esta eventual oposición a la publicación de las bases no priva al requirente de su derecho a instar el acta, ni dispensa al notario de su deber de autorizarla”.

VI. Actas de comunicaciones electrónicas (200.4 RN)

El artículo 200.4 RN parece que regula las actas notariales de comunicaciones electrónicas. Digo que parece puesto que el origen se encuentra en el artículo 114.2 de la Ley 24/2001, que ya regula las actas para dejar constancia de las comunicaciones electrónicas recibidas o efectuadas por parte del notario, con una regulación mucho más detallada que

(41) Ob. cit., p. 576.

el texto reglamentario, lo cual tiene poca explicación. Además, conviene tener en cuenta la importancia de la figura del tercero de confianza, legalizado en el artículo 25 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, que en su párrafo primero dispone que *“las partes contratantes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos, y que se consigne la fecha y hora en que tales comunicaciones han tenido lugar”*. Tercero de confianza que, si bien no es notario, como aclara el propio precepto, sí sirve para, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, realizar ciertas funciones que también puede hacer el notario. En cierto modo, el artículo 114.2 es una respuesta anticipada a esta extraña figura importada de la práctica americana (42).

El artículo 200.4 RN dice así: *“Los notarios deberán dejar constancia en acta, a solicitud de los interesados, tanto de las comunicaciones electrónicas recibidas de éstos como de las que, a requerimiento de los mismos, envían los notarios a terceros. La Dirección General de los Registros y del Notariado queda habilitada para regular mediante Instrucción la forma en que el notario debe almacenar en su archivo electrónico el contenido de las actas a que se refiere este párrafo, determinando los soportes en que debe realizarse el almacenamiento y la periodicidad con que su contenido debe ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura”*.

Llama la atención la defectuosa técnica legislativa empleada por el RN, que de forma sorprendente omite aspectos esenciales para la intervención notarial, lo que puede inducir a confusión. Por una parte, la Ley 24/2001 flexibiliza notablemente el requerimiento (43), admitiendo como válida la instancia suscrita con firma electrónica reconocida (44); por otro, aclara en qué consiste la intervención notarial, que se limitará a dejar constancia *“de tales hechos, consignando la fecha y hora en que hayan sucedido y expresando con claridad los extremos amparados bajo su fe”*. Esos “hechos” son el envío de comunicaciones electrónicas que envía y recibe el notario por sus medios técnicos “seguros”: correo corporativo y firma electrónica reconocida notarial. Si además del mensaje se envía un documento o archivo informático, habrá que tener en cuenta el artículo 201, que estudiaremos a continuación.

Un supuesto especialmente útil de aplicación de este acta es el de convocatoria de la Junta general de SRL, pues como sabemos el artícu-

(42) Véase GARCÍA MÁS, F. J.: *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, Madrid, 2004.

(43) Y no sólo para los casos de urgencia, a diferencia del 198 RN.

(44) Si bien en la Ley 24/2001 se habla de firma electrónica “avanzada”, debe entenderse referida a la “reconocida”, tal como es definida por la Ley 59/2003, de firma electrónica.

lo 46 LSRL permite sustituir el sistema tradicional de anuncios por “cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrito, que asegure la recepción del anuncio de convocatoria por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el libro-registro de socios”. La doctrina admite que pueda efectuarse mediante correo electrónico y, especialmente para el supuesto de sociedades o Juntas conflictivas, resulta posible la utilización del acta notarial de envío de la comunicación electrónica que contenga el anuncio. La intervención notarial garantiza el envío y la recepción por parte de todos los socios y todo ello amparado por la fe pública notarial (45).

¿Cuál es, finalmente, el sistema de intervención? La matriz es un documento mixto, en soporte papel y electrónico. Si el requerimiento lo recibe el notario por medio de instancia electrónica, se hará por mí y ante mí; en caso contrario, el interesado firma el requerimiento. En el soporte papel se hará constar, por diligencia, la intervención notarial. Pero la comunicación en sí queda en el soporte informático correspondiente, lo que, al igual que en el caso del 198.2 RN, tiene sus repercusiones en la conservación y circulación del documento notarial.

VII. Actas de remisión de documentos por correo (201 RN)

El artículo 201 RN contiene una nueva y más completa regulación de las actas de remisión de documentos por correo, si bien nos limitamos al estudio de las novedades fundamentales. La principal novedad se centra en la regulación de una **concepción amplia de correo**. Dispone ahora el artículo 201.I RN que “*El simple hecho del envío de cartas u otros documentos por correo ordinario, procedimiento telemático, telefax o cualquier otro medio idóneo podrá hacerse constar mediante acta, que acreditará el contenido de la carta o documento, y según el medio utilizado la fecha de su entrega, o su remisión por procedimiento técnico adecuado y, en su caso, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo, o del documento o comunicación de recepción*”. En consecuencia, se equipara al correo ordinario el telefax o cualquier procedimiento telemático o, en general “*cualquier otro medio idóneo*”. Esta última expresión

(45) Véase AUGOUSTATOS ZARCO, N.: “La convocatoria de la Junta general de socios de la sociedad limitada mediante el correo electrónico”, en AAVV (dir. A. MADRID): *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 388 y ss. Con carácter general, sobre las nuevas tecnologías y sociedades, véase MUÑOZ PAREDES, J. M.: *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas generales y de los Consejos de administración*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2005.

es característica de la regulación de las nuevas tecnologías, pues la regulación tiene que ser neutral y abierta en relación con los medios técnicos empleados. Ahora conocemos el correo electrónico, pero en el futuro la vertiginosa evolución de las nuevas tecnologías seguro que genera otras formas de comunicación a distancia que permitan el envío de documentos.

Una cuestión de interés es la relativa a si para la remisión de documentos electrónicos es admisible la instancia con firma electrónica reconocida del requirente, tal como regula, para las actas de comunicaciones electrónicas, el artículo 114.2 de la Ley 24/2001. Una interpretación literal impediría la extensión de esta forma simplificada de requerimiento a las actas de remisión de documentos, aplicando la regla general del 198 RN. Sin embargo, a mi juicio, una interpretación finalista y la evidente analogía entre ambas situaciones conducen a su admisibilidad.

Otra novedad está en la regulación del **derecho de contestación**, pues se indica ahora expresamente que *“Las actas de remisión de documentos no confieren derecho a contestar en la misma acta y a costa del requirente”*. El fundamento se encuentra en la reiterada doctrina de la DGRN (46), según la cual la finalidad del acta de remisión de documentos por correo es “verificar el simple hecho del envío”, pero no se llega a producir una notificación notarial, ni siquiera cuando el contenido de la carta o documento tiene contenido propio de una notificación o requerimiento. La consecuencia es que el destinatario no tiene derecho de contestación en los términos del artículo 204 RN (47).

También se regula la cuestión de los **sobres cerrados**, al señalar ahora el artículo que *“El notario no admitirá requerimientos para envío de sobres cerrados cuyo contenido no aparezca reproducido en el acta”*. En realidad, este párrafo es una reiteración de la regla ya estudiada en el artículo 198.1.6.^a, y es que el control de legalidad o licitud del notario le obliga a conocer el contenido de los documentos que envía. La cuestión del sobre cerrado se había planteado sobre todo en materia de depósitos, llegando tanto la doctrina (48) como la DGRN (49) a su rechazo dada la ausencia de control notarial de legalidad.

(46) Resoluciones de 3 de febrero de 1988, 27 de diciembre de 1988, 26 de septiembre de 1994, 16 de marzo de 1999, entre otras.

(47) Por esta razón, la Resolución de 25 de febrero de 1999 señala que “el notario debe depurar la rogación, averiguar las finalidades prácticas pretendidas por el rogante, asesorarle sobre la idoneidad del acta solicitada para conseguirla y sobre la mejor manera de lograrla”.

(48) RODRÍGUEZ ADRADOS: “Cuestiones...”, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

(49) Véase la Resolución de 18 de diciembre de 2003.

VIII. Actas de notificación y requerimiento (202-206 RN)

Los artículos 202-206 contienen novedades de interés en relación con las actas de notificación y requerimiento. Dividiré mi exposición en cinco apartados: notificación con éxito; notificación sin éxito; derecho de contestación; requerimiento a tribunales y administraciones públicas, y competencia en caso de práctica de notificación en lugar distinto de aquel donde el notario recibió la rogación inicial.

1.º *Notificación con éxito*: en cuanto al procedimiento, puede hacerse bien por correo certificado con acuse de recibo, bien personalmente. El nuevo RN, no sólo no impone la notificación personal, sino que parece otorgar preferencia a la que se hace por correo certificado, dada su ubicación sistemática, en el párrafo segundo y el comienzo del párrafo tercero: “*siempre que no se utilice el procedimiento anterior...*”. No obstante, parece más correcta la técnica notarial de intentar realizar la notificación “personal”, dado que esto refuerza sin duda la eficacia del acta (50).

De todos modos, la primera posibilidad para el notario es utilizar el **correo certificado**. Considero que el RN equipara a este sistema la utilización de “... *cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega*”, pese a que este inciso sólo aparece en el párrafo sexto y no en el párrafo cuarto. Nuevamente concurre identidad de razón y además hay que recordar la vigencia del principio de “equivalencia funcional” entre los medios escritos y electrónicos (51). Admitido lo anterior, no existe inconveniente en que la notificación se realice por medio de burofax o por correo electrónico, si bien en este caso utilizando el correo corporativo notarial y la firma electrónica reconocida notarial. Este procedimiento es interesante, por ejemplo, para las comunicaciones que hay que hacer en relación con el artículo 66 de la Ley andaluza del suelo con el Ayuntamiento o las relativas a viviendas de protección oficial con la Junta de Andalucía.

La segunda posibilidad es utilizar la **notificación personal**. Aquí el RN establece un conjunto de cautelas novedosas: en cuanto al destinatario, si no es el notificado o requerido, se limita al portero (como antes) o (nove-

(50) A juicio de GONZÁLEZ BOU, en determinados supuestos, si el envío no llega al destinatario, se producirá la responsabilidad del notario, razón por la cual se *inclina por la notificación personal*. Véase “Notas sobre la reforma del RN en materia de actas de entrega de documentos, de remisión de documentos por correo y de notificación y requerimiento”, en VVAA, *El Notariado y la reforma de la fe pública...*, ob. cit., p. 219.

(51) Véase ILLESCAS ORTIZ, R.: “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, en AAVV (dir. A. MADRID), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

dad) “*cualquier persona que se encuentre en el lugar designado...*”. Evidentemente, se tiene que tratar de una persona que viva habitualmente en el lugar designado, lo que se indicará en la diligencia mediante la reseña de la relación del destinatario con el requerido (no cabe, por ejemplo, practicar la diligencia con el amigo que se está tomando una cerveza mientras disfruta de la *Champions*). Lo que resulta claro es que ya no cabe la práctica con el vecino. En todo caso, es preciso que se haga constar la identidad del destinatario. Esto no exige, desde luego, que se identifique por los medios previstos en la legislación notarial, sino que basta su mera manifestación, pues así resulta claramente del penúltimo párrafo del precepto, que habla expresamente de “manifestar su identidad”.

En relación con la **entrega de cédula**, se especifica que la diligencia se cumple mediante entrega de cédula, pero se aclara que, en caso de que el receptor no sea el notificado o requerido, “*la cédula deberá entregarse en sobre cerrado, en el que se hará constar la identidad del notario y el domicilio de la Notaría*”. Por tanto, ya no es una posibilidad del notario, sino una obligación, motivado por el respeto a la intimidad del notificado o requerido. En todo caso, en la diligencia se harán constar estas cuestiones.

2.º *Notificación sin éxito*: puede ocurrir que la notificación notarial no tenga éxito y esto por diversas causas: que no haya nadie en el lugar; que nadie se haga cargo de la notificación; que el destinatario se niegue a manifestar su relación con el requerido; que éste se niegue a manifestar su identidad. Esto se hace constar en acta por medio de diligencia. La novedad es que ahora el RN dispone que, en estos supuestos, “*se procederá en la forma prevista en el párrafo sexto del artículo 202*”, es decir, por correo certificado con acuse de recibo o por procedimientos telemáticos fehacientes. Lógicamente, no hay que “repetir” el correo con acuse de recibo en caso de un primer envío sin éxito.

3.º *Derecho de contestación*. La única novedad es la relativa al plazo de contestación, pues “*no se considerarán días laborables los sábados*”.

4.º *Requerimientos a las autoridades judiciales y administrativas*: el nuevo artículo 206 RN, siguiendo una consolidada doctrina DGRN, contiene una regla general y una excepción: la regla general es que “*Los notarios, salvo en los casos taxativamente previstos en la ley, no aceptarán requerimientos dirigidos a Autoridades Públicas, Judiciales, Administrativas y funcionarios...*”. La razón es la falta de competencia material del notario, que sólo tiene fe pública en el ámbito extrajudicial, pero no en el judicial ni

en el administrativo (52). La excepción es que “... *sin perjuicio de que puedan dejar constancia en acta notarial de presencia de la realización por los particulares de acciones o actuaciones que les competan conforme a las normas administrativas*”. Es decir, la excepción se limita a cuestiones *puro trámite*, como por ejemplo la presentación de escritos ante los órganos administrativos o la constatación de la publicación de un escrito en el tablón de anuncios del Ayuntamiento.

5.º *Competencia del notario: exhortos notariales.* Ha estado un tanto desafortunada la reforma al no regular una cuestión del máximo interés, cual es la práctica de la notificación en lugar distinto de aquél en que el notario recibe la rogación. La Circular CGN de 30 de septiembre de 1989 se había pronunciado sobre el sistema de doble acta: en el acta inicial se contiene la rogación; y, por medio de exhorto, el notario de destino hace la notificación, con la debida conexión entre ambos instrumentos. La Circular CGN sobre utilización de firma electrónica notarial, además, regula la forma de comunicación telemática entre notarios para estos casos. En cambio, nuestro RN guarda silencio. ¿Significa esto que se modifica el criterio? La cuestión se complica porque, al cambiar el sistema de notificación y prever en todo caso el envío por correo certificado con acuse de recibo, se podría entender que es competente el notario del lugar donde se hace el requerimiento. Pese a las dudas, creo que no hay cambio de criterio y que el notario tiene que ser territorialmente competente para actuar en el lugar donde deba practicarse la notificación, incluso cuando utilice el procedimiento de correo certificado o telemático. La razón fundamental es la salvaguarda del derecho del notificado a contestar, pues el sistema pivota sobre el derecho de contestación y éste debe ser “efectivo”, no puramente “formal”.

IX. Actas de notoriedad (209 RN)

En relación con la regulación general de las actas de notoriedad, el RN modifica el último párrafo del artículo 209, añadiendo lo siguiente: “*El requerimiento a que se refiere el requisito primero se formalizará mediante acta con la fecha y número de protocolo del día del requerimiento. Concluida la tramitación del acta, se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación, dejando constancia de la misma en el acta que recoja el requerimiento.*”

(52) Véase Resolución de 7 de abril de 1988.

Se produce así un cambio importante en la estructura externa del acta notarial (53), en comparación con la situación actual: la práctica notarial seguía el sistema de **acta única con pluralidad de textos**, es decir, partiendo de que el acta no precisa ni unidad de acto ni de contexto, se diferenciaba entre el texto inicial (*requerimiento o rogación*) y los textos sucesivos para hacer constar la actuación notarial, tanto la práctica de las pruebas como la emisión del juicio de notoriedad (*diligencias*). Quizá por la excesiva prolongación de la tramitación de este tipo de actas, la innovación es que el nuevo RN adopta un sistema de **doble acta**: un acta inicial, de requerimiento, en la que el notario tendrá que valorar las cuestiones relativas a su competencia, al compareciente y contenido de la rogación; y un acta final, que será el acta de notoriedad propiamente dicha, donde el notario emitirá el juicio de notoriedad, sobre el cual "*puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica*".

Como se trata de un sistema obligatorio y no meramente facultativo, la primera cuestión que se plantea es su **generalidad**. Es decir, ¿se aplica a todo tipo de actas de notoriedad? El debate se centra, fundamentalmente, en las actas de declaración de herederos, puesto que la práctica notarial posterior al Reglamento no ha acogido con especial entusiasmo el nuevo sistema. Los que sostienen que la declaración de herederos se formaliza en una sola acta se basan en el argumento de que este tipo de actas cuenta con una regulación especial y, por tanto, la ley especial prevalece frente a la ley general. A mi juicio, en cambio, el argumento resulta inconsistente, pues el 209 bis lo único que hace es introducir ciertas especialidades en la tramitación del acta notarial de declaración de herederos, en función del tipo de notoriedad que se pretende declarar por parte del notario. Es decir, que el 209 bis es especial... cuando es especial, pero en relación con la estructura formal del acta no deja de ser un acta de notoriedad a la que se aplica el sistema general del 209. En el mismo sentido, de exigir el sistema de doble acta, se pronuncian SOLÍS (54) y FERNÁNDEZ PIERA (55).

Sin embargo, la principal dificultad se centra en dónde ubicar documentalmente la práctica de la prueba, si en el acta donde consta el "requerimiento" o bien en el acta donde el notario emite el "juicio de notoriedad". Nuevamente, el RN guarda silencio, si bien la lógica aconseja reducir a dos la imaginativa práctica notarial. Un primer sistema sería reservar el acta inicial exclusivamente para el requerimiento, pues ésta es, al parecer, la finalidad de la reforma, e iniciar el mismo día un acta de

(53) Véase RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Cuestiones...", *op. cit.*, pp. 18 y ss.

(54) *Ob. cit.*, p. 611.

(55) *Ob. cit.*, p. 237.

notoriedad, donde irían constando por sucesivas diligencias las pruebas practicadas y que se uniría al protocolo en el momento de su terminación, con ocasión del juicio de notoriedad. Se interpretaría la expresión “*concluida la tramitación del acta*” como que el juicio de notoriedad pone fin a la segunda acta y sólo entonces se incorpora al protocolo.

Un segundo sistema, que me parece más razonable, aconseja equiparar este tipo de actas a los expedientes de jurisdicción voluntaria y plantear la estructura formal de las actas de notoriedad de manera distinta. El acta inicial es el equivalente al expediente del secretario judicial, de modo que no sólo recogería el requerimiento, sino que también se harían constar por diligencia las sucesivas pruebas practicadas, porque para estas actas iniciales también rige el criterio de que no hace falta unidad de acto ni de contexto; en cambio, el acta final, equivalente a la resolución judicial, es un acta “por mí y ante mí”, donde el notario *reseña* el expediente (tanto el requerimiento como las pruebas practicadas, que no se transcriben ni testimonian) y emite, sobre la base de esos hechos y con los fundamentos de derecho apropiados, su “resolución”, es decir, su juicio de notoriedad. Esta segunda acta es la que circula en el tráfico. En el mismo sentido, SOLÍS (56) y FERNÁNDEZ PIERA (57). Creo que en el tráfico sólo tendría que circular la segunda acta, es decir, la resolución-juicio de notoriedad, que ya contiene una reseña suficiente de las pruebas practicadas, que quedan amparadas por la fe pública notarial.

Finalmente, una referencia al **valor del juicio de notoriedad**. El artículo 209 RN señala que “*la declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior*”. La desgraciada reforma del 143 *in fine* del RN nos obliga a plantear, aunque sea brevemente, el conflicto con la calificación registral. Sigo pensando que no hay conflicto y que el registrador no puede revisar el juicio de notoriedad del notario, que escapa a su calificación, salvo que afecte a sus competencias (básicamente, cuestiones de tracto sucesivo). En materia de declaración de herederos, ésta es la doctrina de la DGRN, que en la Resolución de 11 de marzo de 2003 afirmó que “el acta notarial debe tener los mismos efectos que en su momento tuvieron los documentos judiciales, de manera que la calificación registral abarcará la congruencia del acta con el grupo de parientes declarados herederos, sus formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del registro, mas no el fondo del juicio de notoriedad, únicamente sujeto a control judicial”.

(56) Ob. cit., p. 606. Según este autor, el acta final testimoniará en relación los particulares del requerimiento, las pruebas practicadas y declarará la notoriedad comprobada.

(57) Ob. cit., p. 235.

X. Actas de declaración de herederos abintestato (209 bis)

En relación con la declaración de herederos abintestato, la nueva redacción del 209 bis contiene dos novedades de interés: por un lado, que *“testigos podrán ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la declaración”*. Recordemos que, con carácter general, el artículo 182.4 RN prohíbe ser testigos *“a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”*. La norma introduce una mayor flexibilidad, sin merma de la garantía, con lo cual merece un juicio favorable; por otro, que el notario no puede emitir el juicio de notoriedad *“hasta que transcurra el plazo de 20 días desde la comunicación al decanato del inicio de la comunicación”*. Es decir, hasta ese plazo no es que no se pueda expedir la copia, sino que no se puede emitir el juicio de notoriedad. Este es el criterio de RODRÍGUEZ ADRADOS, en un trabajo menor (58), pero que a mí personalmente no me convence, pues el juicio de notoriedad no depende de que se haya iniciado otra acta ante distinto notario, ya que el sistema de comunicaciones sólo garantiza evitar la duplicidad de actuaciones. Pero, en fin, la norma es muy clara y no hay más que hablar.

Una advertencia final en relación con este tipo de actas. El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria dedica a la declaración de herederos abintestato los artículos 134-137. La principal novedad es que permite la tramitación notarial incluso cuando los interesados no son descendientes, ascendientes o cónyuge, ampliando el ámbito de actuación notarial. En este caso, el artículo 136.4 PLJV regula como medio de prueba, cuando los presuntos herederos abintestato son los parientes colaterales dentro del cuarto grado, los edictos. Prueba que, a mi juicio, tiene que practicar por analogía el notario cuando se encuentre en un caso similar, pues la intervención notarial tiene que tener, al menos, las mismas garantías que la correspondiente al expediente de jurisdicción voluntaria y no parece previsible una nueva reforma reglamentaria cuando se apruebe la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

XI. Actas de notoriedad complementarias del título público para inmatricular (210 RN)

El artículo 210 RN regula las actas de notoriedad complementarias del título público para inmatricular, un documento que está llamado a tener

(58) “La prevención de la dualidad de declaración de herederos”, en *Escritos Jurídicos*, IV, pp. 575 y ss.

un mayor protagonismo si atendemos a la doctrina contenida en la Resolución DGRN de 11 de marzo de 2006 (BOE 18 de abril), que rechaza la elaboración *“ad hoc de documentos con la única finalidad de conseguir la inmatriculación”*, aunque es verdad que no basta la mera sospecha, sino que de la operación se deduzca *“paladinamente”* la creación de un título falso. Aunque es verdad que el problema de este tipo de actas es su tributación, ya que, como supletorias de una adquisición anterior, están sujetas a TPO, salvo que se justifique el pago del impuesto (consulta DGT 16 de noviembre de 2004).

La nueva regulación dice lo siguiente: *“En la tramitación de las actas de notoriedad complementarias del título público conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento se observarán los siguientes requisitos:*

1.º Con carácter previo, el notario requerido deberá obtener del Colegio Notarial o Consejo General del Notariado documento acreditativo de haberse autorizado o no otra acta de notoriedad complementaria de título público de adquisición, relativa a la misma finca. Dicho documento podrá obtenerse en soporte papel o electrónico mediante la correspondiente aplicación telemática. En caso de ser positiva la información, el notario deberá abstenerse de aceptar él, haciendo saber al interesado la causa de la denegación.

2.º El acta tendrá por objeto comprobar y declarar la notoriedad de que el transmitente o causante de las fincas que se pretenden inmatricular es tenido como dueño de ellas en el término municipal donde radiquen las mismas.

3.º Será notario hábil para cumplimentarla cualquiera que sea competente para actuar en la población en cuyo término municipal se halle la finca objeto de inmatriculación, y en caso de pertenecer a más de uno, a cualquiera de los notarios con competencia en alguno de ellos, indistintamente.

4.º El requerimiento para la instrucción del acta será hecho al notario por persona que demuestre interés legítimo en acreditar los hechos que constituyen su objeto.

5.º El notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente, y especialmente las siguientes:

a) Documental. El interesado deberá presentar al notario:

1.º El título público de adquisición que el acta ha de complementar.

2.º Los documentos que posea relativos a la titularidad de la finca por el transmitente o causante, tales como certificaciones cata-

trales, recibos, acreditación del pago del impuesto de bienes inmuebles, documentos privados, y otros, de cualquier naturaleza.

- 3.º Cuando fuere exigible, la certificación catastral descriptiva y gráfica de las fincas, en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en el título público que ha de complementarse, y de las que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o adquirente.*
- 4.º Certificación o nota simple informativa del Registro de la Propiedad acreditativa de que la finca cuya inmatriculación se pretende no se halla inscrita en el Registro de la Propiedad.*

b) Testifical. Asimismo, en el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos, vecinos del lugar, que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les consta que el transmitente o causante es tenido como dueño en el término municipal en que radica la finca.

c) Edictos. Se publicarán edictos comunicando la tramitación del acta, su objeto y la finca o fincas a que la misma se refiere, con el fin de que cualquier interesado en el plazo de veinte días naturales pueda alegar lo que estime oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto del artículo 209 del Reglamento Notarial.

Los edictos se fijarán en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de la población a que corresponda la finca.

6.º El notario autorizante del acta de notoriedad a que se refiere el presente artículo deberá poner en conocimiento del respectivo Colegio Notarial o Consejo General del Notariado, en el mismo día en que hubiese admitido el requerimiento, la iniciación de la tramitación del acta, mediante comunicación, en soporte papel o electrónico, en el que se indicará:

- a) Fecha del requerimiento.*
- b) Datos personales del transmitente o causante que supuestamente es tenido como dueño.*
- c) Descripción de la finca a que se refiere el acta.*

Asimismo y del mismo modo, deberá el notario autorizante comunicar al Colegio Notarial o al Consejo General del Notariado la conclusión del acta, con expresión de su resultado.

En los Colegios Notariales o en el Consejo General del Notariado, se llevará un fichero o archivo informatizado de las actas de notoriedad complementarias de título público de adquisición, integrado por las comunicaciones remitidas por los notarios”.

No me voy a extender mucho en su estudio, puesto que no hace más que “legalizar” la Circular 6/98, que, con la finalidad de unificar la práctica notarial, dictó el CGN. Sólo hay novedades en las comunicaciones telemáticas entre el notario y el Colegio; en la expedición del documento en soporte electrónico (que en todo caso habrá que imprimir y unir en papel a la matriz); la competencia notarial indistinta cuando hay varios notarios; en que la certificación catastral sólo debe aportarse “cuando sea exigible”; en que los testigos deben ser “vecinos del lugar”, y en la intromisión del Consejo en las comunicaciones.

XII. Actas de protocolización (215 RN)

En relación con las actas de protocolización, se añade un último párrafo al artículo 215 RN, según el cual “*Los documentos privados sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, no podrán ser objeto de acta de protocolización si no consta en ellos la nota que corresponda de la Oficina liquidadora o entidad bancaria colaboradora*”. Se trata de una norma que también es aplicable a los testimonios por exhibición (252 RN) y al testimonio de legitimación de firmas (258 RN), cuyo fundamento es de sobra conocido, pues se trata de evitar la apariencia de legalidad fiscal derivada de la intervención notarial. En todo caso, la jurisprudencia había reconocido que la legitimación de firmas en documento privado, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 258 RN, no afecta a Hacienda, no teniéndose por cierta la fecha en los términos del artículo 1.227 CC (59).

XIII. Actas de depósito (216 y 217 RN)

Los artículos 216 y 217 RN contienen una regulación más profunda de las actas de depósito. Dejando a un lado las cuestiones formales (los antiguos 218-220 RN se meten en los nuevos preceptos para dejar hueco a otro tipo de actas) y el depósito digital, que estudiaré luego, me centro en las novedades de la reforma:

Depósito voluntario vs obligatorio: el RN sigue con el criterio general de que “*la admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante*”. No obstante, introduce una importante salvedad, pues el depósito será obligatorio cuando “*se halle*

(59) STS de 27 de mayo de 1983 (RJ 2516).

establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga". Esta referencia a los depósitos notariales regulados por ley creo que está pensada para la actuación del notario en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. En este sentido, el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria contempla el depósito notarial en los siguientes supuestos: consignación notarial (126); en los casos en que por ley o por pacto proceda el depósito de bienes muebles, valores o efectos, si la ley o el pacto no lo prohíben, podrá sustituirse el depósito judicial por un acta de depósito notarial (181); el depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo podrá efectuarse ante notario (199), y disposición adicional segunda, letras i) y j).

Depósitos y condiciones generales de contratación. El artículo 217 RN cambia la expresión condiciones "impuestas" por el notario por la más correcta *"propuestas por el notario y aceptadas por el requirente"*. El fundamento se encuentra en la normativa sobre condiciones generales de contratación, que establece un régimen especial para los contratos que contienen cláusulas predispuestas, impuestas y uniformes. La nueva redacción del 217 RN sólo trata de aclarar que no existe imposición, sino negociación individual entre notario y cliente, pues el depósito notarial no deja de ser un contrato de depósito, que atiende a una gran variedad de supuestos que no encajan con la contratación en masa objeto de la ley especial de condiciones generales de contratación.

Depósitos en metálico y su "gestión". Esta norma tiene una especial trascendencia. El artículo 217 RN dice así: *"Respecto de los depósitos en efectivo a que se refiere este artículo, el notario no podrá obtener para sí, el depositante o tercero rendimiento de las cantidades depositadas. A tal fin, deberá abrir una cuenta específica no remunerada, sin que el notario pueda desempeñar funciones de gestión respecto de dicho efectivo, cheque o fondos"*. Como sabemos, el artículo 1.760 CC establece que el depósito es un contrato "gratuito", salvo pacto en contrario, sin perjuicio, aclara el artículo 1.779, de la posibilidad de solicitar el reembolso de los gastos y la indemnización de perjuicios. Luego si el Código Civil permite el pacto en contra, no habría inconveniente teórico en que el notario pacte con el cliente que el rendimiento del capital depositado se lo quede el notario. ¿Cuál es entonces el fundamento de la norma? A mi juicio, la prohibición reside en la condición del notario como funcionario público, eje de la reforma legal y reglamentaria. Lo que dice la norma es que el notario recibe el dinero como funcionario público, en el ejercicio de su función pública y no asume funciones de depositario, fiduciario o administrador de los fondos, lo que justifica las limitaciones impuestas.

Menos justificación tiene, a mi juicio, que el dinero depositado genere rendimientos para el propio cliente que lo deposita, lo que en muchas ocasiones puede estar justificado y en las que el notario no realiza una función de gestión, sino sólo se limita a garantizar la conservación del valor. En estos casos, creo que el fundamento se puede buscar en la normativa de blanqueo de capitales y en los problemas que, desde el punto de vista fiscal, generan este tipo de depósitos, que pueden producir actuaciones fraudulentas. Y, desde esta perspectiva, la norma me parece correcta.

Depósitos sin acta. El antiguo RN los permitía en el artículo 220 RN. Se trataba de una función atípica, que el notario realizaba no “por ser notario”, sino “como notario”, según la célebre terminología de GONZÁLEZ PALOMINO. La eliminación del precepto en el RN es lógica, puesto que no es materia notarial en sentido estricto y, por otro lado, ya he indicado que la función notarial española no admite que el notario asuma funciones de fiduciario, depositario o administrador de fondos.

Este refuerzo de la función pública del notario en materia de depósitos tiene mucho que ver también con el **derecho comunitario**, puesto que las funciones atípicas o “separables” de la función notarial no justifican las restricciones a las libertades comunitarias, que se basa exclusivamente en el ejercicio de una función pública por parte del notario (*STJCE Reyners*).

Depósito digital (60). Volvemos al artículo 216 RN, que regula el depósito notarial de documentos extendidos en soporte informático. Del texto del RN debemos destacar los siguientes aspectos:

1.º *Entrega del documento electrónico:* en este caso, en el acta de depósito, o en el documento en que deba quedar unido, bastará con hacer referencia al depósito con *reseña* de las características del documento electrónico y de su soporte, tales como su fecha, formato y su extensión, si las tiene, la unidad de medida, en su caso, así como las demás características técnicas que permitan identificarlos.

Quizá la principal aplicación de esta figura sea el depósito notarial o **escrow** (61). Esto exige una explicación: en los contratos de licencia de uso de programas informáticos es frecuente la inclusión de la **cláusula escrow**, mediante la cual se otorga al usuario el derecho de acceder a una copia del código fuente en caso de que sucedan ciertos hechos, lo que permite al usuario del programa mantener el **software** en funcionamien-

(60) Véase, con carácter general, GOMÁ LANZÓN, F.: “El desarrollo de la función notarial en el ámbito del comercio electrónico: explicaciones, reflexiones y comentarios”, RJN, 34, abril-junio 2000.

(61) Véase *Memento práctico. Contratos Mercantiles, 2006-2007*, p. 234.

to por sus propios medios. Esto obliga a la celebración de un contrato de depósito entre el proveedor de *software*, que entrega el código fuente del programa a una persona, que se obliga a custodiarlo y, en su caso, a entregar una copia del mismo al usuario. El depositario puede ser un notario y, en este caso, debe formalizarse un acta de depósito en los términos del artículo 216 RN.

2.º *Garantías*: se prevé el traslado a un soporte que garantice su seguridad y la fiabilidad de las copias, aunque en este caso *“deberá citarse a los interesados, quienes podrán oponerse retirando el documento”*. Una de las cuestiones básicas, precisamente, es garantizar la fiabilidad de las copias, pues hay una práctica viciosa por parte de los proveedores de *software* consistente en introducir elementos en el código fuente para detectar futuras copias ilegales (técnica de las *“muescas”*).

3.º *Control de legalidad notarial*: el principal problema de este acta es que el sistema no permite dar fe acerca del contenido de lo depositado. Por eso, el último inciso del artículo 216 RN dispone que *“si el objeto depositado fuere un programa informático cuyo contenido no pueda ser razonablemente conocido por el notario, éste sólo admitirá el depósito si el requirente manifiesta que el contenido del programa no es contrario a la ley o al orden público”*.

XIV. El documento fehaciente de liquidación (218 y 219 RN) (62)

Con ello pasamos a la regulación del “documento fehaciente” de liquidación contenido en los artículos 218 y 219 RN (este último sólo admite la liquidación voluntaria, con lo cual me centro en el primero). Como sabemos, uno de los principales efectos del documento público, consecuencia de su presunción de legalidad, veracidad e integridad, es que tiene la condición de título ejecutivo y, por tanto, puede provocar el ejercicio de una acción ejecutiva. En todo caso, el documento público sólo puede fundar una acción ejecutiva cuando la cantidad sea líquida o liquidable. Y, en este último supuesto, el artículo 572.2 LECIV señala que *“también podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de las operaciones formalizadas en escritura pública o póliza, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo”*. El artículo 573.1.2.º exige apor-

(62) Véase, para un estudio detallado, FUGARDO ESTIVILL, J. M.: “La autorización del documento fehaciente de liquidación en relación con la acción ejecutiva por saldo de operaciones (en torno al nuevo artículo 218 del Reglamento Notarial)”, en *La Notaría*, 37-38, pp. 15 y ss.

tar, junto a la demanda ejecutiva, “*el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo*”. Norma, que, además, se aplica a los préstamos a interés variable, por la remisión que el artículo 574.2 hace a este precepto.

El artículo 218 RN, por tanto, supone un desarrollo reglamentario del documento fehaciente a que se refiere la LECIV. Los antecedentes legales y jurisprudenciales ponen de manifiesto, precisamente, que ese **documento “fehaciente”** es un documento intervenido por “notario”, con lo cual y a la vista de la integración de los corredores y los notarios, el RN se preocupa en regular no sólo el tipo de documento, sino también la actividad del notario. En este sentido, dispone el primer párrafo del artículo 218 RN:

“Cuando para despachar ejecución por el importe del saldo resultante de las operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida, conforme al artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sea necesario acompañar a la demanda ejecutiva, además del título ejecutivo el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en dicho título, tal como establece el artículo 573.1.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el notario lo hará constar mediante documento fehaciente...”

Es importante destacar la finalidad de la intervención notarial mediante este documento fehaciente. Y para eso, me parece obligado recordar la enmienda del grupo socialista, que introdujo este control en el antiguo artículo 1.435 LECIV. Según ésta, “*tiene por finalidad reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la entidad acreedora con dos mecanismos, la revisión por parte del fedatario y la coincidencia del saldo con la contabilidad*”. En definitiva, se trata de una labor de control, de un *juicio de valor*, en expresión del TC, que **garantiza el equilibrio de los diversos intereses en juego dentro del proceso de ejecución**: el juez, al existir esa apariencia de buen derecho, despachará la ejecución; el *deudor* tiene la garantía de la intervención notarial y además podrá impugnar la liquidación por los cauces legales o ejercitar las excepciones de pago o “*pluspetitio*”; el *acreedor*, en fin, tiene un medio a su disposición para cobrar de manera rápida y eficiente. Y todo eso gira sobre el alcance de la intervención notarial.

La primera cuestión, que no resuelve el RN, es **qué tipo de documento fehaciente** tiene que redactar el notario. Antes de la reforma RN, se venía haciendo bien en *certificación de saldo*, sistema usado por los antiguos corredores, bien por medio de *acta notarial*, sistema ya previsto en el artículo 207 RN, que no se ha tocado. Frente a la posición de FUGARDO y SOLÍS, entiendo que el RN no es claro y que, por tanto, el documen-

to fehaciente puede ser tanto acta notarial como certificación de saldo, si bien razones prácticas aconsejan el recurso exclusivo al acta. ¿Cuáles son las razones?

1.^a *Argumento literal*: el RN no emplea nunca el término acta o certificación de saldo, sino documento fehaciente, aunque es verdad que muchas expresiones son las típicas de las actas (“diligencias”).

2.^a *Argumento sistemático*: aunque el RN regula el 218 RN en sede de actas, hay otros preceptos que admiten explícitamente la certificación de saldo, que aparece mencionada como instrumento público en el artículo 144 RN y se prevé su constancia en el Libro Indicador (264 RN). No creo que se mantenga sólo “a efectos transitorios” para las pólizas anteriores, porque, en ese caso, se habría aprobado una disposición transitoria similar a la que regula las certificaciones de conformidad. Tampoco me parece muy fundado que se conserve, como propone FUGARDO, para casos muy limitados y excepcionales (63).

3.^a *Argumento histórico*: el borrador de RN modificaba el 207 RN y establecía que la fijación del saldo se haría por “acta”, y el artículo 218 hacía referencia expresamente a acta de liquidación. Estas referencias tan claras al acta han desaparecido en el texto definitivo, lo que revela la *mens legislatoris*.

4.^a *Argumento práctico*: de admitirse que sólo puede hacerse por medio de acta, la consecuencia sería la nulidad del juicio ejecutivo. Pues bien, ¿de verdad se puede imputar al interesado algo que no resuelve satisfactoriamente el Reglamento Notarial, habiendo argumentos sólidos para defender los dos tipos de documentos? (64).

Admitida la posibilidad de certificación de saldo, también considero evidente que el RN quiere que todos hagamos la liquidación por medio de ACTA. Así que me centraré en las **actas notariales de liquidación de saldo**, que tienen mayor utilidad de cara al proceso de ejecución, por las razones que luego expondré. Reglas especiales:

1.^a *Requerimiento*: dice el RN que “*podrá efectuarse mediante carta dirigida al notario quien legitimará la firma del remitente e incorporará al acta*”. Se trata de otra norma que simplifica el requerimiento. En todo caso, al tratarse de un acta, considero que el notario tiene que hacer el juicio de suficiencia del poder del representante de la entidad financiera, puesto que la entidad financiera pretende “ejercitar un derecho” y, conforme

(63) Como propone, v. gr., FUGARDO: ob. cit., p. 23.

(64) Quizá se resuelva pronto mediante CONSULTA a la DGRN.

al nuevo 198.1.1.^a, en estos casos el notario “*debe hacer constar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente a los efectos de su control de legalidad*”. Importante: no se establece un criterio de competencia en relación con la práctica de la liquidación, de modo que aunque lo habitual es que se requiera al mismo notario que autorizó la escritura o póliza, no es necesario (y de hecho, para eso se prevé que se acompañe el título).

2.^a *Documentos que tienen que entregarse al notario, para que éste realice su labor de control.* Son los siguientes: el título “*con efectos ejecutivos de la escritura pública o de la póliza intervenida que haya de servir de título para la ejecución o, en su caso, testimonio notarial de dichos documentos, salvo que el contenido del título ejecutivo resulte de su protocolo o libro registro*”; la certificación del saldo y extractos contables correspondientes, debidamente firmados, que se protocolizan con la matriz. Quizá la principal novedad es la necesidad de que estén firmados; además hay que comprobar que el contrato refleja los tipos de interés o comisiones aplicables, mediante los documentos aportados por la entidad (puede estar incluido en los anteriores).

Desde el punto de vista práctico, conviene extremar las precauciones, pues la jurisprudencia ha admitido la nulidad de la ejecución si el título no es completo en el momento de la presentación de la demanda. En particular, recuérdese que el propio TC, en la famosa Sentencia de 10 de febrero de 1992, considera imprescindible la presentación de la **hoja de liquidación**, con la finalidad de proporcionar “*todos los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial de la demanda ejecutiva...*” (65).

3.^a *Labor de control del notario:* ésta es la cuestión fundamental, puesto que ya RODRÍGUEZ ADRADOS incluía este tipo de actas en lo que denomina actas de control. Una breve reflexión sobre esta labor de control del notario, a la luz de la jurisprudencia existente. ¿En qué consiste el control notarial? Existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial en que la labor del notario no puede ser puramente formal, limitándose bien a acreditar que el saldo fijado por el acreedor coincide con la certificación, bien a expedir un documento fehaciente formalmente perfecto, pero en el que no ha intervenido el notario. Recordemos que en el primer caso el juez denegará el despacho de la ejecución y, si no lo hace, el artículo 559 LECIV recuerda que el ejecutado podrá oponerse a la ejecución por cau-

(65) Véase, con carácter general, MOXICA, J., y MOXICA, G.: *Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 324 y ss.

sa de nulidad radical en el título ejecutivo. Pero tampoco es necesaria la práctica de una *auditoría contable*: por un lado, porque la jurisprudencia, reiteradamente, señala que la intervención notarial no suple la prueba en juicio, sino que tiene por objeto ofrecer al juez la “*apariencia de buen derecho*” que permita el despacho de la ejecución; por otro lado, porque no hace falta ser perito contable, ni economista, ni siquiera especiales conocimientos de matemáticas financieras. Resulta ilustrativa, en este sentido, la doctrina sentada por las audiencias, que consideran que se trata “*únicamente de aquella comprobación que un técnico en derecho, sin especiales conocimientos contables, puede realizar... pero no es un informe pericial*” (66). Por eso, el artículo 218 RN señala que el notario no sólo tiene que comprobar que hay pacto de liquidación (lo que tiene que hacer constar expresamente en el acta), sino también “*que la liquidación se ha practicado, a su juicio, en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo*”.

4.^a *Diligencia de liquidación*: realizada su labor de control, el RN se preocupa de regular su “documentación”. El punto cuarto señala que: “*Si el saldo fuere correcto, el notario hará constar por **diligencia** el resultado de su comprobación, expresando:*

a) *Los datos y referencias que permitan identificar a las personas interesadas, al título ejecutivo y a la documentación examinada por el notario.*

b) *Que, a su juicio, la liquidación se ha efectuado conforme a lo pactado por las partes en el título ejecutivo. Asimismo podrá hacer constar cualquier precisión de carácter jurídico, contable o financiero que el notario estime oportuno.*

c) *Que el saldo especificado en la certificación expedida por la entidad acreedora, que se incorporará al acta de liquidación, coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.*

d) *Que el documento fehaciente comprensivo de la liquidación se extiende a los efectos previstos en los artículos 572.2 y 573.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”*

Una vez estudiado el precepto, sí me parecen interesantes algunas observaciones que, desde el punto de vista práctico, merecen especial atención:

1.^a Una cuestión crucial para los notarios, que, como es mi caso, no tenemos conocimientos contables y de matemáticas financieras muy profundos. Como advertí antes, la jurisprudencia no exige conocimientos con-

(66) MOXICA: *op. cit.*, pp. 341 y 342.

tables, pero sí que no se haga un juicio puramente formal, que es causa de nulidad de la ejecución. Esto obligaría, a mi juicio, a que el Colegio Notarial organice un Servicio Contable de Liquidación, a cargo de técnicos contables, con título, que auxilien al notario en la práctica de la liquidación. De este modo, no sólo se permite cumplir con la exigencia de la LECIV, sino también evitará en el futuro impugnaciones de la ejecución, lo que refuerza la eficacia del documento público.

2.^a En este tipo de actas es importante la labor de asesoramiento. Me explico: para iniciar la ejecución, no basta con el documento fehaciente, pues el artículo 572 *in fine* señala que “sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber **notificado** previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación”. Y por eso el artículo 573.1.3.º exige acompañar a la demanda ejecutiva “el documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible”. Es decir, que es posible formalizar un acta mixta, de liquidación y notificación, supuesto en el cual el requerimiento tiene que amparar, además de la liquidación, la notificación al deudor y de ahí la mayor utilidad del acta notarial frente a la certificación del saldo.

3.^a Finalmente, considero que también sería aconsejable no sólo la mera “notificación”, sino además el “**requerimiento para el pago**”, puesto que uno de los momentos claves en el proceso de ejecución es el requerimiento de pago. Y tanto el artículo 581 LECIV, con carácter general, como el artículo 686 LECIV, en el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados, permiten que el requerimiento judicial se sustituya por requerimiento “extrajudicial”, lo que simplifica el proceso de ejecución. En efecto, según el 581.2, “no se practicará requerimiento... cuando a la demanda ejecutiva se haya acompañado ACTA NOTARIAL que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación”.

XV. Actas de subastas (220 RN)

Llegamos, por fin, al artículo 220 RN, que regula las actas notariales de subasta. Para justificar su regulación, me permitirán traer a colación la conocida STS de 21 de noviembre de 2000 (67) (*caso MARCA*), que supuso la nulidad de una subasta notarial de enajenación de acciones pignoras, en ejecución del artículo 1.872 CC, por dos motivos: se anunció en el diario *MARCA*, al parecer impropio para estos menesteres; y se rea-

(67) Véase ORTIZ NAVACERRADA, S.: “Declaración de nulidad de subastas notariales para la enajenación de acciones de sociedad anónima pignoras”, RJN 42, abril-junio 2002, pp. 315 y ss.

lizó la subasta al día siguiente del anuncio, adjudicándose el acreedor las acciones en pago de la deuda. Para nuestro más alto tribunal, la “escasez” de la regulación de la subasta notarial tenía que suplirse con los principios generales del derecho que, en materia de ejecuciones extrajudiciales, implicaban regular adecuadamente el procedimiento y dotarle de una publicidad suficiente, en garantía del deudor, el acreedor y los terceros. Método adecuado para resolver un caso concreto, pero insuficiente para el tráfico extrajudicial, lo que hacía necesario regular adecuadamente este tipo de actas notariales.

Las actas de subasta pertenecen a la especie de **actas de control**, pues, como advierte RODRÍGUEZ ADRADOS (68), el recurso al notario se hace “a fin de controlar en la medida de lo posible la seriedad, corrección y hasta la legalidad del procedimiento, en beneficio de todos los interesados: el dueño de la cosa subastada, el rematante y el público en general”.

Comenzamos por la cuestión quizá de mayor importancia: el **ámbito de aplicación**. Según la Exposición de Motivos, en el nuevo RN “*se regulan las actas de subasta, llamadas a adquirir una gran relevancia jurídica tras la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Creo que se refiere a la reforma del artículo 129 LH, que consagró la validez de las “ejecuciones extrajudiciales ante notario”, acabando con las dudas suscitadas por la STS de 4 de mayo de 1998, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento extrajudicial ante notario de ejecución de la hipoteca. La LECIV admite el sistema, sobre la base tanto de la larga tradición histórica de las ejecuciones extrajudiciales en nuestro derecho (prenda, venta a plazos de bienes muebles, hipoteca mobiliaria, garantías posesorias en Cataluña) como, especialmente, de facilitar un mayor desahogo de la Administración de Justicia en temas no contenciosos (69). Además, hay que tener en cuenta la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, que prevé la subasta notarial en ciertos ámbitos (*v. gr.*, mercancías y equipajes en el transporte marítimo, art. 199).

Descendemos ya al precepto reglamentario. Hay varios tipos de subasta, en función de la **ley aplicable**: a) ante todo, el 220.3 RN sienta el principio de especialidad, de manera que “*Las subastas que se hicieren en cumplimiento de una disposición legal, de una resolución judicial o administrativa, o de cláusula contractual o testamentaria, se regirán en primer lugar por las normas que respectivamente establezcan, y en su defecto por las del presente artículo*”, lo que significa que la regulación del artículo 220 RN se prevé como supletoria de la legislación especial; b) en el caso de subastas voluntarias, además, establece el apartado 2 que “*podrán convo-*

(68) “Cuestiones...”, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

(69) En este sentido se pronunció la Circular 2/98 CGN.

carse con la reserva del derecho del requirente a aprobar el remate a su libre arbitrio, o bajo otras condiciones especiales, debiendo consignarse todo ello en los anuncios". Es decir, dada la voluntariedad, desaparecen las medidas de precaución previstas con carácter general en el artículo 220 RN. Por esta razón, *"el requirente, en el pliego de condiciones, podrá incrementar o disminuir los anuncios de la subasta o su antelación; fijar libremente el tipo de subasta; aumentar, disminuir o suprimir el depósito previo; ordenar un procedimiento distinto de subasta; reducir a una sola, o a dos, el número de subastas; y tomar cualesquiera otras determinaciones análogas a las expresadas"*.

Centrándonos en el acta en sí, cabe diferenciar los siguientes momentos:

1. Competencia notarial: *3.ª Siempre que el requirente de la subasta no fuera el propietario de la cosa a subastar o su representante, el requerimiento deberá ser efectuado a notario competente territorialmente por razón del domicilio de dicho propietario o de la situación del bien o de la mayor parte de los bienes objeto de la subasta.* Es decir, si es el propietario, no hay límites de competencia territorial; si, en cambio, el requirente no es el propietario (por ejemplo, el acreedor que tiene el *ius distrahendi*), sí hay reglas de competencia territorial.

2. Requerimiento al notario: la legitimación para instar el acta de subasta corresponde en primer lugar al propietario del bien o derecho a subastar o persona que tenga legitimación dispositiva. Aclara SOLÍS (70) que será todo aquel que tenga atribuida la facultad de disposición (v. gr., usufructuario con facultad de disposición) y que no tenga limitada dicha facultad de disposición. También puede requerirse por medio de representante con poder bastante para enajenar, no bastando la facultad de instar todo tipo de actas notariales. Aclara que en caso de acreedores bastará con que tengan facultades para cobrar créditos.

El RN exige que en el requerimiento *"El requirente aseverará bajo su responsabilidad, y acreditará al notario, la propiedad de la cosa a subastar o su legitimación para disponer de ella; su libertad o estado de cargas; situación arrendaticia y posesoria; estado físico en que se encuentra; obligaciones pendientes; y cuantas circunstancias tengan influencia en el valor de la misma; así como, en su caso, la representación, voluntaria, orgánica o legal con que el requirente actúe"*.

En consecuencia, las especialidades de este acta implican que el notario realiza una labor de control especial, y por eso dispone el RN que *"El*

(70) Ob. cit., pp. 639-640.

notario no aceptará el requerimiento hasta que, estudiada la documentación presentada, y subsanada o completada en su caso, haya identificado al requirente, apreciado su capacidad legal para el requerimiento que efectúa, comprobado la concurrencia de las autorizaciones, consentimientos o requisitos necesarios y estimado, conforme al artículo 145 de este Reglamento, que no concurre ninguna otra causa de denegación de funciones”.

3. Pliego de condiciones: se protocoliza el pliego, que debe contener “... la descripción de la cosa a subastar y su estado de cargas y de arrendamientos; el tipo de subasta; el depósito que sea necesario para tomar parte en la misma; el procedimiento de subasta; el plazo para presentar los sobres cerrados; el lugar, día y hora de celebración de la subasta; la posibilidad de celebrar, en su caso, una segunda y una tercera subasta, sus tipos, lugar y fechas; los lugares o periódicos en que haya de anunciarse la subasta, y su duración o antelación; si se admiten posturas a calidad de ceder a un tercero; el plazo en el que haya de completarse el pago del precio; y cuantas condiciones u otros extremos lícitos se estimen oportunos. El pliego de condiciones deberá respetar las mínimas establecidas en el presente artículo”. Téngase en cuenta las posibles variaciones en caso de subastas voluntarias, en los términos antes indicados.

4. Anuncio de subasta:

- **Plazo:** con diez días de antelación como mínimo respecto del señalado para su celebración y, en su caso, para la presentación de los pliegos conteniendo las posturas.

- **Forma:** el anuncio se llevará a cabo como mínimo en la forma siguiente, según la cuantía del tipo de la primera subasta:

- a) Hasta 6.000 euros en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que se encuentren situados todos o la mayoría de los bienes.

- b) Hasta 60.000 euros en uno de los periódicos de mayor circulación de la respectiva localidad y, en su defecto, de la provincia.

- c) Hasta 120.000 euros en el Boletín Oficial de la provincia o, en su defecto, de la Comunidad Autónoma respectiva.

- d) Y de más de 120.000 euros en el Boletín Oficial del Estado.

- **Contenido:** “El anuncio contendrá, cuanto menos, la expresión sucinta del objeto de la subasta; local, día, hora y notario autorizante de la subasta; tipo de licitación; local en que están de manifiesto al público la documentación y el pliego de condiciones, y aquel en que, en su caso, podrá ser visitada la cosa subastada. Podrán añadirse la indicación del local, día

y hora en que tendría lugar la segunda y la tercera subasta, si fueren procedentes, y sus tipos.”

- **Efectos:** “Iniciada la publicación de la subasta, no podrá el requirente desistir de su rogación.”

5. Tipo de subasta: “El tipo de la licitación en la primera subasta que no estuviere contractualmente establecido, será fijado en este caso por perito oficial designado por el requirente; en su defecto, se tomará como tipo el mayor valor de los dictaminados por dos peritos prácticos, igualmente designados por el requirente. En todo caso los peritos deberán comparecer ante el notario para entregar sus dictámenes y ratificarse en ellos, así como para acreditar, en su caso, su titulación. El tipo de la segunda subasta será el setenta y cinco por ciento del tipo de la primera; la tercera subasta, cuando proceda, se efectuará sin sujeción a tipo.”

6. Notificaciones: “El notario notificará al propietario del bien, salvo que sea el propio requirente, la tramitación de la subasta y todo el contenido que, conforme a la regla anterior, debe tener el anuncio, así como el procedimiento seguido para la fijación del tipo de subasta; y le requerirá para que comparezca en el acta en defensa de sus intereses. La diligencia se practicará conforme al artículo 202 de este Reglamento, en el domicilio fijado contractualmente o, en su defecto, en el habitual del notificado, y si no fuere conocido, en el que resulte de documento o registro público.”

7. Oposición a la subasta:

La regla 4.^a dispone que: “Si el propietario de la cosa o un tercero que se considerara con derecho a ello, comparecieran oponiéndose a la celebración de la subasta, el notario hará constar sucintamente en la correspondiente diligencia su petición y las razones y documentos que para ello aduzcan y les reservará sus posibles derechos para que los ejerciten judicialmente”.

Sin embargo, la regla 7.^a aclara que “La tramitación y el acto de subasta sólo podrán ser interrumpidos por mandato judicial”.

8. Subasta:

- **Procedimiento:** se celebrará por el procedimiento de sobres cerrados, que deberán ser entregados al notario con tres días laborables de antelación al señalado para el acto de subasta, junto con el **depósito necesario** para tomar parte en ella o resguardo de haberlo consignado en una entidad de crédito. Este depósito ascenderá al diez por ciento del tipo de licitación que no exceda de tres mil euros, más el cinco por ciento del exceso, en su caso.

- **Lugar:** ante el notario en el lugar, día y hora anunciado, sin perjuicio de la posibilidad de encomendarlo a los Colegios Notariales.
- **Adjudicación:** la subasta concluye con la adjudicación declarada por parte del notario.

9. Documentación del acta:

Practicado el requerimiento, la celebración de la subasta tiene que reflejarse en el acta por medio de diligencias. En este sentido, dispone el RN que:

• **Diligencia de subasta:** El notario extenderá la correspondiente diligencia, en la que sintéticamente se recogerán los aspectos de trascendencia jurídica; las reclamaciones que se hayan presentado y la reserva de los derechos correspondientes ante los Tribunales de Justicia; la persona del mejor postor y el precio ofrecido por ella; el juicio del notario de que en la subasta se han observado las normas legales que la regulan y el pliego de condiciones bajo el que ha sido convocada, y la adjudicación de la cosa subastada por el requirente o por la Mesa.

Si éstos no concurrieren, bastará el juicio del notario para que la subasta quede concluida, y la cosa adjudicada.

El adjudicatario firmará la diligencia, después de que el notario le haya identificado y apreciado su capacidad conforme a la legislación notarial.

• Diligencias sucesivas:

8.^a En diligencias sucesivas, y dentro de los plazos señalados en el pliego de condiciones, se harán constar la devolución de los depósitos hechos para tomar parte en la subasta por personas que no hayan resultado adjudicatarias; la cesión del remate a un tercero, en su caso; el pago del resto del precio por el adjudicatario, y la entrega por el notario al requirente de las cantidades que hubiere percibido del adjudicatario.

10. Título:

Importante es la regla 9.^a, que, para diferenciar este procedimiento del judicial o del expediente de jurisdicción voluntaria, aclara la distinción y efectos entre acta de subasta y escritura:

“9.^a Si la cosa subastada fuera inmueble, el requirente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.280-1.º del Código Civil, otorgará ante el notario escritura pública de venta a favor del adjudicatario al tiempo de completar éste el pago del precio. Lo mismo se hará en los demás casos en los que la Ley exige documento público como requisito de validez o eficacia de la transmisión, así como en cualquier otro caso en que el adjudicatario lo solicite. En los demás supuestos, la copia autorizada del acta servirá de título al rematante.”

11. Colegios Notariales:

Finaliza el precepto con una norma que puede tener un cierto interés en el futuro: “Las subastas podrán encomendarse a los Colegios Notariales, en cuyo caso éstos designarán, por turno, a los notarios que deban llevarlas a cabo, pudiendo celebrarse en los locales habilitados al efecto por dichos Colegios Notariales”. No creo que se trate de una aplicación del artículo 641 LECIV, pues el Colegio Notarial no se puede considerar una entidad especializada en los términos previstos en la ley procesal.

XVI. Epílogo: Las actas y la reforma institucional del notariado

No me gustaría terminar este estudio de las actas sin poner de manifiesto que su regulación constituye una demostración de la importante evolución que, desde finales del siglo pasado, se está produciendo en la regulación institucional del notariado, tanto en lo que afecta a su función notarial como al documento público notarial. Por eso, para terminar, prefiero evitar hacer una valoración crítica del RN en la reforma de las actas y centrarme precisamente en intentar reflexionar, partiendo de la nueva regulación de las actas, cuál es la senda por la que discurre la reforma institucional del notariado que estamos viviendo.

En primer lugar, se produce **consolidación de la fe pública**, lo que tiene especial incidencia en materia de actas, toda vez que la Ley del Notariado de 1862 sólo contemplaba expresamente la escritura. Ahora, en cambio, una norma con rango de ley regula el instrumento público, los distintos géneros documentales, su regulación y efectos.

Una segunda línea de la reforma es el **reforzamiento del carácter funcional del notario**. El notario es un oficial público, que ejerce de modo inescindible una doble función pública y privada. Sin embargo, los aspectos funcionariales se destacan en el nuevo RN. Así, en materia de actas, se observa claramente en la regulación de los depósitos de efectivo, impidiendo que el notario pueda obtener rendimientos de las cuentas ni realizar funciones de gestión, depósito o fiducia. Esto se explica también por las nuevas obligaciones de colaboración con la Administración Tributaria y por su condición de sujeto obligado en materia de blanqueo de capitales.

Un tercer elemento esencial de la reforma es la **incorporación efectiva de las nuevas tecnologías**, lo que en materia de actas se proyecta sobre actas de presencia relacionadas con archivos informáticos, actas de comunicaciones electrónicas, reconocimiento del archivo electrónico de bases de concursos, actas de remisión de documentos por correo electrónico, notificación por correo electrónico corporativo, depósito digital, etc. Nótese, además, cómo se admite ya un protocolo especial electrónico o se flexi-

biliza el requerimiento. En todo caso, parece claro que la reforma notarial no se limita a favorecer la implantación de las nuevas tecnologías, sino que aborda ya cuestiones de nuevos géneros documentales específicos para el comercio electrónico y nuevas formas documentales (documento mixto papel-electrónico, instancia con firma electrónica, protocolo electrónico).

Un cuarto aspecto relevante es el **protagonismo de las instituciones corporativas**, lo que en materia de actas se observa en la regulación de archivo electrónico o en las subastas colegiales. Creo que el notariado camina hacia un mayor corporativismo y que existe la sensación de que hoy *no basta con intentar ser un buen notario, sino que es necesario, además, tener un buen notariado.*

Finalmente, se está produciendo una **asunción de nuevas competencias**, pues creo que el RN está pensando en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, que supondrá una expansión de la función notarial hacia ámbitos hasta ahora reservados a la actuación judicial y que en muchas ocasiones se realizará por medio de actas.

LA SUCESIÓN LEGAL EN NAVARRA

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **A)** Sucesión voluntaria. **B)** Sistema sucesorio propio: Disposiciones transitorias. **C)** La sucesión legal es siempre supletoria. **D)** Disposición incompleta de la herencia. **II.** EL SISTEMA DE DELACIÓN VIGENTE EN NAVARRA. **III.** ÁMBITO DE LA SUCESIÓN LEGAL. **IV.** PRINCIPIO DE TRONCALIDAD. **V.** SUPUESTOS DE APERTURA DE LA SUCESIÓN LEGAL. **VI.** DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO. **VII.** PERSONAS EXCLUIDAS (LEY 301). **VIII.** REVERSIÓN (LEY 302). **A)** Bienes troncales y bienes revertibles. **B)** Reversión y devolución sucesoria. **IX.** RESERVA (LEY 303). **X.** SUCESIÓN EN LOS BIENES NO TRONCALES (LEY 304). **A)** Llamamiento a los hijos y sus descendientes. **B)** Llamamiento a los hermanos. **1)** *La postergación de los ascendientes.* **2)** *La preferencia del doble vínculo.* **3)** *El derecho de representación en la línea colateral.* **C)** Llamamiento a los ascendientes. **D)** Llamamiento al cónyuge o pareja estable. **E)** Llamamiento a los demás colaterales. **F)** Llamamiento a la Comunidad Foral de Navarra. **XI.** LA SUCESIÓN TRONCAL. **A)** Concepto de troncalidad. **B)** Carácter universal de la sucesión troncal. **C)** Responsabilidad de los herederos troncales. **XII.** BIENES TRONCALES (LEY 306). **A)** Bienes inmuebles. **B)** Bienes troncales. **C)** La subrogación real (permuta). **D)**

Bienes adquiridos por retracto gentilicio. **XIII. PARIENTES TRONCALES** (LEY 307). **A)** Hermanos. **B)** Ascendientes. **C)** Demás colaterales. **D)** Remisión a la Ley 304. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. Introducción

La sucesión legal en el Fuero Nuevo se regula en el título XIV, denominado *De la sucesión legal*, del libro II, *De las donaciones y sucesiones*, que a su vez se subdivide en tres capítulos dedicados a Disposiciones comunes el primero, el segundo a la sucesión en los bienes no troncales y el tercero a la sucesión en los bienes troncales.

A) Sucesión voluntaria.

La sucesión legal se podría definir como aquella que rige cuando el causante no ha dispuesto voluntariamente de sus bienes, en todo o en parte, y que se rige por las disposiciones legales. Pero aunque se la denomine sucesión legal no se debe ver en ello una sucesión distinta de la voluntaria, como si se tratara de otra clase de sucesión. Se trata más bien de una forma de deferirse la sucesión, en este caso por la Ley, frente a la forma voluntaria ordenada por el causante.

La primera cuestión que llama la atención es conceptual. Se refiere al concepto y definición misma de la sucesión legal. ¿Qué se entiende por sucesión legal en Navarra? Sobre todo, qué se entiende por tal en comparación con el concepto de sucesión legal en el Derecho común. Y es aquí donde nos empezamos a encontrar con la existencia de dos sistemas jurídicos: el romano y el germánico, que tiene su mayor expresión en sede de disposiciones *mortis causa*.

Para el Derecho común no existe otra disposición *mortis causa* que el testamento y éste se considera un acto unilateral, esencialmente revocable, personalísimo e indelegable, patrimonial –aunque con excepciones– y sobre todo exclusivo, en referencia a ser el único medio previsto por el sistema jurídico para disponer de los bienes *mortis causa*. Esto es una concepción romana, individualista y patrimonial que posteriormente fue recogida por la Codificación y elevada al rango de principio de orden público con carácter imperativo. De tal manera que, en el ámbito del CC, no se permite el contrato sucesorio, ni la mancomunidad testatoria, ni el poder *post mortem*, por ejemplo.

Frente a esta concepción se encuentra la defendida en el Derecho navarro, que siguiendo raíces romanas, pero también consuetudinarias y germanas –que podríamos resumir diciendo que son raíces de normas jurídicas medievales–, regula diversos modos de disponer *mortis causa* de los bienes, tales como el testamento, los pactos sucesorios, las capitulaciones matrimoniales, la donación *mortis causa*, el poder *post mortem*. Además admite el testamento de hermandad otorgado conjuntamente por dos o más cotestadores, la delegación de la facultad de testar, no sólo de mejorar, el nombramiento de fiduciarios comisarios, la fiducia continuada y una serie de figuras que se sitúan enfrente de la concepción del Derecho común.

En este escenario jurídico, la expresión *sucesión legal* tiene una carga conceptual muy significativa. Desde luego, la sucesión legal no se puede equiparar a la sucesión no testamentaria o abintestato, como lo haría el Derecho común. De manera que no se puede abrir la sucesión legal sin más tan sólo por el hecho de no haber otorgado testamento, sino que es preciso indagar si el causante no ha realizado en vida ningún acto de disposición *mortis causa*. Por estas razones no es correcta la expresión de sucesión voluntaria como equivalente a testada, puesto que existen otras formas de deferirse la herencia de manera voluntaria además de la testada. Tampoco es correcto hablar de sucesión intestada como equivalente a sucesión legal o legítima, puesto que puede existir una sucesión intestada que sea voluntaria e impida la apertura de la sucesión legal: por ejemplo, los pactos sucesorios.

Tampoco es correcta la expresión de sucesión legítima como equivalente a sucesión ordenada por la ley y con referencia a legitimarios en una cuota de la herencia, ya que la sucesión ordenada por la ley es toda en cuanto que queda bajo la regulación legal y más bien la ley contempla a la sucesión voluntaria como preferente o prioritaria frente a la regulación supletoria que la misma ley ordena.

Así llegamos a la regulación de la determinación o designación de los herederos legales, denominados por el Derecho común como herederos abintestato, expresión muy incorrecta en el ámbito del Derecho navarro, donde, como se ha visto, no es equivalente a declaración legal de herederos abintestato.

En este mismo sentido, la propia Exposición de Motivos del FN dice: *“Dada la gran importancia de la voluntad en orden a la sucesión, se comprende que la tenga mucho menor la que debe llamarse en Navarra sucesión «legal», por venir determinada mediante disposición de la Ley, y no «legítima», lo que supondría una naturalidad que tal delación sucesoria no tiene en Navarra, ni tampoco «intestada», ya que no sólo puede quedar excluida por la forma testamentaria, sino también por otras modalidades de sucesión voluntaria”*.

Y así se determina en el propio FN que la apertura de la sucesión legal tiene lugar en defecto de disposición voluntaria del causante. En la Ley 149, que regula la libertad de disposición, dispone: *“Las disposiciones a título lucrativo pueden ordenarse por donación inter vivos o mortis causa, pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación. Sólo en defecto de estas disposiciones se aplicará la sucesión legal”*.

Ejemplo significativo de esta conjunción equívoca de supuestos son las expresiones que se acuñan en la redacción del artículo 209 bis del Reglamento Notarial, donde, con ocasión de la regulación del acta de notoriedad para la declaración de los herederos legales, se refiere a la “sucesión intestada”, “sucesión abintestato” e incluso a que el notario “declarará qué parientes del causante son los herederos abintestato”. Sin embargo, teniendo en cuenta que son expresiones legales y que no provocan error habrá que pasar por alto la impropiedad de la expresión, que en el caso de Navarra además supone una incorrección jurídica.

B) Sistema sucesorio propio: Disposiciones transitorias.

Hasta la vigencia del Fuero Nuevo no era pacífica la admisión de un orden de suceder legal propio para Navarra distinto del establecido por el Código Civil para el Derecho común. Existe jurisprudencia del caso. La pugna se centraba en la aplicación del llamamiento legal del Código Civil o del Derecho reconocido como vigente en Navarra. La Audiencia Territorial de Pamplona sostenía que Navarra tenía un régimen legal propio, mientras que el Tribunal Supremo lo negaba casando las sentencias de aquélla (STS 31 mayo 1930, 1 febrero 1958 y 10 diciembre 1958) y todo ello con base a que la Ley de Mostrencos había derogado los sistemas sucesorios legales de los Derechos forales.

La disposición transitoria cuarta de la Compilación siguió el criterio de los derechos adquiridos y la firmeza de la declaración –por cierto que también denomina a los herederos abintestato por legales–, de tal manera que en las declaraciones de herederos que ya eran firmes a la entrada en vigor de la Compilación se respetaban los llamamientos hechos conforme al Código Civil, mientras que las sucesiones abiertas con anterioridad, pero en las cuales no había recaído firmeza sobre la declaración de herederos, se respetarían los llamamientos propios de la Compilación.

La disposición transitoria segunda de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, sigue el criterio propio de las transitorias, disponiendo que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la nueva Ley se regirán por las disposiciones del Derecho anterior.

Merece la pena comentar en este apartado que la fecha de apertura de la sucesión es la del fallecimiento del causante. Esta fecha determina

la aplicación del derecho anterior o del nuevo en la reforma de 1987. Sin embargo, a la entrada en vigor de la Compilación, año 1973, el criterio distintivo conforme a su disposición transitoria cuarta no es solamente la apertura de la sucesión, sino además que no exista auto firme de declaración de herederos. Podría darse el caso de dos sucesiones abiertas en el año 1972, una de las cuales con auto firme de herederos legales, conforme al Código Civil y la otra sin declaración, que deberá tramitarse conforme a las normas de la Compilación de 1973.

C) La sucesión legal es siempre supletoria.

Así pues, la sucesión legal o involuntaria es la determinación legal de herederos con el fin de evitar que queden cuotas vacantes de la herencia. Siempre y en todo caso tiene lugar en defecto de sucesión voluntaria. Es decir, la apertura de la sucesión legal tiene lugar cuando el causante no ha manifestado su voluntad sucesoria de cualquiera de las maneras que se lo permite el ordenamiento navarro. Y esta voluntad sucesoria puede ser de manera unilateral por medio del testamento abierto o conjunta en el testamento de hermandad, revocable en las disposiciones testamentarias simples o con ciertas limitaciones en las de hermandad o, incluso, irrevocable en los contratos sucesorios o pactos sucesorios añadidos a los capítulos matrimoniales.

Por ser supletoria habrá que indagar la inexistencia de voluntad sucesoria del causante. Esta cuestión puede parecer resuelta por medio de la consulta del Registro General de Actos de Última Voluntad que con carácter obligatorio se impone en la formalización de cualquier herencia. Pero presupone que siempre se haya enviado a dicho registro el parte o notificación reglamentaria sobre el acto sucesorio realizado.

En materia testamentaria es obligatorio y ordinario el envío de dichos partes. Es tradicional en Navarra, sobre todo en la zona de la montaña, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en las que comparecen los padres mayores y los jóvenes contrayentes y en las cuales los padres formalizan donación universal de bienes al contrayente de la Casa con nombramiento contractual de heredero y disponen de llamamientos fiduciarios para los contrayentes y para la descendencia de los mismos.

Estas capitulaciones matrimoniales son causa del preceptivo parte de última voluntad y, en la mayoría de los casos, se han enviado. Pero pueden existir algunas capitulaciones sin el envío de dichos partes, de las cuales no tiene noticia el Registro de Últimas Voluntades.

En otros casos, las fincas registrales procedentes de estas donaciones universales se han incluido entre las afectadas por la reordenación de la propiedad en Concentración Parcelaria, o en los Planes de Urbanismo. En

todos estos casos, la vinculación sucesoria de la finca debería arrastrarse como si de una limitación se tratara. Casi siempre así se hace, aunque no siempre se traslada a la finca de reemplazo y puede no tenerse noticia de la ordenación sucesoria.

En otros supuestos, el pacto sucesorio alcanza solamente a los bienes donados y no a todo el patrimonio del donatario, de manera que los bienes conquistados por los jóvenes contrayentes quedan libres en cuanto a la designación de heredero, que a su vez puede determinarse en forma voluntaria mediante el otorgamiento de testamento o en forma supletoria por la ley.

Esta última cuestión nos sitúa ante un nuevo problema derivado de la supletoriedad de la sucesión legal. Es el relativo a la parcialidad de la misma. La prevalencia de la voluntad del causante manifestada en cualquier forma legalmente permitida permite también que no se disponga de todos los bienes del causante, de manera que la sucesión legal se limite a los bienes de los cuales no se ha dispuesto. Por lo que la tarea es doble: de una parte habrá que indagar si existe voluntad sucesoria del causante; en segundo lugar, habrá que aclarar si la voluntad existente comprende todos los bienes de la herencia o sólo una parte de los mismos.

En lo referente a la disposición de una parte de la herencia habrá que tener en cuenta que en la mayoría de los casos obedece a la voluntad clara del causante de no disponer sobre una parte de los bienes. En estos casos, así como en los supuestos en los que no se dispone sobre la herencia, el fundamento legal de la sucesión ordenada por ley es evitar que una herencia quede vacante. Siempre existirá un heredero. Luego veremos los distintos llamamientos, en donde una vez más se diferencia el régimen foral del común. Pero el fundamento común a todos es evitar la ausencia de heredero.

Y la supletoriedad del régimen legal, unido a la prevalencia de la voluntad del causante, provocan la coexistencia de un heredero voluntario con uno legal, incluso un heredero contractual en los bienes donados, uno testamentario en los bienes conquistados y uno legal en los bienes excluidos del testamento o no dispuestos por testamento.

En definitiva, el carácter supletorio de la sucesión legal tiene como norma base el respeto a la voluntad sucesoria del causante manifestada por cualquiera de los medios que el ordenamiento le concede. De tal manera, que la sucesión legal viene a colmar las lagunas existentes en la voluntad del causante. Esto explica que la sucesión legal pueda ser compatible con la voluntaria y que la sucesión legal es por definición un conjunto de normas supletorias de la voluntad del causante, a diferencia de las normas relativas al régimen de reserva de bienes por segundas nupcias, que es imperativo y hasta el régimen del usufructo de fidelidad, que también es impe-

rativo para el causante, sin perjuicio en ambos casos de la renuncia voluntaria de los beneficiarios.

La finalidad de la norma es distinta. En el derecho supletorio se pretende “hacer las veces” del causante, regulando la sucesión como si lo hubiera ordenado el causante en un acto de presunción de su voluntad sucesoria. Por el contrario, en el derecho imperativo, la norma persigue defender y proteger unos intereses que considera dignos y que corresponden a personas que considera en posición jurídica de debilidad, como pueden ser los hijos de anteriores nupcias o el cónyuge viudo.

D) Disposición incompleta de la herencia.

También puede tener lugar la apertura de la sucesión legal cuando “*no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de ella...*”, dice la Ley 300. Esta disposición incompleta de la herencia puede tener lugar por varias causas: 1) Si no se ha otorgado acto de última voluntad; 2) si se ha otorgado, pero no se ha nombrado heredero; 3) si se ha nombrado sucesor en los bienes, pero sin el carácter universal de los mismos, y 4) si el acto de última voluntad no tiene disposición de bienes, en cuyo caso nos encontramos también con bienes sin heredero.

Si a pesar de las investigaciones realizadas resulta que no se ha dispuesto de los bienes *mortis causa* procede la apertura de la sucesión legal. Este es el supuesto ordinario y común de la sucesión legal y para el que se plantea la regulación legal en la normalidad de los casos: para cuando nada ha dispuesto el causante. La ley actúa de manera supletoria, pero actúa con disciplina legal, es decir, que deben respetarse los llamamientos ordenados por la ley y en los bienes que determina la ley, sean troncales o no troncales, sin que en estos supuestos los posibles beneficiarios puedan hacer otra cosa que no sea la aceptación o la renuncia de derechos, pero no su regulación. La herencia es del causante, no de los herederos. Los herederos serán propietarios por virtud de la aceptación y podrán actuar como tales, pero no pueden ordenar la sucesión del causante.

II. El sistema de delación vigente en Navarra

En Navarra (1), la herencia se defiende a quienes en el momento del fallecimiento del causante se hallen vivos o, al menos, concebidos y no estén incurso en causa alguna de indignidad.

(1) BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 2001, tomo XXXVII, volumen 2.º, p. 1165.

Sin embargo, este planteamiento es válido para el supuesto normal de fallecimiento del causante e inmediata apertura de la sucesión. Porque si el llamamiento hereditario se somete a condición o término, la delación se produce en el momento en que la condición se cumple o llega el término y en este supuesto podría llegar a ser heredero quien no estuviera concebido al tiempo del fallecimiento del causante. Esto solamente es posible cuando el llamamiento hereditario tiene origen voluntario y no legal y excepciona el principio general que dice que la delación se produce al tiempo de la apertura de la sucesión.

Aplicaciones concretas de estas excepciones tienen lugar en la Ley 288, que dispone la apertura de la sucesión legal tras la imposibilidad de ejecución de los fiduciarios-comisarios; en la Ley 293.5, tras la extinción de la fiducia continuada, y en la Ley 116.3, que para el supuesto de premoriencia del donante dispone la reversión de los bienes donados a favor de los herederos legales del donante “*en el momento de la reversión*”, lo que otros autores (2) llaman “devolución sucesoria”.

III. **Ámbito de la sucesión legal**

Señala la Ley 300 que “*no tendrá lugar la apertura de la sucesión legal en el supuesto de la ley 216*”. Por tanto, el nombramiento de heredero en cosa determinada, único o plural, vale como nombramiento universal, siempre que no concorra con otro u otros llamados a título universal; regla que se extiende también al llamamiento sólo en el usufructo.

Por tanto, cuando tiene lugar este supuesto, no tiene lugar la apertura de la sucesión legal. De manera que el FN resuelve la cuestión de manera contraria a como la resuelve el Código Civil en el artículo 768 CC, en donde al instituido en una cosa determinada se le tiene por legatario cuando dice: “*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*”.

En términos parecidos debe tenerse lo dispuesto en la Ley 217 respecto de la institución hereditaria con reserva de cosa determinada. El FN extiende a tal cosa el llamamiento del heredero en el caso de no ser dispuesta por el causante, es decir, en tal supuesto se impide la apertura de la sucesión legal respecto de la cosa determinada no dispuesta expresamente y reservada por el causante.

También hay que tener en cuenta como una excepción a la apertura de la sucesión legal el propio ámbito de aplicación del derecho de representación en Navarra, que, conforme a la Ley 309, se extiende a la suce-

(2) Vid. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan: Comentarios...

sión testada, aunque dentro de los límites que la misma ley dispone. En todo caso, si tiene lugar la aplicación del derecho de representación en la sucesión testada, no tendrá lugar la apertura de la sucesión legal, aunque se llame a un heredero que no ha sido designado por el causante ni a título principal ni como sustituto.

IV. Principio de troncalidad

En Derecho navarro, la troncalidad es un principio esencial que forma parte del sistema sucesorio. De tal manera que establece especialidades importantes. La primera es que, de entrada, la sucesión legal por aplicación del principio de troncalidad puede quedar dividida en dos o tres masas hereditarias, según tenga origen familiar o no y dentro de cada masa hereditaria existen diferentes llamamientos de herederos legales.

La delación en los bienes troncales sigue el sistema de llamamiento real o por el origen familiar de los bienes, de manera que se atiende al parentesco del heredero con el causante y con el tronco de procedencia de los bienes, de forma que ya quedan excluidos los parientes del causante que no pertenecen al tronco de procedencia de los bienes hereditarios. Se tienen en cuenta así dos criterios: a) uno, el de parentesco con el causante, como en la sucesión no troncal; b) y el segundo, acumulativo, de pertenencia al tronco familiar de procedencia de los bienes. Así acaba resultando que para una sucesión puede tener lugar la coexistencia de dos herederos legales, troncal y no troncal, en dos masas hereditarias distintas y de formación desigual, tanto en bienes como en cuantía.

Para la sucesión en los bienes no troncales se sigue el sistema de proximidad de parentesco y de grado, con independencia del tronco de procedencia. Este es el sistema tradicional y el más conocido.

El resultado final es que en una misma herencia pueden concurrir hasta tres llamamientos hereditarios distintos, uno por el tronco paterno del causante, otro por el tronco materno y otro no troncal. A primera vista se podría pensar que heredero sólo hay uno, el no troncal. Mientras que los demás llamamientos troncales –paterno y materno– son sucesiones especiales limitadas y derivadas de la ley. Sin embargo, esto no es así.

En primer lugar, porque todos los llamamientos son legales y obedecen a la disposición de la ley. Todos tienen su causa en la ley y en la ausencia de una voluntad sucesoria del causante. Todos son sucesión legal o involuntaria. Pero además todos son sucesión, es decir, todos los llamados lo son a título de heredero y con vocación universal para toda la herencia. El heredero troncal no es un legatario, ni a modo de legatario, ni tampoco un sucesor particular o un beneficiario de una posible reversión

mortis causa. El heredero troncal es heredero a todos los efectos legales, pero limitado a una parte de los bienes de la herencia, no a unos bienes concretos, sino a un tronco de procedencia de los bienes.

En este sentido es un acierto y una lucidez del FN situar la sucesión troncal dentro de la sucesión legal como una más de las posibles y excluirla de otros lugares, donde se la situaba antes, como la reversión de donaciones o la reserva de bienes al estilo de los llamamientos del Código Civil. Más adelante volveremos sobre el tema de la troncalidad y las cuestiones que plantea.

V. Supuestos de apertura de la sucesión legal

La Ley 300 se refiere a los supuestos en que se abre la sucesión legal como aquellos en que no se ha dispuesto válidamente de toda o parte de la herencia por cualquiera de los medios de que dispone el FN. Ordenando estos distintos supuestos de apertura de la sucesión legal, cabe distinguir los siguientes:

1) En primer lugar cabría distinguir tres grandes supuestos de apertura:

a) Si no se dispone de la herencia porque no se realiza ningún acto de última voluntad voluntario, individual, conjunto o contractual, así como si habiendo otorgado testamento se revoca sin otorgar otro nuevo que le sustituya.

b) Si se ha realizado un acto de última voluntad, pero no se refiere a toda la herencia, sino que es parcial respecto de los bienes y no tiene lugar la aplicación de la Ley 216 sobre el instituido en cosa determinada.

c) Y los casos de nulidad de la disposición de última voluntad o de la institución de heredero, sea por falta de las formas exigidas por la ley (documento público, testigos), sea por falta de capacidad del otorgante, sea por contravenir normas imperativas, como la preterición de herederos forzosos o la ausencia de la legítima foral.

2) En segundo lugar, nos encontramos los supuestos de premorienza, incapacidad o renuncia del instituido heredero. El derecho a heredar se adquiere en la apertura de la sucesión, que coincide con el fallecimiento del causante. Si el heredero nombrado fallece después transmite su derecho a sus herederos, que podrán aceptar o renunciar la herencia transmitida según la Ley 317. Si fallece antes que el causante nada transmite y tendrá lugar el llamamiento al heredero sustituto, si se había nombrado,

o en su defecto tendrá lugar el acrecimiento entre los conjuntamente llamados, según la Ley 312. También habrá que tener en cuenta que en Navarra, en la sucesión voluntaria, tiene lugar el derecho de representación a favor de los descendientes del causante, según la Ley 308.

En estos casos, el llamamiento del sucesor resulta ineficaz y opera la previsión voluntaria o legal, de manera que el derecho de representación regulado en la Ley 308 actúa como una sustitución legal dentro de la voluntaria para evitar la apertura de la sucesión legal.

3) En tercer lugar, nos encontramos con los supuestos de los fiduciarios-comisarios de la Ley 288 y de los herederos de confianza en la fiducia continuada de los bienes regulada en la Ley 293. Respecto de los fiduciarios-comisarios habrá que tener en cuenta que el comisario normal será el cónyuge viudo que se mantiene como continuador de la Casa y goza de todas las facultades de administración y disposición de la Ley 287. También es normal que en los capítulos matrimoniales se haya facultado al viudo para que pueda designar sucesor en los bienes y, a falta de su designación, que lo hagan los Parientes Mayores, conforme a la regulación del FN.

Sin embargo, puede darse el supuesto de que, aun existiendo Parientes Mayores, no cumplan con todos los requisitos legales (entre ellos, ser residentes en Navarra) o que se excusen del cargo. Como último recurso, el FN siempre tiene a la vista la apertura de la sucesión legal como una manera de resolver una vacante en la figura del sucesor universal de los bienes.

En parecidos términos se puede hablar de la fiducia continuada referida al heredero de confianza, aunque es menos probable el supuesto debido al carácter reservado de la confianza, que siempre puede permitir que el heredero designe un sucesor definitivo, pero también en último extremo se acude a la sucesión legal para terminar con la situación de incertidumbre.

4) En cuarto lugar, también tendrá lugar la apertura de la sucesión legal cuando existe un heredero nombrado que no reclama su derecho a la herencia durante el tiempo necesario para la prescripción de la acción de petición de herencia de treinta años, según la Ley 324. Para este supuesto tendría lugar la apertura de la sucesión legal por ineficacia del llamamiento hereditario.

No obstante, conforme a la Ley 315, la herencia se entiende adquirida por el heredero desde el fallecimiento del causante. Esta ley no permite entender que no sea necesario aceptar la herencia en Navarra, sino más bien que su aceptación se entiende realizada mientras no se renuncie expresamente a la herencia por el heredero. Esto podrá ser utilizado por los posibles herederos legales para forzar la aceptación expresa o la renuncia del heredero nombrado y clarificar la apertura o no de la sucesión legal.

VI. Declaración de herederos abintestato

En tanto en cuanto que la condición de heredero legal deriva de la ley y no de la voluntad del causante, se precisa un título que justifique el nombramiento o designación como heredero legal del designado y en qué cuota de la herencia le corresponde el llamamiento. Propiamente no es una atribución de derechos, porque el heredero recibe el llamamiento de la ley y no del título por el que se le nombra. Ya era heredero legal y por eso se le nombra y se le da título, y no al revés. Es pues una verdadera declaración de derechos o de posición jurídica que es la de heredero.

Esta función la cumple la “declaración de herederos abintestato”, en la terminología empleada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, para acreditar la concurrencia de los presupuestos determinantes de la declaración, que son el fallecimiento del causante, la inexistencia de disposición *mortis causa* del causante y la relación de parentesco entre el causante y el heredero. La declaración sirve para acreditar la condición de heredero y ejercitar los derechos sucesorios.

La declaración legal de herederos no es una cuestión de derecho sustantivo, sino más bien formal o hasta procesal declarativa. Se trata de dotar de un instrumento jurídico apto para el tráfico que acredite la condición de herederos de los legales. En esta materia sigue vigente la regulación contenida en la antigua LEC de 1881, puesto que la disposición derogatoria de la LEC del 2000.1-2.^a establece su vigencia hasta que entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 979 de la LEC 1881, los descendientes, ascendientes o cónyuge del fallecido acudirán a la declaración notarial de herederos legales que se tramita conforme a un acta de notoriedad y se regula en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, que ha sufrido pequeñas modificaciones en virtud del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, de modificación del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 y que entró en vigor el día 30 de enero de 2007.

Para los demás parientes colaterales, la declaración de herederos se tramitará judicialmente, así como en cualquier supuesto en que exista contradicción o se sustancie en forma contenciosa y no voluntaria la declaración de herederos.

1. Competencia funcional.

La primera cuestión que se suscita es la relativa a la competencia funcional en la declaración. Respecto de los descendientes, ascendientes y cónyuge –o pareja estable en Navarra–, parece que la única declaración competente es la notarial. Algún autor opina que la declaración judicial

siempre sería posible porque la posibilidad de tramitación notarial lo es sin perjuicio de la judicial, es decir, sin merma de la competencia judicial, por lo que en última instancia quedaría a la elección de los interesados el acudir a la vía notarial o a la vía judicial.

Sin embargo, la mayoría de los autores entienden que la reforma de la LEC pretendió distribuir las competencias y descargar a los juzgados de este trámite que para los supuestos más cercanos de parentesco, como son la línea recta ascendente y descendente y el cónyuge o pareja estable, no debería plantear mayores problemas. Así si le corresponde la tramitación de la declaración a la vía notarial queda vedada la tramitación judicial. Esta solución también tiene su apoyo en la remisión a la vía judicial cuando se entabla contencioso sobre la declaración de herederos, de manera que establece una distinción en cuanto a la cuestión planteada: si es pacífica y no hay disputa, la vía es la notarial, como una simple certeza de los hechos determinantes del llamamiento sucesorio legal. Caso contrario o en los llamamientos colaterales, la vía será la judicial.

Pero en Navarra nos encontramos con la especialidad de los llamamientos a los bienes no troncales. A diferencia del CC, el orden de llamamientos no agota la línea recta, sino que comienza por los hijos, luego los hermanos, luego los ascendientes. Es frecuente en Navarra encontrarse con una sucesión en donde la competencia para la tramitación es notarial, luego judicial y luego notarial, ¿esto es posible?

El supuesto es más frecuente de lo que puede parecer a primera vista. Fallece un soltero navarro, sin descendientes, dejando hermanos y padres. Los herederos legales son los hermanos en primer lugar. En la familia existe común acuerdo para que los bienes que integran la herencia del hermano fallecido se adjudiquen a los padres. Podrían aceptar los hermanos. Pagar el impuesto correspondiente a los colaterales de segundo grado y formalizar una donación de los bienes a los padres. También es posible ceder la herencia a los padres, lo que implica la aceptación de la misma. También cabe la renuncia de todos los hermanos, de manera que el llamamiento hereditario pase al siguiente orden, a los padres y ascendientes.

La renuncia de los hermanos se puede formalizar en escritura pública y no es la cuestión de la declaración de herederos. Pero después de esta renuncia, ¿es competente el notario para autorizar el acta de herederos legales? Se podría argumentar que la competencia inicial es la judicial al fallecer el causante sin descendientes y con hermanos. Sin embargo, la competencia en la declaración deriva, no de los parientes del causante, sino de la designación de los herederos. De tal manera que, si los herederos declarados son los de competencia notarial, la declaración deberá tramitarse notarialmente, aunque sea por medio de una renuncia previa de los llamados en primer lugar.

La renuncia previa de los hermanos es un presupuesto que debe ser acreditado y que provoca el llamamiento a los padres. El acta notarial deberá dejar constancia de la renuncia previa como un presupuesto necesario para declarar herederos legales a los ascendientes. Se podría plantear en este caso, como en todos los llamamientos a los ascendientes, la cuestión de la troncalidad, puesto que para los descendientes no tiene lugar la distinción de troncalidad. Y en tal supuesto habrá que actuar conforme a las normas que regulan la sucesión en los bienes troncales.

En lo que aquí se refiere, sí se puede decir que, como la sucesión en los bienes troncales es sucesión universal, sería posible realizar una declaración de herederos para los bienes troncales y otra para los bienes no troncales o una para ambos, si fuera el caso. Claro que la declaración de herederos no distingue la cualidad de los bienes en un principio. Deberá ser la parte interesada quien alegue la diferenciación necesaria para modular la declaración hacia los bienes troncales o los no troncales.

Para el supuesto de existir ya una declaración de herederos respecto de los bienes no troncales y con posterioridad reclamar el nombramiento para los bienes troncales, la jurisprudencia navarra ha entendido que el auto firme de declaración de herederos anterior no provoca el efecto de cosa juzgada sobre peticiones posteriores relativas a los bienes troncales (SAT Pamplona 12 de agosto de 1940 y 5 de julio de 1944).

2. Competencia territorial.

En lo que se refiere a la concreta regulación legal para el trámite notarial hay que remitirse a la disposición del artículo 209 bis del Reglamento Notarial (RN), donde se detallan las siguientes reglas:

El notario competente es el del territorio correspondiente a la población donde hubiera tenido el último domicilio en España el causante, lo cual se acreditará con cualquier medio de prueba admitido, siendo preferente el domicilio consignado en el documento nacional de identidad del causante.

En lo referente a la competencia notarial, la última reforma notarial ha suprimido la división de los distritos notariales por zonas. De manera que el notario es competente para actuar en todo su distrito notarial, salvo en los municipios donde ya exista demarcada otra notaría. Por ejemplo, para la población de Obanos, que corresponde al distrito notarial de Pamplona, es competente el notario de Pamplona y también el de Puente la Reina.

Para el supuesto de que el causante no haya tenido domicilio en España, será competente el notario correspondiente al lugar del fallecimiento, y si hubiera fallecido en el extranjero y no tuviera domicilio en España será competente el notario del lugar donde se encuentren la mayoría de los bienes o de las cuentas bancarias.

3. Requirente con interés legítimo.

Se encuentra legitimada para formular el requerimiento inicial cualquier persona con interés legítimo. Este concepto de interés legítimo se distingue en el Derecho notarial como distinto del concepto de parte contractual o incluso de parte procesal. Interés legítimo implica un interés de quien solicita la intervención notarial que sea digno de protección y tutela a juicio del notario.

Se podría definir como el requirente que tiene relación con el asunto y con la declaración de herederos, bien a título personal y propio, bien a título de representación, legal o voluntaria. Y en este último supuesto, representación acreditada mediante el documento de poder o sólo manifestada.

Entra dentro del sentido común del notario el entender que el interés de un particular en una declaración de herederos es digno de protección. Ni la Ley ni el Reglamento ofrecen un concepto legal de lo que se pueda entender por *interés legítimo*, confiando al prudente juicio del notario su determinación en cada caso concreto. A modo de ejemplo, se puede decir que tendrá interés legítimo el o cualquiera de los herederos legales cuya declaración necesitan para formalizar la herencia del causante. También tendrá interés legítimo el representante legal o voluntario de los mismos, incluso el mandatario verbal o gestor de cualquiera de ellos y hasta los acreedores de la herencia, como un trámite de clarificación de derechos y obligaciones.

Por el contrario, no tendrá interés legítimo quien no acredite al notario ninguna relación o interés con la herencia de que se trate. De todo esto se puede concluir que el interés legítimo resulta ser un concepto amplio e indeterminado, pero sí determinable en cada supuesto y que presupone un principio de prueba de dicho interés para que el notario pueda formular un juicio de calificación de dicho interés.

4. Presupuestos fácticos.

El requirente de la intervención notarial debe acreditar al notario los siguientes presupuestos de hecho que justifican la declaración de herederos legales:

a) El fallecimiento del causante, mediante la certificación de su fallecimiento. Es preferible la certificación literal, puesto que ofrece datos de filiación y estado civil del difunto que forman el juicio notarial.

b) La inexistencia de testamento anterior mediante el certificado del Registro General de Últimas Voluntades. O bien, su existencia y la consiguiente ineficacia o nulidad del testamento anterior con la declaración judicial de nulidad.

c) La relación de parentesco de los herederos con el causante mediante el Libro de Familia del mismo o certificaciones literales del nacimiento y, en su caso, fallecimiento de los parientes en línea recta del mismo o del cónyuge. Todas estas certificaciones o testimonio de las mismas quedarán incorporadas al acta notarial.

d) Surge la dificultad de cómo acreditar los hechos negativos. Por ejemplo, que el causante no tuvo hijos, ni hermanos. El fallecimiento es un hecho positivo que se puede acreditar. Pero la inexistencia de hijos solamente se puede acreditar mediante la inexistencia de inscripciones de nacimiento en el Libro de Familia y con la declaración complementaria de los testigos, que ahora se verá.

5. Testigos.

El acta de notoriedad debe recoger la declaración de, al menos, dos testigos, porque podrían ser más testigos, que aseveren por conocimiento cierto y directo de los testigos o por notoriedad los hechos positivos y negativos antes referidos y que constituyen los presupuestos fácticos de la declaración de herederos legales.

Estos testigos pueden ser parientes del fallecido siempre que no tengan interés directo en la declaración. Surge aquí un posible conflicto de intereses entre el interés directo y el interés legítimo, que es el necesario para requerir la actuación notarial. Hay que entender que el requirente, por el solo hecho de serlo, no podrá actuar como testigo, ya que tiene interés directo en la declaración. Sin embargo, cualquier otra persona con interés legítimo para instar la declaración legal, pero que no fuera el mismo requirente, no tendría interés directo, por este solo hecho, y podría comparecer como testigo en el acta notarial.

6. Copia a los veinte días hábiles.

Para evitar la duplicidad de tramitaciones notariales dispone el RN que, al recibir el requerimiento, el notario comunique la iniciación del mismo mediante el envío de un parte al Decanato y al Registro General de Actos de Última Voluntad. De tal manera que, si ya se tuviere constancia de la iniciación de otro procedimiento referido al mismo causante, se comunicará al notario que hubiese iniciado el acta en segundo lugar para que suspenda la tramitación de la misma.

Asimismo, se dispone que, hasta que no transcurran veinte días hábiles desde la comunicación de la iniciación del acta, el notario no podrá expedir ningún tipo de copias del acta.

Este mismo plazo de veinte días hábiles es el señalado para formular

el notario su juicio de notoriedad en espera de cualquier eventual comunicación de suspensión que pudiera recibir.

7. Juicio de notoriedad.

Por fin, el notario declarará qué parientes del causante son los herederos *abintestato* –en realidad, herederos legales– del causante. Deberá indicarse las circunstancias personales de cada uno a los efectos de su posterior identificación y los derechos que por ley le corresponden sobre la herencia.

Por circunstancias de identidad se entiende las necesarias para la comparecencia de cada heredero: nombre y dos apellidos, mayoría de edad, estado civil, domicilio y documento nacional de identidad.

Por derechos se entiende la cuota hereditaria que le corresponde o el derecho de propiedad, usufructo o nuda propiedad sobre los bienes.

VII. Personas excluidas (Ley 301)

En la actualidad solamente quedan excluidas de la sucesión legal las personas que en vida del causante o después de su muerte hayan renunciado a su derecho a suceder. Esto es una manifestación más del principio de renunciabilidad (Ley 9) o de renuncia a la herencia futura que se manifiesta en las Leyes 155, 156 y 172 en claro contraste con la regulación común. Se distingue en el FN a las personas excluidas, que serían las que voluntariamente han renunciado a la herencia, de las personas indignas (Ley 153 que se remite al art. 756 CC), que serán aquellas a las que la ley no permite suceder.

La renuncia de la herencia comprende a los renunciantes y a sus descendientes, conforme a la Ley 311, de manera que los descendientes también renuncian a la herencia por virtud de la renuncia de su ascendiente. No ocurre así en la indignidad sucesoria ni en la desheredación.

A semejanza del CC, para el supuesto del artículo 1.009, se entiende que el llamado por testamento que renuncia, renuncia también *abintestato*, mientras que el llamado *abintestato* si renuncia y luego conoce el llamamiento testado puede aceptar todavía; en la Ley 316 se establece el mismo principio, de manera que el que renuncia a la sucesión legal también renuncia a la voluntaria, a no ser que ignorase el llamamiento.

La autora BARBER CÁRCAMO (3) se plantea el supuesto de la exclusión voluntaria de la sucesión legal por el causante respecto de determina-

(3) BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: *Comentarios...*, Edersa, tomo XXXVII, volumen 2.º, Madrid, 2001, p. 1182.

das personas. Por ejemplo, el causante que quiera excluir a los parientes no matrimoniales o el que quiera excluir a determinada rama colateral para excluir la sucesión troncal.

En primer lugar hay que señalar que no se trata de una desheredación. En Navarra no hay legítima material y por tanto no hay desheredación en ese sentido. Tampoco existe una causa necesaria que justifique la desheredación, sino que lo que existe es la voluntad del causante de excluir de su sucesión legal a determinadas personas.

La exclusión realizada por el causante es admisible en el FN. Primero por el principio de libertad civil que se basa en la libertad del causante. Esta libertad existe aunque se haya manifestado en forma negativa –que no hereden tales parientes–. Segundo, porque los llamamientos sucesorios no son de orden público, de manera que la finalidad de la norma se cumple con que exista un sucesor de los bienes, pero no todos los legales ni por ese mismo orden. A falta de voluntad del causante, se cumplirá íntegra la ley, pero ante su voluntad la ley es supletoria, sólo en lo que falte. Lo que no sería posible es ordenar la apertura de la sucesión legal sin designar sucesor. El llamamiento a los pobres o a obras de beneficencia cumpliría esta finalidad, pero es distinto de la exclusión de la sucesión legal.

Lo mismo cabría decir respecto de la exclusión de determinada rama de parientes. La sucesión troncal es una sucesión legal. Por tanto, goza de los caracteres de la misma, tales como el ser supletoria (en defecto de) y ser dispositiva (en lugar de). Si el causante puede disponer libremente de sus bienes nombrando un heredero e impidiendo que tenga lugar la sucesión troncal, con mayor motivo podrá modalizar la troncalidad a favor de sólo cierta rama de parientes.

Cuestión distinta es la de las reversiones troncales (Leyes 116 y 279), que no son sucesión legal, sino reversión de bienes por ministerio de la ley y de carácter imperativo para el causante, por cuanto quedan excluidos de su propia herencia.

También es de tener en cuenta que en el FN se admiten como compatibles la sucesión voluntaria con la legal (300) y la validez de disposiciones sucesorias sin nombramiento de heredero (215).

Sin embargo, la admisión de la exclusión voluntaria no permite sobrentender lo contrario, la institución hereditaria a favor de los no excluidos. Esto no, los no excluidos siguen siendo herederos legales que serán llamados por su orden y grados de parentesco, aunque, eso sí, salvando a los excluidos.

Sin embargo, se plantea el problema de los excluidos en virtud de testamento que luego deviene ineficaz o nulo por otra causa, por ejemplo, por defectos formales. Al ser declarado nulo el testamento, ¿se debe mantener la exclusión realizada o también queda sin efecto la misma? Si se

atiende a un caso parecido, como es la preterición de un legitimario, la Ley 271 señala que el efecto es la nulidad de la institución de heredero, pero deja a salvo las demás instituciones. Y establece que sólo está legitimado para ejercer la acción de impugnación el legitimario preterido. Es una manera de confirmar que los legitimarios instituidos en la legítima ya no tienen nada que reclamar de la herencia, ni aún de la sucesión legal. Aunque esto parece un poco exagerado, no se declara la nulidad del testamento, sino solamente la nulidad de la institución de heredero.

Por analogía, podría decirse que la exclusión realizada por el testador en un testamento que deviene ineficaz por defectos formales se mantiene a los efectos de excluir de la sucesión legal a los excluidos en el testamento ineficaz. Aunque habría que matizar hasta dónde alcanza la nulidad del testamento.

La delación sucesoria no se produce a favor de los parientes excluidos. Pero, ¿se produce la delación a favor de los descendientes de los excluidos?, ¿opera el derecho de representación? Conforme a la Ley 308 FN, el derecho de representación procede cuando el ascendiente no fue llamado a una herencia por premoriencia o incapacidad. La exclusión, ¿es un supuesto análogo a la incapacidad? En sentido afirmativo se expresan autores como CASTÁN, LACRUZ-SANCHO y CÁMARA LAPUENTE, citado por BARBER CÁRCAMO (4). En el artículo 23 de la Ley de Sucesiones de Aragón se admite la sustitución en la sucesión legal para el supuesto de la exclusión absoluta.

VIII. Reversión (Ley 302)

La justificación de esta ley, así como de la Ley 303, referida a la reserva, se explica por la diferencia sistemática de la reserva y la reversión de la sucesión troncal. Diferencia que no ha estado siempre clara en la doctrina y en la jurisprudencia. Respecto de la troncalidad, se ha entendido que se trata de una institución que tiene por objeto “devolver” los bienes al tronco de origen. Y esto es verdad en cierta medida, pero necesita matizaciones.

La reserva y la reversión de bienes también tienen como fundamento común el que los bienes vuelvan al tronco en determinadas circunstancias en el caso de la reversión y el que no se alejen del tronco familiar en el caso de la reserva. Pero existe una gran diferencia. En la sucesión troncal estamos en presencia de una sucesión legal, por tanto, involuntaria; por tanto, supletoria de la voluntad presunta para el legislador del causante que fallece sin disponer de sus bienes.

(4) BARBER CÁRCAMO: ob. cit., p. 1195.

En este caso, si fallece un causante sin disponer de sus bienes y no tiene descendientes y los bienes son de cierto abolengo o historia familiar, deberán volver al tronco familiar de donde vinieron. Esto no se opone a que el causante, como propietario de dichos bienes, puede disponer de otro modo de los mismos, en vida o por causa de muerte y tal disposición sea válida. Pero si no dispone voluntariamente de ellos, la ley aplica la troncalidad.

Es distinto el supuesto de la reversión. La reversión es imperativa para el donatario (ej., padres donan a su hija soltera el piso, se casa y fallece sin descendientes, el piso revierte, no sucesión legal). Utilizar la expresión de reversión para referirse a troncalidad responde a una aproximación muy simplista de ambas instituciones, que se centra exclusivamente en la idea de mantener los bienes en la familia, porque sólo en un sentido de aproximación se pueden referir ambas instituciones a que los bienes no salgan de la familia.

Además, la reversión tampoco es una figura única. En la reversión de las donaciones *propter nupcias* se encuentran dos figuras distintas: la reversión de bienes o recobro por el donante cuando el donatario ha muerto sin descendientes y le sobrevive el donante, y la devolución sucesoria a favor de los herederos legales del donante cuando le hubiera premuerto al donatario.

A) Bienes troncales y bienes revertibles.

Tampoco son idénticos los bienes troncales y los bienes revertibles, aunque puedan obedecer a una misma idea. Bienes troncales son los que se incluyen en la sucesión legal troncal con las consecuencias que de ello se derivan: que el heredero es sucesor universal. Lo contrario sucede con los bienes revertibles, no se integran en la masa hereditaria porque quien los recibe no es heredero, sino el beneficiario de la reversión, que será el propio donante normalmente.

Los bienes troncales son inmuebles, mientras que los bienes revertibles (Ley 279) son todos los que se reciben por donación de un ascendiente, muebles e inmuebles. Pero además, para que proceda la reversión, es necesario que el donante sobreviva al donatario y que éste fallezca sin descendencia.

Incluso en el supuesto de reversión de la Ley 116, la reversión tiene un concepto más amplio, puesto que no exige que el donante sea ascendiente del donatario y la reversión también abarca todo tipo de bienes donados, muebles e inmuebles. Incluso en este supuesto existirá reversión aunque el donante no sobreviva al donatario, porque tendrá lugar la reversión (devolución sucesoria) a favor de los herederos legales del donante (Ley 116-3).

B) Reversión y devolución sucesoria.

Según expone GARCÍA-GRANERO (5), la razón de la reversión es excluir los bienes donados *propter nupcias* de los injustos resultados de la troncalidad. Al ser bienes procedentes del tronco familiar, si el descendiente fallecía sin posteridad, le heredarían en primer lugar los hermanos, quedando los ascendientes excluidos de la sucesión en unos bienes que precisamente procedían de los mismos ascendientes. Para evitar esto se dispone el retorno de los bienes donados a los ascendientes. Pero si, por el contrario, el ascendiente hubiera fallecido, entonces no tenía lugar la reversión de los bienes, sino que operaba la troncalidad en la sucesión legal de los bienes a favor de los parientes más cercanos de la línea de procedencia de los bienes.

Así se entiende que la reversión no es una variante de la troncalidad, sino que más bien es una excepción a la troncalidad de los bienes a favor de los donantes de los mismos.

Pero la llamada reversión de la Ley 116 en sus dos variantes de reversión, como recobro de donación y como devolución sucesoria, da lugar a una sucesión a título particular, nunca como heredero, aunque en el segundo caso sean llamados los herederos legales. En este último caso, a su vez, los herederos legales serán por el orden troncal o no troncal, según que los bienes en cuestión sean troncales o no troncales.

IX. Reserva (Ley 303)

El primer fundamento de esta ley –al igual que la ley anterior sobre reversión– es señalar que los bienes sujetos a reserva quedan excluidos de la herencia del causante y, por tanto, no rigen para dichos bienes las normas sobre la sucesión legal. Tampoco rigen las normas sobre la sucesión voluntaria porque son bienes excluidos de la disponibilidad del causante.

Como la reversión, la reserva puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles, a diferencia de la troncalidad sólo sobre inmuebles. Pero la reserva, a diferencia de la reversión, es imperativa para el reservista, ya que su aplicación sólo puede ser renunciada por los reservatarios. La reserva tiene una marcada nota de norma imperativa, como una limitación a la libertad de testar del reservista.

En cuanto a la llamada reserva troncal, suprimida por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, aunque esta reserva puede tener lugar en sucesiones abiertas

(5) GARCÍA-GRANERO, Juan: "Comentario a la Ley 116", en *Comentarios...*, Edersa, Madrid, 1995, tomo XXXVI, volumen 2.º, pp. 464 y ss.

antes de entrar en vigor la reforma (v. disps. trans. 2.^a y 3.^a de la LF 5/1987). Se trata de causantes fallecidos antes del día 1 de marzo de 1973, cuyos herederos legales fueron declarados con auto firme, conforme a las disposiciones del Código Civil, es decir, sin aplicar el principio de troncalidad navarro. Se articula de forma parecida a la reserva lineal del artículo 811 del CC.

X. Sucesión en los bienes no troncales (Ley 304)

La sucesión legal en bienes no troncales se rige por el sistema de *llamamientos*, que tienen un determinado orden, de manera que no se llama a todos los parientes, sino a los del primer llamamiento y este llamamiento excluye a los posteriores llamamientos. Si no existen parientes de un llamamiento se acude al siguiente llamamiento de parientes en el orden legal establecido.

La primera singularidad del régimen foral en este punto, aparte del régimen de bienes no troncales, es el orden de llamamientos en el cual los hermanos preceden a los ascendientes y hasta al cónyuge o pareja estable del causante. La explicación de esta precedencia de los hermanos la explican los autores como SANTAMARÍA ANSA en la finalidad legal de conservación de la Casa –explotación familiar–. Se supone que los hermanos se encuentran en mejor disposición de continuar las labores de la Casa que los ascendientes mayores y otros parientes más alejados. Sin embargo, esta finalidad no evita el que la Casa se pueda dividir como consecuencia de la existencia de varios hermanos que suceden al causante, cosa que no ocurre en la sucesión voluntaria, donde se ha suprimido la legítima material y se permite concentrar en un solo heredero el ser continuador de la Casa.

El sistema legal de sucesión distingue dos tipos de bienes: los troncales, que son los bienes que, además de ser inmuebles, tienen una procedencia familiar y los bienes no troncales, que son todos los demás por exclusión. Pero esta división de los bienes tiene como presupuesto inicial el que el causante fallezca sin haber dispuesto de sus bienes y además que fallezca sin descendientes, pues en este caso los herederos son los descendientes y no tiene lugar la distinción entre bienes troncales y no troncales.

Los bienes no troncales se definen por exclusión, son los *no-troncales*.

Dentro de los sucesores legales se distinguen tres clases, según el vínculo que les une con el causante: los parientes (parentesco), el cónyuge (matrimonio) y la Comunidad Foral (poder estatal). Sin embargo, estas clases no coinciden con el orden de llamamientos, pues el cónyuge se entremez-

cla con los parientes que pueden serlo por consanguinidad (matrimonial o no matrimonial) o por adopción.

Respecto de la adopción hay que señalar que la adopción plena surte los mismos efectos que la filiación (Ley 73) y, ante la duda de si el adoptado se integra en la familia del adoptante o sólo como hijo del adoptante, se puede decir que al desaparecer la expresión de padres adoptantes se debe entender que al hijo adoptado le suceden todos los ascendientes de la familia del adoptante, en la que queda integrado plenamente.

Los órdenes sucesorios son las líneas de parentesco en virtud de las cuales se llama a la herencia. Son las líneas descendiente, ascendiente y colateral. En principio, un orden sucesorio excluye a los demás, pero esto sólo se cumple con el de descendientes, que excluye a las demás líneas. Sin embargo, cuando son llamados los colaterales y los ascendientes se entremezclan. Primero los hermanos que son colaterales y luego los ascendientes y luego los restantes colaterales. Por estas razones, se puede decir que la proximidad de grado de parentesco en Navarra queda muy relativizada, puesto que se mezclan otros órdenes sucesorios.

Además hay que tener en cuenta el derecho de acrecer (312), que impide que se llame al orden sucesorio siguiente si queda al menos un heredero del orden anterior en quien se acrecienta toda la herencia.

También hay que tener en cuenta el derecho de representación (308), que se admite con mucha amplitud cuando el pariente llamado ha premuerto al causante o incapaz de sucederle. Sin embargo, la representación no actúa en los supuestos de renuncia (311). Pero la desheredación de un ascendiente no excluye la representación de los descendientes (311).

También hay que tener en cuenta el derecho de transmisión (317), por la cual se transmite el *ius delationis* a los herederos del transmitente.

A) Llamamiento a los hijos y sus descendientes.

La Ley 304 llama en primer lugar a los hijos, ya sean matrimoniales o no, adoptados en forma plena, por partes iguales y con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes.

Por tanto, heredan todos los hijos del causante sin distinción de origen y excluyendo a los demás parientes. Es el primer llamamiento y merece la pena señalar lo siguiente:

1) La ley llama a los hijos, no a los descendientes. Esto quiere decir que a los demás descendientes sólo los llama de una manera indirecta por medio del derecho de representación. De tal manera que los nietos siempre van a heredar por estirpes, nunca por cabezas. Si hubieran premuerto todos los hijos del causante dejando nietos, los nietos heredarán en la

estirpe de su padre premuerto y no por cabezas. Luego, dentro de la estirpe, sí heredarán por cabezas (310). (Un causante tiene tres hijos que le premueren. El hijo A deja dos nietos, B deja un nieto y C deja cuatro nietos. En total, el causante tiene siete nietos. No heredan los nietos por séptimas partes indivisas, sino cada estirpe en un tercio.)

2) Cuando los hijos renuncian a la herencia no tiene lugar el derecho de representación. Al renunciar todos los hijos, se podría plantear si se llama a los descendientes de ulterior grado (dentro del mismo orden de los descendientes). No es así en el FN porque lo impide la Ley 311. Sin embargo, en el ámbito del CC, el artículo 923 nos lleva a la solución contraria, puesto que, renunciando todos los parientes más próximos, se llama a los de grado ulterior. Pero en Navarra no. Se llamaría a los parientes del siguiente orden: los hermanos.

3) Sin embargo, si renuncian a la herencia todos los hijos menos uno tiene lugar el acrecimiento a favor del aceptante, que quedaría como único heredero, no teniendo lugar el llamamiento al orden de suceder siguiente.

Cuestión distinta es la renuncia de los hijos nombrados herederos en la sucesión testada. En este supuesto puede tener lugar el derecho de sustitución vulgar a favor de los descendientes y puede que no se exceptione la renuncia del heredero. De tal manera que, renunciando el hijo, sean llamados como sustitutos vulgares los nietos (Ley 223).

B) Llamamiento a los hermanos.

El llamamiento a los hermanos después de los hijos del causante es una singularidad del Derecho navarro y que tiene como notas especiales las siguientes: 1) la postergación de los ascendientes, 2) la preferencia, de origen romano, del vínculo doble sobre el vínculo sencillo, y 3) la existencia de derecho de representación a favor de los descendientes de los hermanos, es decir, el derecho de representación en la línea colateral.

1) *La postergación de los ascendientes.*

La primera nota característica del llamamiento a los hermanos es que los ascendientes quedan postergados en el orden de suceder legal en los bienes no troncales. Por ascendientes a estos efectos se entienden los que lo son en sentido estricto, es decir, los parientes del causante en línea recta ascendente. Los demás ascendientes colaterales son llamados como tales colaterales y en un lugar posterior a los propios ascendientes, pero también posterior a los hermanos, que son colaterales de primer lugar.

Esto es una manifestación del principio de troncalidad, que prefiere a la familia del tronco antes que a los ascendientes, que son de dos líneas distintas por definición. El FN podría haber referido esta preferencia sólo respecto de los bienes troncales; sin embargo, lo lleva a sus últimas consecuencias y la aplica también en esta sede de los bienes no troncales. Parece una medida excesiva para la razón de la familia actual y la economía familiar al uso.

Esta preferencia se explica por la concepción patrimonial de la familia y del derecho sucesorio. Sirve para mantener unido el patrimonio familiar y evitar que, volviendo a los padres, se divida en dos líneas y luego por fallecimiento de los padres se vuelva a dividir entre los hermanos otra vez, multiplicando la propiedad.

Sin embargo, si esas razones podrían tener un sentido en una familia extensa integrada por varias generaciones y constituida alrededor de un patrimonio familiar agrícola o industrial como fuente de mantenimiento económico de la familia, hoy no responde a la realidad. El hijo de familia soltero que fallece siendo propietario de una vivienda en Barañáin tiene como herederos legales a sus hermanos y sobrinos, con exclusión de sus padres. Donde como luego se verá, la representación a favor de los sobrinos posterga aún más a los ascendientes respecto de los hermanos.

Así pues, para el FN de 1973, en los bienes no troncales tras los hijos y sus descendientes heredan los hermanos del causante, con preferencia para los de vínculo doble respecto del vínculo sencillo, con derecho de representación a favor de sus descendientes en ambos casos, y tras ellos heredan los ascendientes y sólo después el cónyuge viudo o pareja estable y los demás colaterales.

2) *La preferencia del doble vínculo.*

Lo primero que se debe señalar es que el vínculo es doble o sencillo cuando estamos hablando de hermanos y de la relación entre hermanos, como es el caso en que un hermano es llamado a la herencia de otro hermano que es el causante. Doble vínculo quiere decir hermano del mismo padre y de la misma madre. Mientras que vínculo sencillo quiere decir hermano sólo de padre o sólo de madre.

No se puede decir esto de un hijo en relación a su padre. Los hijos no son de vínculo doble o sencillo, sino que siempre son de vínculo único o directo respecto de su padre. Es la filiación. Por tanto, aunque el causante se haya casado varias veces, todos sus hijos son de vínculo único respecto del causante: son sus hijos.

La Ley 304 prefiere a los hermanos de vínculo doble sobre los sencillos, de manera que sólo si no existen o han renunciado todos los herma-

nos de doble vínculo son llamados a la herencia los de vínculo sencillo. Pero aún más. Se concede el derecho de representación que ahora veremos y esta postergación hay que ampliarla para el caso de que no existan hijos de hermanos –sobrinos del causante– o descendientes de los mismos hermanos premuertos –sobrinos-nietos del causante–, todos los cuales excluyen de la herencia a los hermanos de vínculo sencillo.

3) *El derecho de representación en la línea colateral.*

El derecho de representación se admite a favor de los descendientes de los hermanos premuertos, tanto de los de vínculo doble como de los de vínculo sencillo, hasta el cuarto grado, a contar del propio causante, como dispone la Ley 309.2.

En este punto, el FN se aproxima al CC, donde también se admite el derecho de representación a favor de los hijos de hermanos, pero de una manera relativa porque existen diferencias.

a) En Navarra, al igual que respecto al llamamiento de los hijos y nietos, los sobrinos heredan por estirpes, nunca por derecho propio. De manera que, concurriendo sólo sobrinos a una herencia, se debe dividir por estirpes y dentro de cada estirpe por cabezas entre los integrantes de la misma.

b) En Navarra, el derecho se prolonga hasta el cuarto grado, que incluye a los sobrinos-nietos del causante, mientras que en el CC se detiene en los sobrinos (art. 925).

c) En Navarra y en el CC se concede este derecho tanto a los descendientes de los hermanos de doble vínculo como del sencillo. Sin embargo, los efectos son muy distintos, porque en el CC los hermanos son llamados todos a la vez: los de vínculo doble reciben doble porción que los de sencillo (art. 949) y con derecho de representación, mientras que en Navarra los de vínculo doble son llamados excluyendo a los de vínculo sencillo. Esto quiere decir que en el CC siempre heredan los de vínculo sencillo, menos porción, pero siempre heredan. En Navarra, mientras exista un sobrino-nieto de doble vínculo del causante, los hermanos de vínculo sencillo quedan excluidos.

Por último, recordar que, al igual que para los hijos del causante, los llamados a la herencia son los hermanos, no los colaterales. De manera que, si renuncian todos los hermanos del causante, no son llamados los sobrinos, ni actúa el derecho de representación (Ley 311) y son llamados a la herencia los parientes del siguiente orden sucesorio, que son los ascendientes.

d) Parece que la Ley 304.2 sólo se refiere al derecho de representación para el supuesto de premoriencia del hermano del causante y no para el supuesto de incapacidad de suceder. Sin embargo, la doctrina no ve en esta omisión ninguna especialidad, sino una norma general que se completa con la Ley 308, que regula la representación.

C) Llamamiento a los ascendientes.

El llamamiento a los ascendientes se rige en primer lugar y sin excepciones por la proximidad de grado. Los ascendientes más próximos excluyen a los más remotos o posteriores. Los padres del causante excluyen a los abuelos. La madre excluye a los abuelos paternos.

Dentro del mismo grado, la herencia se divide por partes iguales, aunque esto sólo es predicable respecto de los padres del causante, donde el mismo grado está compuesto por dos herederos (padre y madre). Por esto, la ley dice que la herencia se divide por mitad para cada línea y dentro de cada línea por partes iguales. Es decir que, a partir del segundo grado ascendente (los abuelos), la herencia se divide por mitad entre abuelos paternos y abuelos maternos y dentro de cada línea por partes iguales. Si sobreviven al causante el abuelo paterno y los dos abuelos maternos, el paterno recibe una mitad de la herencia y cada uno de los maternos una cuarta parte.

Para el supuesto de renuncia de alguno de los llamados tiene lugar el acrecimiento, pero, conforme a la Ley 314.2, se dará dentro de cada línea y por inexistencia se pasará a la otra. En el ejemplo anterior, si renuncia la abuela materna, acrece su cuarta parte al abuelo materno. Pero si renuncia el abuelo paterno, su mitad acrece a los dos abuelos maternos por mitad entre ellos.

Adopción. Respecto de la adopción, se plantea si dentro de los ascendientes se encuentran incluidos los padres y demás ascendientes adoptantes o sólo los padres adoptantes, pero no los ascendientes de estos padres adoptantes. Como ya se ha explicado, se entiende que la adopción integra al adoptado en la familia del adoptante plenamente, de manera que a la herencia del adoptado son llamados sus ascendientes adoptantes, con exclusión de los ascendientes biológicos.

Padres no reconocidos. Se refiere a los padres de la Ley 72, respecto de los cuales hubiera quedado determinada la filiación contra su oposición o por condena. Estos padres quedan excluidos de la sucesión legal, pero se plantea si serán llamados los ulteriores ascendientes. Parece que sí serán llamados los ulteriores ascendientes que no quedan excluidos de la sucesión, porque la sucesión legal no se basa en el afecto, o el trato social. Sin embargo, en este supuesto no existe un derecho de represen-

tación, que no existe, sino del llamamiento del siguiente grado de parentesco dentro del orden de los ascendientes.

D) Llamamiento al cónyuge o pareja estable.

En la regulación del FN, la preocupación por el cónyuge viudo se orienta más hacia la atribución legal del usufructo de fidelidad antes que la atribución de bienes en propiedad. El llamamiento como heredero legal es reciente y no tiene antecedentes históricos.

Esto es consecuencia de una concepción concreta de la familia como un linaje o grupo de parientes, donde el cónyuge no es un pariente y se considera de menos interés que obtenga bienes en propiedad.

Además, no hay que olvidar la práctica general de otorgar testamento de hermandad entre cónyuges, que lleva consigo el que voluntariamente sea heredero el viudo. Quizá el FN tiene esto en cuenta para postergar al viudo en la sucesión legal. Sin embargo, la corriente actual es contraria a esta concepción y el viudo cada vez más se antecede en los llamamientos sucesorios legales en virtud de una concepción nuclear o reducida de la familia.

E) Llamamiento a los demás colaterales.

Este llamamiento se integra por los parientes colaterales no comprendidos como hermanos o descendientes de hermanos en los números 2 y 3 de la Ley 304. No tiene más limitación que el grado sexto de parentesco colateral. Por tanto, comprende a los descendientes del abuelo del causante –tíos e hijos de los tíos, que son los primos– y también comprende a los descendientes del bisabuelo del causante –tíos-abuelos y sus descendientes–. Es decir, el llamamiento a los colaterales es muy amplio y, sin duda, no puede estar basado en el afecto familiar, sino en razones de unificación de los bienes en la familia.

En este llamamiento rige el principio de proximidad de grado. No existe derecho de representación. El grado más próximo excluye al más remoto. No se distingue entre líneas, ni entre vínculo sencillo o doble. En caso de igualdad de grado, se divide por cabezas en partes iguales y no por estirpes. Por ejemplo, un tío-abuelo del causante y un primo hermano, hijo de un tío, son ambos parientes colaterales del cuarto grado.

F) Llamamiento a la Comunidad Foral de Navarra (CFN).

Aunque el llamamiento a la CFN tiene antecedentes históricos, algún autor, como GUILARTE ZAPATERO, se ha cuestionado su constitucionalidad

porque supone suplantar al Estado como último heredero de los bienes conforme a la Ley de Patrimonio del Estado, en cuanto titular de la soberanía, título que justifica la atribución última de los bienes. Soberanía de la que carece la CFN. Sin embargo, en todas las autonomías donde se ha desarrollado el derecho civil se ha ido admitiendo que sea la propia comunidad autónoma la última titular del derecho hereditario y hoy es una cuestión admitida pacíficamente.

No obstante, se debe tener en cuenta que el heredero es la CFN, pero basado en el Derecho civil privado y no por ningún título administrativo o de Derecho público. Sin embargo, no son herederos las instituciones finales a quien se entreguen los bienes o su destino, puesto que este reparto se rige por el *Derecho administrativo propio de Navarra*.

La adquisición de los bienes por la CFN se regula por la Ley Foral 17/1985, de 27 de septiembre, del Patrimonio de Navarra, que en su artículo 13 contempla la sucesión abintestato (*sic*) de la Comunidad Foral. En cuanto al procedimiento administrativo aplicable a esta sucesión se establece en el Decreto Foral 166/1988, de 1 de junio (BON de 8 de julio de 1988).

La condición de ser este llamamiento el último ha hecho plantearse a la doctrina la posibilidad de ser renunciado, porque sería tanto como permitir que los bienes quedasen sin dueño y abandonados. La Ley 316 permite sostener que quien renuncia a una herencia voluntaria queda excluido de la sucesión legal. Y la CFN puede renunciar a una herencia y hasta así se prevé en la *Ley de Patrimonio de Navarra*.

Sin embargo, como antes ya se vio al comentar la exclusión voluntaria de sucesores legales, no se puede admitir que una herencia quede sin ningún sucesor precisamente porque funciona como cierre de todo el sistema sucesorio. Además hay que tener en cuenta que la Ley 318 limita la responsabilidad de la herencia al importe de los bienes hereditarios.

En cuanto al procedimiento para proceder por la CFN no dice nada el FN y se tienen que seguir las normas administrativas navarras que resultan del DF 166/1988, de donde resulta que el Departamento de Presidencia e Interior debe acordar que se inste la declaración judicial de heredero de la CFN y, una vez obtenida, el Departamento de Economía y Hacienda solicitará al Juzgado la entrega de los bienes. Recibidos los bienes se publicará un anuncio en el BON para que las instituciones que se consideren con derecho a beneficiarse de la herencia formulen las alegaciones pertinentes.

XI. La sucesión troncal

A) Concepto de troncalidad.

La sucesión troncal se encuentra en las primeras fuentes de Derecho navarro. Los ejes primordiales de la misma es que se trata de una sucesión legal, donde el causante no haya dispuesto de sus bienes, por tanto, involuntaria. Que no existan descendientes del causante que serían los primeros sucesores y que los bienes sean inmuebles.

La troncalidad es un rasgo propio de ordenamientos jurídicos con una concepción comunitaria y patrimonial de la familia. Aunque los bienes pertenezcan a una persona determinada, el grupo familiar puede intervenir para evitar que los bienes salgan del círculo familiar si su titular no ha dispuesto voluntariamente de ellos.

BARBER CÁRCAMO asume la definición de troncalidad de BRAGA DA CRUZ, que dice: "El derecho de troncalidad es una regla de devolución sucesoria, aplicable sólo en la sucesión legal de quien muere sin descendientes, y según el cual los bienes poseídos por el de *cuius* con la cualidad de propios deben ser atribuidos exclusivamente a los parientes del mismo lado del que proceden".

Pero la dificultad del concepto estriba en que no se trata de un concepto único ni en el espacio ni en el tiempo, por cuanto varía el concepto de bienes troncales, de parientes troncales y de la misma troncalidad de unas legislaciones a otras.

Con la promulgación del FN en 1973 se regula la troncalidad como una sucesión legal que tiene como principal efecto el de fragmentar la sucesión legal del causante al poder diferenciar dentro del patrimonio hereditario hasta dos masas patrimoniales. Una, la no troncal, integrada por todos los bienes muebles y los inmuebles no troncales. La segunda, troncal, integrada por los bienes troncales. Esta segunda, a su vez, se vuelve a dividir en dos posibles masas por la línea materna y la línea paterna.

La sucesión troncal tiene por finalidad adjudicar los bienes a un sucesor perteneciente a la familia de procedencia de los bienes. Esto sólo puede tener lugar si el causante fallece sin descendientes. En los descendientes siempre convergen las dos líneas de procedencia de los bienes. De manera que la división de los bienes por las líneas de procedencia sólo tiene lugar cuando no existen descendientes llamados a la sucesión, bien por inexistencia, por premoriencia o por indignidad sucesoria o por renuncia.

B) Carácter universal de la sucesión troncal.

La fragmentación de la masa hereditaria en troncal o no troncal sigue unos criterios distintos. La no troncal refiere llamamientos personales, en los que sólo se atiende a la relación de parentesco o matrimonio con el causante. La troncal, por el contrario, se refiere a una relación además real por cuanto los parientes llamados además deben pertenecer a la línea de procedencia de los bienes.

Esto puede llevar a sostener que la sucesión troncal no es universal por cuanto falta la idea de llamamiento a la totalidad de la masa hereditaria. Sin embargo, la universalidad no se opone a troncalidad, sino a sucesión particular. La troncalidad hace referencia a diferenciación de los bienes, no de la cualidad de heredero.

También en el sistema romano y personal de deferir la herencia se podría entender que el heredero no es universal cuando son varios los llamados. No es así, son universales todos ellos, aunque limitado entre sí su llamamiento a su cuota. Iguaes razones se pueden entender en la sucesión troncal. El heredero troncal es a título universal, no es un legatario, ni un sucesor a título particular de unos bienes. Es un heredero, pero compatible con otro heredero también universal, aunque sobre los bienes no troncales.

Así pues, los herederos troncales y no troncales son coherederos, aunque de distintos grupos de bienes y entre ellos habrá que entender aplicable el derecho de acrecer sólo dentro de cada grupo y en la forma establecida por la Ley 312. Por esta razón, al final de los llamamientos troncales se remite la Ley 307 a la Ley 304: ante la inexistencia de parientes troncales sucederán en los bienes troncales los parientes no troncales de otra línea de procedencia de los bienes.

Por tanto, por el carácter universal de la sucesión troncal, por el carácter de heredero y coheredero del sucesor troncal, se puede decir que la sucesión troncal no es una sucesión especial o excepcional de los bienes, sino la manera ordinaria de ordenar el llamamiento a los bienes relictos con arreglo a los criterios de la troncalidad y no a los criterios del simple parentesco.

C) Responsabilidad de los herederos troncales.

Si el heredero troncal es heredero y a título universal la pregunta siguiente es en qué medida responde de las deudas del causante. Ante esta situación se deben plantear tres cuestiones: 1) si responde de las deudas de la herencia, 2) cómo se distribuye la responsabilidad entre el heredero troncal y no troncal (de cuánto responde cada uno), y 3) cómo se divide la deuda entre los coherederos.

1) El heredero troncal responde de las deudas del causante de la misma manera que el heredero no troncal. Históricamente, el sucesor respondía de las deudas hereditarias primero con los bienes muebles, luego con los inmuebles adquiridos y en último lugar con los inmuebles troncales. Ante el silencio legal, se debe entender que el heredero troncal responde de las deudas de la herencia al igual que el no troncal. Frente a los acreedores de la herencia, todos los bienes que integran la herencia del causante constituyen una sola masa de bienes que responde de todas las deudas.

2) El heredero troncal responde de las deudas de la herencia en proporción a los bienes recibidos. El Derecho navarro no contiene ninguna norma que asigne o adjudique deudas u obligaciones respecto de masas o grupos de bienes, por troncales y no troncales. De esta manera, hay que concluir que la manera de responder de cada heredero será proporcional a los bienes recibidos, porque este criterio de reparto es el que guarda la igualdad entre los herederos universales.

3) Y en cuanto a cómo responde el heredero, su responsabilidad queda limitada a su parte de herencia. No existe la solidaridad pasiva de herederos frente a los acreedores de la herencia. Ante la falta de norma legal, no se puede establecer la solidaridad pasiva de los herederos y hay que entender que las deudas hereditarias se dividen en tantas partes como herederos haya. De manera que la responsabilidad del heredero es limitada a los bienes recibidos y proporcional a su parte.

Siempre, conforme a la Ley 318, la responsabilidad será *intra vires* hasta donde alcance el valor de los bienes recibidos.

XII. Bienes troncales (Ley 306)

A) Bienes inmuebles.

La Ley 306 comienza definiendo los bienes troncales. Les atribuye una serie de requisitos, de manera que delimita los bienes troncales. Esta delimitación es importante, porque la sucesión troncal es la que se refiere sólo a estos bienes, mientras que la no troncal se refiere, por exclusión, a los demás bienes del causante.

La primera nota de los bienes troncales es que sean inmuebles. De manera que ya quedan excluidos los bienes muebles de la sucesión troncal. Sin embargo, la definición de inmueble no la proporciona en este capítulo, sino que hay que acudir a la Ley 347, donde se refiere a los bienes inmuebles. Allí se definen los inmuebles por naturaleza (finca), por incorporación (lo unido a la finca de manera inseparable) y por destino (los

bienes muebles accesorios que se destinan al servicio de un inmueble por naturaleza). También tienen la consideración de inmuebles los derechos inmobiliarios o inmuebles por analogía (derechos sobre las fincas).

Así se incluyen en la sucesión troncal no sólo las fincas, sino también los aperos y maquinaria para su labranza. Lo mismo cabría decir de una explotación industrial que sea troncal respecto de los accesorios y bienes destinados a la misma. También es aplicable esta clasificación a los bienes urbanos, pues la ley no distingue entre rústicos o no. Aunque parece que en el espíritu de la ley se encuentra la explotación agrícola, nada impide que se aplique la norma a una vivienda en Barañáin adquirida por herencia de un tío paterno del causante fallecido sin descendientes.

Respecto de los derechos inmobiliarios, habrá que aclarar cada uno. De momento se descartan los derechos vitalicios que no son transmisibles y los personales. También se descartan los de garantía, puesto que son accesorios de un crédito personal que no es un inmueble. Respecto de los derechos de adquisición preferente (tanteo, retracto, opción), se podrían calificar de inmuebles si se constituyen con carácter real y por tiempo indefinido o para perpetuo. En los demás casos, serán derechos personales.

Por último, los inmuebles troncales lo serán siempre que la sucesión se rija por la ley navarra, por ser esta la ley personal del causante a su fallecimiento (art. 9.8 CC y Ley 149 FN). Sin embargo, no es necesario que el bien troncal se halle radicado en Navarra, a diferencia del retracto gentilicio. Por tanto, la condición de inmueble troncal podrá ser aplicable a un apartamento en Jaca.

B) Bienes troncales.

Los grados de determinación del carácter troncal de los bienes dependen de la intensidad en la investigación de la procedencia de los bienes y la genealogía del heredero. Se distinguen tres grados en la ejecución de la troncalidad, según sea menos o más rigurosa la exigencia en su aplicación: simple, continuada y pura.

Se entiende que la troncalidad es simple cuando para determinar el carácter de troncal de un bien sólo se investiga la procedencia de los bienes hasta los padres del causante. De tal manera que basta con haber recibido un bien a título lucrativo del padre para que ese bien sea calificado de troncal y sólo pueda ser heredado por un pariente de la línea de procedencia del bien calificado como troncal. Así, de procedencia del padre para la línea paterna y de procedencia de la madre para la línea materna.

Sin embargo, esta forma de aplicación de la troncalidad no asegura la finalidad del instituto: que los bienes no salgan del tronco de procedencia.

Puesto que puede suceder que los bienes “troncales” sean heredados por un pariente que, a pesar de pertenecer al tronco de procedencia, carezca de relación con la procedencia de dichos bienes. Por ejemplo, si recibidos los bienes por el causante por herencia de su abuelo paterno resulta heredera su abuela paterna. Pertenecen al tronco paterno del causante, pero la abuela no estaría en la línea de procedencia de los bienes, que pasaría por el marido de la abuela, el abuelo paterno.

Para corregir este efecto de la troncalidad simple se llega a un segundo control, que es el de la troncalidad continuada. Consiste en investigar el origen de los bienes hasta la persona que los introdujo en la familia, de manera que sólo los parientes de esta persona origen pueden ser los herederos troncales. Con esta forma evitamos que pueda heredar la abuela paterna en el ejemplo anterior, porque no es pariente del abuelo paterno, origen del bien; sin embargo, le puede heredar un tío-abuelo paterno que es pariente del abuelo origen de los bienes, pero no tiene relación familiar con el bien.

Para evitar esta falta de relación familiar con el bien se avanza un tercer grado en la investigación de la troncalidad y se llega a la troncalidad pura, en la que se exige que, además de pertenecer al tronco de procedencia de los bienes, el heredero sea descendiente del primer adquirente del bien en la familia. En este caso, sólo podrían ser herederos troncales los parientes que, además sean descendientes del abuelo paterno, es decir, tíos carnales y primos del causante. Y si no existieran tales parientes, el bien no sería calificado como troncal y se abriría la sucesión no troncal.

Del estudio de las fuentes históricas navarras se puede concluir que hasta la promulgación del FN sólo eran bienes troncales los que procedían a título lucrativo del abuelo o del padre. Es decir, que coincidían los bienes troncales con los bienes de patrimonio y los de abolorio. Además se exigía que los sucesores troncales fueran descendientes de quien introdujo los bienes en la familia. Es decir, que en las fuentes históricas navarras la troncalidad es de la que hemos calificado como pura, no simple ni continuada.

Esto quiere decir que no eran calificados como bienes troncales los recibidos a título lucrativo de un pariente colateral –un tío paterno, por ejemplo–, de manera que quedaban integrados en la masa hereditaria de la sucesión legal en los bienes no troncales.

Sin embargo, la Recopilación Privada, al redactar el precepto que sería la Ley 306, amplía el concepto de los bienes troncales en función de los adquiridos de un pariente hasta el cuarto grado, de tal manera que quedarán incluidos como bienes troncales los bienes recibidos a título lucrativo de un colateral hasta el cuarto grado. Por otra parte, también se amplía el concepto de la troncalidad, dejando de lado la troncalidad pura,

puesto que ya no se exige que los sucesores sean descendientes del pariente origen del bien y basta con que un solo pariente –el causante– haya recibido a título lucrativo el bien de otro pariente ascendiente o colateral.

Así, por ejemplo, en Navarra, un piso en Barañáin comprado por el padre y luego heredado por el hijo se convierte en bien troncal si fallece este hijo sin descendientes y sin disponer de sus bienes. Así la troncalidad actual en Navarra no es la pura, sino la continuada. Basta que los herederos troncales pertenezcan a la familia de donde procedan los bienes, aunque no sean descendientes de quien los introdujo en la familia.

El causante navarro hereda un bien inmueble de un tío-abuelo paterno soltero. Es bien troncal, puesto que se hereda de un pariente colateral hasta el cuarto grado. Serán herederos troncales los primos del causante, también del cuarto grado colateral, que pertenecen a la familia de donde proceden los bienes, pero no son descendientes del tío-abuelo paterno soltero.

Como los bienes troncales son los que proceden de un familiar hasta el cuarto grado colateral, no serán troncales los bienes cuando salen de la familia por enajenación. Y tampoco recuperan la condición de troncales si luego vuelven a ingresar en la familia, hasta que vuelvan a cumplir los requisitos exigidos por la ley. Salvo los supuestos en que se recupera la propiedad del bien por resolución, nulidad o anulabilidad de la transmisión realizada.

C) La subrogación real (permuta).

Conforme a la Ley 306, sólo mantienen la condición de troncales los bienes permutados por otros bienes troncales. Pero los bienes recibidos en permuta deberán ser también bienes inmuebles, de otro modo no tendrán la condición de bienes troncales. Así, por ejemplo, se producirá la subrogación en las fincas de reemplazo en los procedimientos de concentración parcelaria, y en los de reparcelación urbanística también, donde la aportación de la finca de origen al plan se considera una transmisión neutra o de simple aportación fiduciaria para obtener la posterior finca de reemplazo.

Sin embargo, surgen cuestiones interesantes cuando en un reemplazo se adjudican cuotas de propiedad de otras fincas o incluso derechos edificatorios o volumen edificable. En la medida en que se califiquen esos derechos como bienes inmuebles se podrá entender cumplida la subrogación real, en caso contrario se habrá perdido la condición de bien troncal.

D) Bienes adquiridos por retracto gentilicio.

Es de esencia de los bienes troncales el que sean adquiridos por título lucrativo. Sin embargo, este requisito se excepciona cuando la adquisición se realiza por retracto gentilicio. De manera que se entiende que si la adquisición de tales bienes se produjo por un fundamento familiar, como es el ejercicio del retracto gentilicio, ahora se entiende cumplido ese requisito “familiar” aunque no se haya recibido por el causante a título lucrativo.

El inciso dice: “*Conservarán el carácter de troncales los inmuebles adquiridos por retracto gentilicio*”. Dos excepciones a la regla general se encuentran contenidas en esta expresión. La primera, que se trata de bienes de los que se predica que conservarán la condición de troncales cuando es posible que antes nunca la hubieran tenido por ser, por ejemplo, conquistados a título oneroso por el enajenante de quien retrajo el causante, luego no conservan nada, sino que adquieren la condición de troncales por primera vez y por efecto de la ley.

La segunda, son bienes que, por definición, no han sido adquiridos por título lucrativo, sino siempre y en todo caso por título oneroso. Así, por ejemplo, si se trata de un bien conquistado a título oneroso (por tanto, no troncal) por el enajenante que resulta retraído por el hijo del enajenante y se convierte así en bien troncal ex Ley 306 *in fine*. Fallece el hijo adquirente-retrayente sin descendientes ni herederos voluntarios y ¿debemos calificar como bien troncal este bien? ¿Lo adquirirá el ascendiente más próximo que viene a ser su padre enajenante?

A juicio de BARBER CÁRCAMO, la interpretación de la ley debe ser finalista y girar en torno al verdadero sentido de la expresión “conservarán”. La interpretación correcta entiende que conservarán la condición de troncales los bienes retraídos que en cabeza del enajenante ya fueran troncales por haber sido adquiridos de un pariente hasta el cuarto grado colateral y a título lucrativo. Además, la condición de troncal no impide su disposición por el adquirente-causante, sino que sólo es relevante a los efectos de que fallezca sin disponer del bien adquirido y sin descendientes. No supone, pues, gravarle con obligación o carga alguna.

XIII. Parientes troncales (Ley 307)

Como primeras menciones generales respecto a los parientes troncales, se puede advertir que el orden de llamamientos es muy parecido al de la sucesión en bienes no troncales, con las siguientes observaciones:

a) Se trata de una sucesión en la que no existen descendientes. Porque si los hubiera serían los primeros llamados a la herencia, pero ya no como sucesores troncales, sino como sucesores legales normales. En los descendientes huelga la condición de la troncalidad porque son el tronco del causante por definición. Ya lo recuerda la Ley 305, pero es de lógica entender que el principio de la troncalidad que pretende mantener los bienes en el tronco familiar está cumplido cuando los herederos son los descendientes.

b) Entre los parientes troncales no existe distinción entre los hermanos dobles o sencillos. Y esto es así porque, si previamente deben pertenecer a la familia de donde procedan los bienes, esto quiere decir que todos son hermanos del causante en esa familia o en ese tronco familiar, aunque algunos no coincidan con el causante en el otro tronco familiar. Es decir, si unos son hermanos de padre y de madre y otros sólo son hermanos de padre, todos son colaterales de segundo grado del hermano causante por parte del padre ascendiente común a todos.

c) Y, en tercer lugar, no existe llamamiento al cónyuge del causante, puesto que es afín y no pariente del mismo. Sin perjuicio del usufructo que le reconozca la ley. Salvo que el cónyuge fuera pariente del causante en los grados que se admite el matrimonio y entonces sería llamado como tal pariente y no como cónyuge.

En la Novísima Recopilación se dispone que los parientes troncales deben ser descendientes del tronco, de la persona que introdujo los bienes en la familia. De esta manera quedaban excluidos como parientes troncales los parientes colaterales. Sin embargo, esta exigencia histórica no ha sido recibida en el FN, que exige que los parientes troncales sean los que pertenecen a la familia de donde proceden los bienes hasta el cuarto grado colateral. De manera que, en la actualidad, son parientes troncales tanto los que lo son del pariente origen que introdujo los bienes en la familia, como del causante fallecido sin descendientes, sin necesidad de ser descendientes del pariente origen.

En cuanto al grado de troncalidad que se exige en Navarra, se debe decir que es la troncalidad continuada, puesto que en esta ley se exige de una parte que el sucesor sea pariente del causante de la herencia (troncalidad simple) y además se exige también que el sucesor pertenezca a la familia de donde procedan los bienes (troncalidad continuada).

Así, si fallece un causante sin descendientes y dejando dos tíos, uno tío-paterno y otro tío-materno. Los dos tíos son parientes del causante en el mismo grado tercero colateral. Pero la ley obliga a averiguar la procedencia de los bienes. Si el bien troncal en cuestión fue recibido por el causante por herencia de su abuelo paterno, el tío materno no pertenece

a la familia de procedencia del bien y el único heredero troncal de ese bien será el tío paterno.

A) Llamamiento a los hermanos.

Como ya se ha dicho antes, el llamamiento a los hermanos no distingue entre hermanos dobles o sencillos, porque se requiere que ambos pertenezcan a la familia de donde procedan los bienes y ahí todos serán hermanos. Pero esta diferencia respecto a sucesión ordinaria supone que, si el causante fallece dejando sólo dobles hermanos, no tiene lugar la sucesión en bienes troncales, puesto que serán llamados todos los hermanos dobles igual que en la sucesión ordinaria.

Sólo tendrá sentido la apertura de la sucesión troncal cuando el causante deje hermanos sencillos o medio hermanos porque supondrá un llamamiento diferente respecto de la sucesión normal. En este supuesto, y respecto de los bienes troncales, los medio hermanos mejoran un puesto en el orden de llamamiento, puesto que se equiparan a los hermanos dobles. Por el contrario, en los bienes no troncales, los medio hermanos quedarán postergados a los hermanos de doble vínculo y a sus descendientes por derecho de representación.

Respecto de este llamamiento a los hermanos, tiene lugar el derecho de representación a favor de sus descendientes hasta el cuarto grado, es decir, hasta los sobrinos-nietos del causante (Ley 309.2). Tales descendientes heredarán siempre por estirpes, nunca por cabezas, aunque todos los llamados pertenezcan al mismo grado (Ley 310).

B) Llamamiento a los ascendientes.

Históricamente, la exclusión de los ascendientes en la sucesión legal es una regla de devolución sucesoria que va ligada a la troncalidad. Se prefiere a los hermanos antes que a los ascendientes del causante. En Derecho navarro, esta regla se aplicaba en su mayor rigor al referirse a todos los bienes del causante y no solamente a los bienes troncales, que es donde se aplicaba en la mayoría de los ordenamientos. Sin embargo, las Cortes navarras de los siglos XVI y XVII limitaron la exclusión de los ascendientes a los bienes troncales, de manera que en los bienes no troncales los ascendientes quedan postergados a los hermanos, pero no excluidos. Aunque sí quedaban excluidos en los bienes troncales.

Así las cosas, cuando el FN en 1973 llama a los ascendientes en los bienes troncales está innovando respecto del Derecho histórico, porque tal sucesión sólo era aplicable respecto de los bienes no troncales. La innovación consiste en aplicar el mismo orden sucesorio a los bienes tronca-

les que el que se aplica a los bienes no troncales: desaparece la exclusión de los ascendientes, que sólo resultan postergados tras los hermanos.

En el caso de pluralidad de ascendientes de la familia de origen del bien troncal será llamado el de grado más próximo. Esto llevará en la mayoría de los supuestos a convertirlo en heredero único de los bienes troncales, salvo los supuestos de ascendientes parientes entre sí; por ejemplo, el matrimonio de dos primos de la misma línea paterna, en cuyo caso se dividiría la herencia por mitad entre los dos ascendientes.

C) El llamamiento a los demás colaterales.

Se cierra la sucesión troncal con el llamamiento a los demás colaterales hasta el cuarto grado no incluidos entre los hermanos y sus descendientes. Este límite del cuarto grado no choca con los antecedentes históricos de la troncalidad, que siempre han limitado los llamamientos hasta el cuarto grado.

Al igual que en la sucesión, en los bienes no troncales no existe el derecho de representación, sino que la preferencia es para el pariente más próximo en grado, y dentro del mismo grado, se reparte la herencia por cabezas y no por estirpes. Hasta el cuarto grado colateral se encuentran los tíos (3.º), primos hermanos (4.º), tíos-abuelos (4.º). Sin embargo, los sobrinos del causante (3.º) y los sobrinos-nietos (4.º) no se encuentran en este llamamiento, sino que por derecho de representación son llamados en el primer llamamiento –de los hermanos– y siempre heredarán por derecho de representación y por estirpes.

La especialidad de este llamamiento se refiere a la concurrencia con el usufructo vitalicio correspondiente a los ascendientes no troncales del causante sobre los bienes troncales, con independencia de que contraigan o no nuevas nupcias. Hay que tener en cuenta que estos ascendientes no troncales ya serán herederos legales en los bienes no troncales, puesto que no existen hermanos ni medio hermanos. Tampoco existen ascendientes troncales, pero sí existen estos ascendientes, que son los no troncales.

Históricamente, en los bienes troncales los ascendientes estaban excluidos. Sólo hasta la vigencia del FN se llama a los ascendientes troncales, como antes se ha dicho. En ese contexto histórico el usufructo sobre los bienes troncales a favor de los padres –troncales y no troncales– tenía una significación de atención para los padres por su exclusión de los bienes troncales. Con el FN se llama en los bienes troncales a los padres y demás ascendientes troncales, luego ahora, por lógica, el usufructo se debería conceder a los padres y demás ascendientes no troncales.

Con este usufructo se trata de respetar que los bienes troncales no salgan de la familia al fallecer el causante (hijo) sin descendientes, sin hermanos ni medio hermanos, sin el padre o ascendiente troncal. Y al mismo

tiempo se trata también de respetar que el ascendiente no troncal (padre o ascendiente del otro tronco familiar) tenga un usufructo sobre esos bienes como una atención vitalicia.

Sin embargo, este usufructo sólo puede concurrir con estos parientes colaterales de ulterior grado. Porque nunca tendrá lugar si heredan los hermanos o sus descendientes por derecho de representación. Nunca concurrirá con un sobrino-nieto troncal del causante.

Los bienes troncales no están excluidos del usufructo de fidelidad del cónyuge supérstite, salvo que por su origen hubieran sido excluidos (en la donación de origen –Ley 255.3–). Cabe plantearse qué usufructo es preferente: el del cónyuge supérstite o el de los ascendientes no troncales. El supuesto de hecho exige que se trate de bienes troncales y que exista además un sucesor troncal de ulterior grado, porque en caso contrario no habrá sucesión troncal y sería llamado como heredero el ascendiente no troncal. Un supuesto de hecho podría ser el siguiente: un bien troncal, el cónyuge viudo del causante o la pareja estable, la madre no troncal del causante y un primo hermano troncal del causante (4.º).

Concurren el usufructo de fidelidad del viudo, el usufructo troncal de la madre no troncal y el heredero, que es el primo hermano. La Ley 307 no dice nada y hay que indagar la regulación del usufructo de fidelidad en la Ley 255, en donde se refiere a la extensión del usufructo de fidelidad. Allí se refiere expresamente a los bienes sujetos a llamamiento de una parte, para indicar que quedan incluidos los bienes troncales. De otra no excluye expresamente los bienes troncales ni los objetos de usufructo troncal. De todo lo cual se debe concluir que si el usufructo de fidelidad concurre con cualquier heredero troncal, incluso con los hermanos, con más razón debe concurrir con el usufructo troncal. Al tratarse de dos usufructos vitalicios no cabe la concurrencia entre sí, porque cada uno agota el aprovechamiento de la cosa, de manera que se impone la prelación. El anterior o primero es el de fidelidad, que será preferente y excluye temporalmente al usufructo troncal.

Así, en el ejemplo mencionado, extinguido el usufructo de fidelidad (por segundas nupcias, por ejemplo), la madre no troncal tomará posesión de los bienes no troncales de los que ya era heredera y además tendrá el usufructo de los bienes troncales, de los cuales el heredero es el primo hermano troncal.

D) La remisión a la Ley 304.

Por último, en defecto de parientes troncales hasta el cuarto grado, la sucesión se deferirá conforme a las normas de la sucesión en los bienes no troncales. Es decir, no se abrirá la sucesión en bienes troncales si no existen parientes troncales.

Bibliografía

1. *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. Enrique RUBIO TORRANO (director). Aranzadi, Pamplona, 2002. En especial, el capítulo dedicado a la sucesión legal comentado por Belén CILVETI GUBÍA, pp. 938 y ss.
2. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXVII, volumen 2.º, Edersa, Madrid, 2001. En especial, el capítulo comentado por Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, pp. 1136 y ss.

“Los abogados de Madrid y El Quijote”, Luis Martí Mingarro (ed.), Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2006, 94 páginas.

El IV Centenario de la primera parte de *El Quijote*, recientemente celebrado, ha dado ocasión a numerosas reflexiones en torno a la genial novela. El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que varias veces ha rendido homenaje a CERVANTES con estudios sobre los aspectos jurídicos de su obra, no podía dejar de sumarse a la efemérides del nuevo Centenario. Y lo ha hecho a través de un volumen en el que doce colegiados de la corporación, coordinados por el Decano de ésta, comentan otros tantos pasajes de *El Quijote* relacionados con el Derecho.

No faltan, ciertamente, en la obra inmortal, textos que se refieren a las instituciones jurídicas de la España de CERVANTES, ya que, aunque él no fuera jurista –y no pretendiera impartir clases de Derecho ni formular doctrina jurídica–, tenía que reflejar naturalmente en su extenso retrato de la sociedad española las instituciones jurídicas. Los colaboradores del libro que hoy ofrece el Colegio de Abogados de Madrid, unidos por un noble entusiasmo cervantista, han escogido, comentándolos brevemente, sendos textos de *El Quijote* con algún contenido jurídico.

El primer trabajo es el que con el título *Leer “El Quijote”* escribe Luis MARTÍ MINGARRO, impulsor del libro, señalando que procede leerlo “para aprender a conocer y usar nuestra lengua, que para los abogados no es sólo un medio de comunicación, sino un verdadero instrumento de trabajo, que no es lo mismo, con el que ha de combatir dialécticamente cuerpo a cuerpo y con el que ha de convencer, y cuyo profundo conocimiento y manejo no sólo nos hace mejores abogados sino también más libres, pues sólo se puede decir lo que se quiere si se puede, si se sabe decir...”. Recoge luego MARTÍ MINGARRO el discurso que don Quijote dedica a la libertad, exaltándola como “uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos”. Observa, comentándolo, que “no en vano el difícil oficio de los abogados se concentra en la permanente lucha por la libertad de todos, por la libertad de cada

uno, y nadie mejor que nosotros para paladear, también con CERVANTES, el momento estelar en el que el justiciable alcanza su propia libertad". Como colofón de su comentario, MARTÍ MINGARRO ofrece un índice de términos jurídicos y temas o pensamientos de Derecho tratados en *El Quijote*.

La colaboración siguiente es de José Mariano BENÍTEZ DE LUGO, quien, apoyado en el hecho de que "la clásica obra de CERVANTES es una novela de ficción", realiza una sugestiva actualización del episodio de los galeotes, relatándolo "como si la liberación de los galeotes por don Quijote la hubiese efectuado en estos tiempos y por ello hubiera estado recientemente sometido al correspondiente proceso penal". En ese relato expresa lo que hoy serían las posturas de la acusación y de la defensa, el resultado final y la noticia que ofrecerían los medios de comunicación.

Sobre *El derecho de autor en Cervantes* versa la siguiente colaboración, en la que Antonio CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ comenta la Cédula Real de 1604, que encabeza la propia edición de *El Quijote* y que refleja con cierta exactitud el estado de la cuestión de los derechos de autor a la sazón. Observa que la normativa de la época, con sus Pragmáticas, no regulaba un verdadero derecho de propiedad intelectual, sino unos requisitos impuestos para la edición de los libros: básicamente, la obtención de una *licencia para imprimir* y de un *privilegio de impresión*. Estudia en general estos requisitos y, aplicándolos en particular al caso de CERVANTES, observa que don Miguel "padeció en vida prácticamente todas las formas de defraudación de derechos intelectuales que conocemos hoy en día", como son las ediciones piratas, la usurpación de la condición de autor y el plagio.

La *Carta de don Quijote de la Mancha a Sancho Panza, gobernador de la isla Barataria* es el tema escogido por José Luis DOÑORO PRIETO, quien comenta el célebre consejo de don Quijote: "No hagas muchas pragmáticas y si las hicieres procura que sean buenas y sobre todo que se guarden y cumplan...". El consejo lo estima DOÑORO aplicable a los legisladores del mundo actual, donde "las leyes, reglamentos, órdenes y otras formulaciones han devenido en una enmarañada incomprensible para el común de los mortales e incluso para los especialistas del derecho". Ello, a su juicio, es especialmente grave en un mundo globalizado "donde la decisión que se adopte en un Estado tiene consecuencias directas en sus vecinos".

El Quijote es el título de la colaboración de Antonio GARRIGUES WALKER, centrada en el memorable pasaje de la liberación de los galeotes. La reflexión de GARRIGUES extrae consecuencias de los varios hechos reflejados en el pasaje tras la liberación: el recuerdo de don Quijote a Dulcinea, su cólera frente a Ginés de Pasamonte y la ingratitud de los galeotes liberados, que lleva a don Quijote a decir a Sancho que "el hacer bien a villanos es echar agua al mar".

En *La maleta de Sierra Morena* recuerda Francisco LOREDO el episodio de la maleta encontrada por don Quijote, cuya personalidad neurótica comenta. Describe LOREDO el contenido material y moral de la maleta, observan-

do que es en ella donde se esconden los ocultos valores de la novela cervantina y sus razones últimas. La reflexión ofrecida conduce a la conclusión de que “el hallazgo casual de la maleta de Sierra Morena es todo un compendio de la filosofía cervantina”.

A través de un sugestivo trabajo sobre *Abogados y jueces, ministros y ministriles en “El Quijote”*, Rafael DE MENDIZÁBAL Y ALLENDE hace desfilar las diversas figuras de juristas que aparecen en las páginas del libro inmortal, que es “una novela oceánica, un universo, ordenado como un barroco retablo, donde aparecen todos los temas y todos los personajes del gran teatro del mundo”. Al aludir sucesivamente a cada uno de los profesionales del mundo jurídico español del XVII, MENDIZÁBAL resume las funciones de magistrados, corregidores, escribanos, abogados y procuradores, recordando el célebre discurso de las Armas y las Letras, en el que don Quijote “contrapone lo castrense a lo jurídico, comparando soldados y juristas...”.

En la siguiente colaboración, *Don Quijote, juez de lo social*, Alfredo MONTOYA MELGAR, cervantista en la línea de su maestro ALONSO OLEA (cuyo ensayo sobre la relación laboral entre don Quijote y Sancho constituyó una valiosa aportación al estudio de *El Quijote* desde el Derecho del trabajo), estudia, a la luz de esta rama jurídica actual, la reacción de don Quijote al contemplar la flagelación, por el labrador Juan de Haldudo, de su criado Andrés. Observa MONTOYA que en este pasaje “se despliega un auténtico pleito laboral, en el cual una persona cuerda se hubiera abstenido de intervenir”, pero ante el cual el hidalgo “se erige en pionero juez de lo social, y sin necesidad de demanda, y oyendo sólo a una parte, con olvido del principio de contradicción personal, la condena de modo fulminante”. Analizado el episodio, MONTOYA concluye que “don Quijote se erige en juez no siéndolo, y aplica su personal ideal de justicia, más allá de leyes sustantivas y procesales, dictando una sentencia cuyo cumplimiento confía, una vez más, ingenuamente, a la buena fe del condenado”, con lo que “las ilusiones redentoras de don Quijote resultan derrotadas por la realidad inclemente”.

El mismo texto de *El Quijote* es contemplado también por José Luis ROSALES-NIETO a través de su artículo *De lo que sucedió a nuestro abogado laboralista cuando salió de la Facultad*, donde narra un cuento de ficción inspirado en el relato de los azotes al mozo Andrés. Tal relato lo reproduce ROSALES, por su parte, adaptado a la realidad actual y presentando a un laboralista recién licenciado que intenta defender a un empleado de modo análogo al desplegado por don Quijote. Conclusión de ROSALES, de cara a la vida profesional de hoy, es la de que “la inocencia y simplicidad de un recién licenciado en Derecho debe moldearse con años de práctica antes de pasar a defender a justiciables”, por lo que estima aconsejable la pasantía obligatoria.

En la colaboración siguiente, titulada *Quijotes y soledades*, Lupicinio RODRÍGUEZ nos recuerda, transcribiéndolo, el pasaje de *El Quijote* (II-10) en el que Sancho presenta a su señor tres labradoras e intenta persuadirle de que

una de ellas es Dulcinea del Toboso. A la vista de ese texto, RODRÍGUEZ ofrece, en el plano lingüístico, algunas observaciones sobre el vocabulario cervantino y una reflexión sobre el episodio de las labradoras, observando que este pasaje “evoca, desde una perspectiva antropológica, algunas paradojas de la acción humana y dibuja con gran nitidez los perfiles de la humana soledad”.

A continuación se ofrece el artículo de Rafael DEL ROSAL *Los secretos de El Quijote*, “donde se cuenta cómo llegó a conocerse, cuatro siglos después de su publicación, la verdadera identidad y el nombre del autor de la obra *Don Quijote de la Mancha*”. Al término del relato de ficción, donde se juega con la necesaria referencia a Cide Hamete Benengeli, se pregunta DEL ROSAL “por qué quiso CERVANTES *hacerse árabe o encarnarse en morisco* cuando éstos eran expulsados de España ante sus ojos y el país atascaba los juzgados con la fiebre de los pleitos de *pureza de sangre*”.

Con una colaboración de Luis ZARRALUQUI titulada *De bodas y sus circunstancias* se cierra el volumen aquí comentado. El prestigioso matrimonialista ha escogido el episodio de las bodas de Camacho, observando que en él cabe contemplar “una posible nulidad del vínculo conyugal y la posterior subsanación del vicio del consentimiento”. Elección ciertamente justificada porque contiene ese pasaje una de las mayores incidencias del Derecho matrimonial en *El Quijote*.

Como un sugestivo broche del volumen se incorpora a él, reproduciéndola, la reflexión sobre el Derecho en *El Quijote* que el Decano MARTÍ MINGARRO publicó en la reedición hecha por el Colegio de Abogados de Madrid del libro *Jurispericia de Cervantes* (de Antonio MARTÍN GAMERO, 1.^a ed., 1870). La reflexión de MARTÍ MINGARRO, muy documentada, ofrece al lector valiosas pistas bibliográficas sobre los no pocos estudios jurídicos escritos en torno a *El Quijote*. Ante el volumen ahora publicado cabe, ciertamente, felicitar al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y personalmente al Decano, MARTÍ MINGARRO, a quien su labor de coordinador y sus propios trabajos confieren el honroso título de cervantista.

José M.^a Castán Vázquez

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación*

¿HACIA DÓNDE EVOLUCIONA EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA?

GABRIEL GARCÍA CANTERO

*Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **1.** EL CENTRO DE DERECHO COMPARADO, DE DERECHO EUROPEO Y DE LEGISLACIONES EUROPEAS (LAUSANNE), Y SUS ACTIVIDADES. **2.** CONTENIDO GENERAL DE LA OBRA SOBRE REGÍMENES MATRIMONIALES EN DERECHO COMPARADO Y EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2006). **3.** SISTEMÁTICA DEL VOLUMEN. **A)** Los regímenes matrimoniales en Derecho suizo y en Derecho Internacional privado. **B)** Los regímenes matrimoniales en los Derechos de Europa continental. **C)** Los regímenes matrimoniales de América del Norte y en Derecho musulmán. **4.** JUICIO DE CONJUNTO.

Introducción

Después de la Ley de 13 mayo 1981 podría considerarse que el tema de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, o regímenes económicos del matrimonio, se encuentra absolutamente pacificado entre nosotros, sin que en el futuro legislativo se adviertan indicios de reformas importantes. Con todo, algunos síntomas permiten conjeturar que algo se mueve en este campo. Así, la Ley 15/2005, de reforma del CC y de la LEC en materia de separación y divorcio, no deja de suscitar algunas reflexiones. Por un lado, se acepta por la mejor doctrina que cualquier alteración legislativa en cuanto a la separación y al divorcio repercute inmediatamente en la concepción legal del matrimonio vigente en cualquier época y en cualquier país; a mayores facilidades para la ruptura, menor consistencia jurídica del vínculo matrimonial; pero el razonamiento no se extiende al régimen económico, que, en realidad, constituye una materia accesoria del matrimonio mismo. Es cierto que aquella Ley ha introducido reformas de cierta entidad en los artículos 92, 97 y 103 CC, que hacen referencia a los efectos comunes a la separación y divorcio, pero aquellas pueden calificarse más bien de reformas puntuales. La pregunta, hasta ahora sin respuesta, es la de si es posible vaciar de contenido jurídico la misma institución matrimonial manteniendo simultáneamente un régimen económico en que, en buena medida, predominan reglas de derecho imperativo. La recensión de una reciente e importante obra de Derecho comparado sobre los regímenes económicos del matrimonio es buena *occasione* para iniciar, al menos, la reflexión propuesta.

Bonomi, Andrea et Steiner, Marco (Éditeurs): **Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005.** Librairie Droz (Genève, 2006), 319 páginas.

1. Este volumen constituye el número 76 de la colección *Comparativa* que edita el prestigioso *Centre de Droit Comparé, de Droit Européen et des législations étrangères* (CDCE) de la Universidad de Lausanne; fundado a principios de los setenta del pasado siglo por el profesor Alfred VAN OVERBECK, ha experimentado un notable desarrollo hasta consolidarse como uno de los centros de estudios comparatistas europeos de mayor prestigio, como se comprueba con su nómina de investigadores, procedentes de diversos países del mundo, y los abundantes fondos bibliográficos que posee, cuya consulta atrae a gran número de becarios en preparación de su tesis doctoral. En la mencionada colección suelen publicarse las actas de congresos o reuniones cien-

tíficas organizadas por el propio Centro, como sucedió con el presente volumen. El profesor Bernard DUTOIT, de la misma Universidad y hasta su jubilación (1) ha dirigido, con otros colaboradores, varios volúmenes en los que cabe destacar la especialización de aquél en el Derecho de familia:

— Nacionalidad de la mujer casada: vol. I, *Europe* (1973); vol. 2, *Afrique* (1976); vol. 3, *Amérique, Asie, Océanie* (1980). Así como diversos suplementos: del vol. I (años 1973-1989 y 1989-1997); del vol. 2 (años 1976-1990), y del vol. 3 (años 1980-1992) (2).

— Divorcio en Derecho comparado: vol. I, *Europe* (1999); vol. 2, *Amérique du Nord* (2002), y vol. 3, *Amérique Latine* (2003).

Andrea BONOMI ha sucedido a DUTOIT al frente del CDCE, siendo también profesor ordinario de Derecho civil comparado y de Derecho internacional privado en la Universidad de Lausanne; y como director de la Colección asume la publicación que recensiono, junto a Marco STEINER, asistente de investigación en el CDCE, profesor en aquélla y autor de una de las ponencias aquí incluidas.

2. Contenido general de la obra

A modo de introducción general, cabe decir que la obra contiene abundantes datos actualizados de Derecho comparado, respondiendo a un plan previamente establecido, acompañándose cada ponencia de una bibliografía reciente y seleccionada. Es elevado su interés comparatista y para el Derecho internacional privado, sin que obviamente sea obligado compartir, en todo caso, las opiniones personales de los diversos ponentes. Con razón advierten los editores en su introducción sobre la complejidad de la materia en sí misma, que legislativamente ha experimentado cambios profundos en el último medio siglo en casi todos los países europeos, a lo que hay que añadir el contexto internacional en transformación constante.

En cuanto al régimen matrimonial legal, la tradicional diferenciación entre los países del *Civil Law* y del *Common Law* está empezando a difuminarse, pues algunas provincias anglófonas de Canadá y varios estados norteamericanos han introducido regímenes de *community property*, con bastantes similitudes y analogías con los regímenes de comunidad o, al menos, de participación en las ganancias, de los países de tradición civilista. Ahora —opinan

(1) Véanse las *Mélanges en l'honneur de B. Dutoit*, número 73 de la colección *Comparativa* (Genève, 2002).

(2) En esta materia y en una época legislativamente tan fluida, obsérvese el extremado cuidado del profesor DUTOIT de mantener al día, con oportunos suplementos, la extensa obra publicada.

los editores— la línea genérica de diferenciación viene a establecer más bien entre los Estados occidentales en general y los países musulmanes que tendencialmente siguen el régimen de separación. Por otra parte, en el interior de la familia romano-germánica, la introducción generalizada de los regímenes económicos de tipo comunitario no ha eliminado la complejidad de los sistemas de regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y así resulta que las diversas soluciones nacionales siguen siendo muy alejadas unas de otras. Es posible que desaparezca próximamente la comunidad universal holandesa introducida en su momento por la famosa Ley Owen, pero la *Zugewinnngemeinschaft* germánica ofrece sorprendentes diferencias con la *Errungenschaft beteiligung* suiza. Añadiré todavía por mi cuenta que la pluralidad de regímenes económicos matrimoniales españoles parece que empieza a preocupar, por sus eventuales conflictos de Derecho internacional privado, a los juristas europeos.

Respecto al régimen convencional hay bastante unanimidad a la hora de otorgar a los cónyuges amplia libertad de elegir el modelo, aunque no todas las legislaciones coinciden, ni en la aludida facultad de opción, ni en su amplitud, ni en la posibilidad legal de cambio posnupcias. La posibilidad de un *regime matrimonial sur mesure* tampoco resulta idéntica en las diversas legislaciones. Por último, no pocas veces las autoridades fiscales de ciertos países rehúsan reconocer todas las consecuencias que se derivan, en el propio país, de la adopción de un régimen matrimonial extranjero (3). Nada extraña que algunas veces (por ej., en Francia) la elección de un nuevo régimen supone aplicar una refinada técnica de optimización fiscal (4). Pero caben motivaciones diversas además de las fiscales [éstas serían difíciles de servir de explicación única al hecho de que en Italia la mitad de los matrimonios opta convencionalmente por la separación (5), mientras que en Francia no llegan al 20 por 100 quienes optan por un régimen diverso del legal (6)].

En el ámbito del Derecho internacional privado, las complicaciones se incrementan con el llamado conflicto móvil (7).

(3) Pueden consultarse los ejemplos fiscales que, sobre conflictos entre ciudadanos de Alemania y Suiza, enumera STURM: *La "Zugewinnngemeinschaft" et les regimes conventionnels du droit allemand*, pp. 90 y ss., exposición que este autor finaliza amargamente: *Fiscus rapax Germaniae execratus sit maledictusque* (p. 93).

(4) Así, ALBARIAN: *Les régimes matrimoniaux en droit français. Aspects de droit civil et de droit fiscal*, p. 131 y nota 76. Otras opiniones coincidentes que cita: *Aujourd'hui, plus que jamais, une véritable stratégie fiscale devient neccessaire pour transmettre le patrimoine fiscal* (SIAT: "La relation fiscalité-famille", en el vol. *Le droit de la famille en Europe* (Strasbourg, 1992), p. 575.

(5) Según PADOVINI: *Les régimes matrimoniaux en droit italien*, p. 108.

(6) ALBARIAN: *loc. cit.*, p. 121.

(7) BONOMI: *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*, pp. 79 y s.

3. Sistemática del volumen

Está distribuida en tres apartados o partes, de desigual extensión, pues mientras la primera y tercera (sobre América del Norte y países islámicos) la tienen similar, la segunda (referente a Europa continental) constituye la más amplia y densa, y ofrece, en principio, mayor interés para el civilista europeo.

A) Al haberse celebrado en Lausanne el Coloquio cuyas Actas se publican, siendo profesores suizos los directores y organizadores de aquél, a nadie puede extrañar la perspectiva helvética de la parte que puede considerarse introductoria, y que contiene las siguientes ponencias:

Suzette SANDOZ: *Les regimes matrimoniaux en droit suisse. Système actuel et perspectives de réforme.*

Julie BERTHOLET: *Les regimes matrimoniaux en droit international privé suisse.*

BONOMI: *Les regimes matrimoniaux en droit international privé comparé.*

Notable por su interés es la primera ponencia debida a la profesora SANDOZ, de la Universidad de Lausanne, quien hace una sintética, aunque muy incisiva, presentación de los regímenes económicos del matrimonio, después de la reforma de 1984. En sentido amplio cabe afirmar que el Derecho suizo ofrece a los cónyuges tres regímenes posibles: el de participación en las ganancias (*participations aux acquêts* o *Errungenschaf*), calificado no de *legal*, sino de *ordinario*, que se impone a quienes carecen de otro. Los otros dos –el de separación y el de comunidad de bienes– son voluntarios, en el sentido de que los cónyuges pueden someterse al mismo mediante la celebración de un *contrat de mariage*. A tenor del artículo 182 al. 1, rige el principio de mutabilidad del régimen matrimonial; los cónyuges tienen posibilidades limitadas de alterar cualquiera de estos regímenes conforme al al. 2 del mismo precepto.

La participación en las ganancias –ahora denominado régimen *ordinario*– es similar al nuestro de participación (arts. 1.411 y ss. CC español), ya que los cónyuges se encuentran en una situación análoga a la de los cónyuges casados en régimen de separación mientras dura el régimen, y sólo se advierten sus efectos en el momento de la liquidación o disolución, o, eventualmente, si enajenan –vigente el régimen– alguno de sus bienes; pero la autora añade la siguiente apostilla: *Este régimen es de tal complicación que las sentencias publicadas sobre el mismo son rarísimas, pues en apariencia los cónyuges prefieren regular sus problemas mediante acuerdos que asumir el riesgo de un proceso.* Podemos corroborar tal juicio desde una perspectiva española, con la añadidura de tratarse entre nosotros, no del régimen ordinario o legal, sino de uno más de los regímenes convencionales de nuestro CC, que fue introducido en

la reforma de 1981 y, además, que el Código Catalán de Familia de 1998 lo ha incorporado, con escaso éxito hasta ahora, a dicho ordenamiento (8).

Para la autora, el régimen de separación de bienes (arts. 247 a 251 CC suizo) equivale casi a una ausencia de régimen económico (9), aunque hay tres reglas específicas:

— A falta de pruebas sobre la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, el bien se presume que pertenece a ambos, por partes iguales.

— El régimen no influye en la exigibilidad recíproca de deudas entre los cónyuges, salvo cuando la reclamación expone al deudor a dificultades graves que ponen en riesgo la unión conyugal.

— Cuando un bien pertenece en copropiedad a ambos, al disolverse el régimen, cada cónyuge puede hacer valer un interés preponderante para que se le atribuya aquél en exclusividad.

Aunque el régimen de comunidad ilustra, mejor que ningún otro, la real unión conyugal, lo cierto es que la comunidad de bienes sólo se pacta por el 2 por 100 de los matrimonios helvéticos, lo que se explica, a juicio de la autora, por el hecho de que la comunidad nunca ha sido régimen legal en Suiza; cabría decir –apostillo– que no ha entrado en sus costumbres. Los cónyuges que optan por la comunidad de bienes deben precisar si eligen la comunidad universal, la de adquisiciones, o una comunidad restringida (a sólo los inmuebles, a los rendimientos de su trabajo o con relación a determinados bienes). Por último, hay regímenes extraordinarios de carácter legal o judicial para atender a situaciones específicas.

La autora concluye llamando la atención sobre el hecho de que a lo largo de dieciocho años de entrada en vigor de la Ley de reforma, la jurisprudencia en materia de régimen matrimonial es de una pobreza inaudita y los raros

(8) Hasta ahora sólo ha llegado a mi conocimiento la STS de 4 febrero 2000, en la que se invocó, aunque no se entendió aplicable por la Sala 1.ª TS, el artículo 1.414 CC y, en general, el régimen de participación en las ganancias. Se trataba del matrimonio, contraído en Palma de Mallorca, entre un alemán y una española, sin otorgamiento de capitulaciones. La actora solicita que un inmueble adquirido por el marido durante el matrimonio se considere de propiedad común a ambos, invocando en su favor el régimen de gananciales, y solicitando asimismo que se disuelva y liquide la sociedad; por su parte, el marido interpone otra demanda, luego acumulada a la anterior, invocando el régimen legal de Baleares, y pidiendo que se declare la propiedad exclusiva del mismo bien. El TS no entra a decidir el régimen económico vigente entre los cónyuges (problema de Derecho internacional privado), y queda firme la declaración de instancia de no ser el de gananciales, y tampoco el de separación foral, sino que, en el caso concreto, decide sobre la pertenencia exclusiva a uno de los cónyuges, en concreto, a favor del marido (Pte. Sr. Corbal Fernández). Por tanto, la s. referenciada no puede citarse, como hacen algunos autores, en tanto que dictada en materia de régimen de participación. Tema diferente es el de si un juez puede fallar sobre la titularidad de un inmueble adquirido por uno de los cónyuges durante el matrimonio, sin establecer previamente cuál sea el régimen patrimonial que vincula a los referidos cónyuges.

(9) SANDOZ, Suzette: *loc. cit.*, p. 25.

problemas sometidos a los tribunales tienen poco que ver con la mayoría de los debates doctrinales. Ante las propuestas de reforma avanzadas en la doctrina, la autora sensatamente propone que cualquier modificación eventual de los regímenes matrimoniales debe recaer sobre el conjunto de todos ellos, y no sobre aspectos meramente parciales de algunos de ellos (10).

Sobre el Derecho internacional privado en materia de regímenes económicos del matrimonio sólo se incluye la ponencia helvética y otra que trata del Derecho internacional privado comparado.

Julie BERTHOLET: *Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse*.

Andrea BONOMI: *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*.

La Ley federal de 1987 sobre el Derecho internacional privado tiene la característica de ser la única aplicable en el país, ya que Suiza no ha firmado ninguna Convención multilateral en materia de régimen matrimonial, ni tampoco la Convención de La Haya de 1978, no obstante lo cual ha incorporado la mayoría de sus principios a su Derecho interno. La aludida reforma de 1987 ha tratado de lograr mejor coordinación entre las soluciones proporcionadas a los regímenes matrimoniales y en materia sucesoria. En conclusión (11), y a excepción del régimen transitorio, la Ley de 1987 ha acertado a resolver las lagunas e incertidumbres que caracterizaban el Derecho derogado.

La ponencia del editor principal del volumen, el profesor BONOMI, es notable por varias circunstancias. Desde el punto de vista helvético, la especial singularidad legislativa del país aconseja con urgencia que su doctrina se abra a otros horizontes (12), cosa que efectúa el autor. Después de analizar, entre otros, temas como el de la competencia judicial, el régimen electivo por las partes, el reenvío, el conflicto móvil, etc., llega a la conclusión de que hay tantas soluciones a los conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de regímenes económicos como sistemas de ellos existen. Es deseable una uniformización a nivel internacional, ya que la Convención de La Haya de 1978, aunque consagra soluciones interesantes, no ha logrado el éxito que se esperaba. Augura mejor acierto al legislador europeo (13).

(10) SANDOZ, Suzette: *loc. cit.*, pp. 32 y s.

(11) BERTHOLET, Julie: *loc. cit.*, p. 55.

(12) Consultada la bibliografía que se menciona en pp. 74 y s. se constata la presencia en ella de especialistas italianos, franceses, portugueses, alemanes, austríacos, ingleses, canadienses y norteamericanos, sin que se omita la cita a pie de página de los acreditados *Manuales* españoles de González Campos y Calvo-Caravaca y Carrascosa González, al menos una docena de veces a lo largo de la ponencia.

(13) BONOMI, Andrea: p. 74.

B) El segundo apartado lleva por epígrafe *Les régimes matrimoniaux dans les droits de l'Europe continentale*, es la más extensa del volumen (pp. 79-231) y abarca la exposición de la materia en las legislaciones de Alemania, Italia, Francia, España, Países Bajos y Grecia (14), las cuales, junto a la de Suiza, representan para los españoles el cómodo recurso a la socorrida frase de los *países de nuestro entorno*.

El profesor STURM, emérito u honorario de la Universidad de Lausanne, presenta una ponencia sobre *La "Zugewinnngemeinschaft" et les effets conventionnels du droit allemand*, en la que se limita a exponer los principios esenciales del Derecho alemán, para pasar enseguida a señalar detalladamente las diferencias que ofrecen respectivamente los regímenes de participación, comunidad y separación de bienes entre el Derecho alemán y el suizo, con una jugosa referencia al Derecho fiscal alemán, ya citada antes. La recíproca circulación de ciudadanos de ambos países explica haber focalizado la ponencia en esta dirección.

El profesor PADOVINI, Ordinario de Derecho privado de la Universidad de Trieste, expone con bastante detalle el régimen patrimonial del matrimonio en Derecho italiano, con incursiones en el Derecho sucesorio. Recuerda que ya no está en vigor el régimen inicial del CC de 1942, sino la reforma radical operada por la Ley de 1975, así como la derivada de la introducción del divorcio en 1970, modificada, a su vez, en 1987; todo ello para acomodar el texto codicial a la Constitución de 1947, cuyo artículo 29 establece que la República

(14) Si se compara el número y entidad de países contemplados en el volumen *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Étude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché Commun*, publicado hace casi medio siglo con ocasión del VII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (reunido en Bruselas del 7-17 septiembre 1963), con los incluidos en la segunda parte del volumen recensionado, se observa que no hay coincidencia entre las entidades convocantes; en un caso la iniciativa procede de la *praxis* notarial, lo que se traduce en que la mayoría de ponentes son notarios ejercientes, aunque no falten, entre los colaboradores, ilustres profesores universitarios (RIGAUD, BATTIFOL, GRAMANI, SOCINI), y en el otro la iniciativa es de carácter científico y universitario, con exclusiva participación de profesores o investigadores; sí hay alguna coincidencia en sentido amplio en el ámbito de delimitación territorial de los países europeos contemplados (en uno se incluyen exclusivamente a los seis países del Mercado Común, tal como se constituyeron en el Tratado de Roma de 1957; en el que recensiono, el país organizador no pertenece a la UE, aunque los restantes sí, pero no todos, ni siquiera comprende a la totalidad de los componentes de la UE antes de las dos últimas ampliaciones). Con todo, la presencia en el volumen recensionado de países como Suiza, España, Grecia, USA, Canadá, Egipto y Marruecos, inclinan la balanza a favor de los criterios seguidos ahora (aunque se haya prescindido, por ej., de Bélgica y Luxemburgo). Para un futuro Coloquio no podrían faltar, parece, otros países europeos, como Polonia, Rumanía, Chequia y Hungría. Por último, en el primer volumen hay un escrupuloso respeto a los idiomas oficiales de los países representados, lo que obliga a traducir todas las intervenciones, resultando un volumen que excede del millar de páginas; en el segundo, el francés es la única lengua empleada, lo que permite reducir su extensión razonablemente. La comparación entre los criterios utilizados en ambos volúmenes (de tema, incluso, parcialmente coincidente) permite vislumbrar las nuevas perspectivas con que se ve la construcción europea y el Derecho comparado a distancia de algo más de cuarenta años.

reconoce los derechos de la familia en tanto que sociedad natural fundada en el matrimonio, el cual reposa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, dentro de los límites fijados por la Ley para garantizar la unidad de la familia. Los principios generales (15) de la materia se basan en la centralidad del matrimonio y en la paridad entre los cónyuges. El primero implica el disfavor para el concubinato o unión de hecho, que carece de regulación en el CC, así como la marginalización del *parentesco natural* en relación con el legítimo, salvo en cuanto a las relaciones padres-hijos, en las que no existe ninguna diferencia. La paridad entre los cónyuges ha supuesto abandonar el sistema anterior de la separación, considerándose que el de comunidad reducida es más adecuado que aquél para garantizar la igualdad también en relación con las adquisiciones. Todo ello combinado con el principio de autonomía de la voluntad.

Aunque el CC de 1942 no identifica de modo exhaustivo el llamado régimen matrimonial primario, el autor incluye en el mismo la obligación de contribuir a las necesidades de la familia (art. 143, párr. 3.º, CC), y la presunción de copropiedad de bienes (art. 219); la regla sobre la empresa familiar del artículo 230 bis es susceptible de ser derogada por acuerdo, y hoy recibe escasa aplicación práctica (16).

El régimen legal en vigor, después de 1975, es la comunidad *reduite aux acquêts*, similar, aunque no totalmente, a nuestra sociedad de gananciales. Quizá representa cierta novedad la llamada *comunidad de residuo* (17), constituida por bienes que sólo ingresan en la comunidad al tiempo de disolverse (frutos no consumidos de los bienes personales, beneficios obtenidos por la actividad separada de cada cónyuge, que representan cuantitativamente los más importantes, pues incluyen las rentas de trabajo), y los bienes destinados a la empresa individual. Durante el matrimonio cada cónyuge puede disponer de estos bienes como tenga por conveniente, pero lo que queda al disolverse la comunidad es común. Mientras los actos de administración ordinaria cada cónyuge puede realizarlos individualmente, tanto los de administración extraordinaria como los dispositivos requieren la actuación conjunta de ambos cónyuges. La responsabilidad patrimonial se organiza con relativa sencillez, ya que los bienes comunes responden de las deudas comunes y los privativos de las deudas personales, si bien se establece una responsabilidad subsidiaria en beneficio de los acreedores.

Más de la mitad de los matrimonios italianos pacta un régimen convencional; estos contratos matrimoniales deben obligatoriamente ser mencionados al margen de la inscripción del matrimonio. El régimen de separación es preferido por las profesiones liberales y por los empresarios y goza actualmente de la preferencia social (18). En cambio, es muy raro que se pacte un

(15) PADOVINI: *loc. cit.*, p. 98.

(16) PADOVINI: *loc. cit.*, p. 100.

(17) PADOVINI: *loc. cit.*, p. 105.

(18) Según PADOVINI: *loc. cit.*, p. 108, al menos la mitad de los matrimonios italianos elige actualmente este régimen.

régimen de comunidad. Está prohibido pactar la dote (art. 166 bis CC). Quizá para compensar esta prohibición –apreciación personal del recensor–, el artículo 167 permite que la convención matrimonial tenga por objeto pactar el destino de bienes determinados (inmuebles, valores) a la satisfacción de las necesidades de la familia. Este *fondo patrimonial*, que se beneficia de un favorable trato fiscal, se utiliza frecuentemente por los deudores para sustraer su propio patrimonio a la acción de los acreedores, al amparo del corto plazo quinquenal de la acción pauliana.

En ausencia de reglas específicas, el autor expone las consecuencias de las crisis conyugales en relación con el régimen legal (disolución de la comunidad, pensión alimenticia en caso de separación, prestación indemnizatoria en caso de divorcio, atribución de la vivienda, pensión de jubilación en caso de divorcio). El margen reconocido a la autonomía de la voluntad parece bastante amplio, mientras que el legislador fiscal exonera de impuestos a las transferencias de bienes con ocasión de estas operaciones liquidatorias en casos de separación y divorcio (19). Obsérvese que la doctrina italiana no trata como incidencia posible la declaración de nulidad del matrimonio, a diferencia de nuestro CC. Finaliza con un breve repaso a las normas sucesorias, inspiradas en el principio del beneficio del cónyuge viudo.

El profesor ALBARIAN, *chargé d'enseignement* en la Universidad Paul Cézanne d'Aix-Marseille, y también *assistant de recherche* en el CDCE de Lausanne, afirma, siguiendo a JESTAZ, que el derecho de los regímenes matrimoniales constituye quizá hoy día la parte más nueva y la más lograda del CC. Antes que una exposición exhaustiva del mismo, el autor se propone dar una visión general (*un aperçu*) de esta rama del Derecho francés, acompañada con abundantes referencias bibliográficas (que son, en efecto, numerosas, bien elegidas y de autores muy recientes). Inicia aquélla con una descripción del estatuto patrimonial de base de carácter imperativo, que viene a constituer la *grande charte du foyer dans laquelle sont inscrits les droits et les devoirs des époux, un peu comme la Déclaration de 1789 forme le préambule de la Constitution de la République*, y cuya finalidad consiste, cualquiera que sea el régimen matrimonial, en asegurar cotidianamente la unión de los cónyuges en la libertad, la interdependencia y la dependencia. Aunque el artículo 1.387 CC otorga a los cónyuges la libre elección de su régimen matrimonial, en la práctica la libertad absoluta de confeccionar un *contrat sur mesures* apenas si se ejercita, ya que el artículo 1.393 propone un régimen legal supletorio y ofrece a los contrayentes varios modelos de convenciones matrimoniales muy variados. En torno al 90 por 100 de los matrimonios franceses celebrados después del 1 febrero 1966 (fecha de entrada en vigor de la Ley de 13 julio 1965) están sujetos a la *communauté de biens réduite aux acquêts*, régimen supletorio para quienes no han celebrado contrato matrimonial (20); se regula en los

(19) PADOVINI: *loc. cit.*, p. 113.

(20) ALBARIAN: *loc. cit.*, p. 121.

artículos 1.400 a 1.491, y su régimen ofrece grandes similitudes con nuestra sociedad de gananciales, si bien los mecanismos de gestión de los bienes comunes no siempre son idénticos en ambos ordenamientos, y tampoco lo son las consecuencias de la liquidación del régimen (21). El autor trata a continuación con cierta extensión (pp. 125-132) de los regímenes convencionales, así como de los que pueden calificarse de *atípicos*, encaminados a elaborar un régimen *ad hoc* que responden mejor a las expectativas de los cónyuges. Hasta la Ley de 1965 la comunidad de muebles y adquisiciones había sido en Francia el régimen legal, pero desde su entrada en vigor se ha convertido en un contrato en trance de desaparición (MALAURIE y AYNÉS). La separación pura y simple de bienes se ha calificado, por otra parte, del más egoísta de los regímenes económicos, si bien se adapta bien a la situación de los cónyuges que ejercen una profesión sujeta a riesgos financieros (BEGNIER). La participación en las ganancias fue introducida por la Ley de 1965, y aunque algunos lo reputan ideal por reunir las ventajas del de separación y del legal, apenas si representa estadísticamente el uno por mil de los regímenes en vigor (22). Entre los regímenes *a la carta* se mencionan las modificaciones parciales tanto del régimen de comunidad como del de separación: por ejemplo, que aquélla comprenda los muebles y adquisiciones, que uno de los cónyuges puede retener ciertos bienes mediante indemnización, la *clause de préciput*, el reparto por cuotas desiguales, la comunidad universal, la separación unida a una sociedad de adquisiciones (abandonada por los notarios franceses, pero recuperada en el nuevo CC de Québec).

El autor se pregunta por los criterios que inspiran a los cónyuges a la hora de elegir una modalidad de régimen económico matrimonial, los cuales pueden estar en función de determinados parámetros muy variados (así, el patrimonio respectivo de cada cónyuge o el de sus respectivos padres, o la composición de la familia –por ejemplo, si hay hijos de un matrimonio anterior–, o la profesión, edad, existencia de acreedores, facilidad de la liquidación del régimen, y también en las consideraciones de equidad y de afecto que inspiran su unión), pero sobre todo el deseo de los cónyuges de organizar la transmisión de sus bienes al menor coste fiscal. A juicio del autor, la expresión más perfecta de esta ingeniería financiera del patrimonio de los cónyuges se materializa indubitadamente en el régimen de comunidad universal con cláusula de atribución integral a favor del sobreviviente (23). Con gran amplitud (pp. 132-144) explica que los legitimarios deben renunciar a sus derechos sucesorios, bien entendido que la sucesión sólo se abre al fallecer el viudo y que esta modalidad favorecedora de la posición patrimonial del cónyuge sólo ha sido viable una vez que se autorizó el cambio posnupcias del

(21) *Le plus souvent amiable*, observa el autor (ALBARIAN: *loc. cit.*, p. 124).

(22) Hasta 2005 la Sala de lo Civil del Tribunal francés de casación sólo había pronunciado dos sentencias sobre este régimen (ALBARIAN: *loc. cit.*, p. 128, nota 55).

(23) ALBARIAN: *loc. cit.*, pp. 131 y s.

régimen económico; no oculta los inconvenientes que pueden derivarse, especialmente a los hijos comunes, cuando el viudo ha dilapidado el patrimonio que recibió, y asimismo que esta especialidad fiscal gala no se reconoce por otros países fronterizos (por ej., Bélgica).

Merece destacarse el notable esfuerzo de la profesora Esther ARROYO y AMAYUELAS, de la Universidad de Barcelona, por sintetizar en una treintena de páginas (147-176) nada menos que *Les régimes matrimoniaux en droit espagnol –entre Code civil et droits régionaux–*. Para ello explica brevemente la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles en España, así como la vecindad civil como criterio determinante de cada uno de los regímenes económicos aplicables. No olvida referirse a la legislación en vigor en cada una de las CCAA con Derecho civil propio (24). Con todo, las fuentes más citadas son el CC y el Código catalán de Familia. La bibliografía seleccionada, en cuatro idiomas, facilitará su acceso para los no españoles. Las breves consideraciones fiscales son aquí meramente descriptivas.

Les régimes matrimoniaux aux Pays Bas es un título sugestivo por varias razones, pues cualquier comparatista sabe que este país es uno de los pocos –si no el único– que en el mundo occidental establece como régimen legal de bienes el de la comunidad universal, introducido por la famosa Ley Owen hace más de medio siglo; ello acucia la curiosidad del lector por saber cómo funciona en la práctica un sistema de relaciones pecuniarias cuyos inconvenientes, en teoría, priman sobre sus posibles ventajas, no sin sorprenderse al tratarse de una materia familiar cuya reforma con decisión no se había planteado todavía en este país. Los interrogantes sólo en parte se resuelven, pues el autor de la ponencia, Bente BRAAT –cuya cualificación profesional, por cierto, se omite–, nos indica que la versión que se publica ha sido modificada para poder tener en cuenta las modificaciones introducidas en 2005 respecto del proyecto del 2003, que le sirvió de base en la presentación verbal de su ponencia. En realidad, en este país ha habido un proceso de reforma, si bien desarrollado con mucha lentitud, sin que, al parecer, haya concluido. El punto de partida fue la Ley de 1997 sobre el partenariado registrado, seguido por el Informe de la Comisión *Rechten een Plichten echgenoten* del mismo año, el Informe del Instituto Molengraaf dependiente del Ministerio de Justicia, publicado en el 2000, consistente en un estudio comparativo de los regímenes vigentes en Dinamarca, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia y Suecia, conducente a un *noyau commun* (25) de aspectos, y que permitió al Ministerio presentar una propuesta de reforma del régimen matrimonial legal. El Informe denominado *Emancipatie-effectrapportage* ha sido elabora-

(24) Acaso falte una referencia a Extremadura y el Fuero de Baylío.

(25) Caracterizado por los siguientes elementos: a) igualdad e independencia de los cónyuges; b) protección del domicilio conyugal contra los actos dispositivos de cualquiera de ellos; c) atención particular al bienestar de los hijos y de los ex cónyuges al tiempo de atribuir el domicilio conyugal a la disolución, y d) protección del cónyuge económicamente más débil.

do por el Instituto Clara Wichmann en el 2001, que está especializado en los derechos de la mujer; dicho Informe contiene recomendaciones bastante detalladas (26) que sirvieron para redactar un esbozo de proyecto de ley y una memoria explicativa sujeta a consulta por diversas instituciones. Pero en septiembre del 2002 se realizó una encuesta de amplio espectro entre la población neerlandesa cuyo resultado fue contradictorio en algunas de sus respuestas, dificultando así la redacción de un proyecto de reforma (27). En realidad se han presentado hasta tres proyectos, totales o parciales, del régimen económico matrimonial, sin que al tiempo de publicarse el volumen se hayan aprobado. El autor se centra en la cuestión siguiente: *¿Ha llegado el momento de suprimir el régimen matrimonial legal de la comunidad universal?* A su juicio, el régimen de la comunidad universal presenta los siguientes defectos: 1) el cónyuge no deudor carece de protección frente a los acreedores de la comunidad; 2) el régimen de gestión de la comunidad atribuye escasos poderes al cónyuge que no ha aportado bienes a la misma; 3) el criterio del valor nominal parece insuficiente para calcular las recompensas entre patrimonios y compensar los créditos entre los cónyuges, y 4) la idea misma de la comunidad universal de bienes plantea no pocos problemas. En el proyecto se reduce el alcance de la comunidad, pero no está claro que tal reducción sea suficiente. Tampoco se introducen medidas protectoras del cónyuge no deudor. En cuanto a la gestión de la comunidad, el autor reduce a tres los posibles sistemas (28): 1) la cogestión (*tout faire à deux*); 2) gestión separada o exclusiva (*chacun pour soi*), y 3) gestión concurrente (*chacun pour tout*). A su juicio, hay que tomar en consideración la situación económica de los cónyuges, y afirma que la introducción del sistema de gestión concurrente para los bienes no nominativos de la comunidad debe verse *a priori* como una mejora del sistema actual. Por último, el autor rompe una lanza a favor de las llamadas *Cláusulas notariales de Amsterdam* (*Amsterdamse verrekenbeding*), creadas por un notario de Amsterdam, el Sr. P. W. VAN DER PLOEG, en un artículo publicado en 1949 y, a partir de una Ley del 2002, incorporadas, en

(26) Se resumen en los siguientes términos: a) Debe replantearse la cuestión de mantener la comunidad universal de bienes ante la tendencia creciente del individualismo; b) bajo el aspecto de la emancipación de la mujer, hay buenas razones para limitar la comunidad a los bienes adquiridos durante el matrimonio; c) se sugiere otorgar al juez facultades de modificar el régimen en caso de divorcio cuando la Ley o las partes no han tomado en cuenta el trabajo no remunerado en el hogar, en tanto que la prestación del mismo ha contribuido a aumentar la posibilidad del otro para obtener beneficios fuera del hogar; d) desde el punto de vista de la mujer, el Instituto ve con buenos ojos que se adelante el momento de disolver la comunidad; e) la posición de los acreedores frente a la comunidad amenaza la subsistencia del otro cónyuge no deudor; f) el Instituto confirma la importancia del derecho de información de cada cónyuge sobre la situación patrimonial del otro; g) el cónyuge sin rentas o con rentas insuficientes está limitado en su capacidad de disposición del capital al que tiene derecho (cfr. BRAAT: *loc. cit.*, p. 180, nota 15).

(27) Una síntesis de las respuestas ha sido recogida por BRAAT: *loc. cit.*, p. 181.

(28) BRAAT: *loc. cit.*, p. 194.

buena parte, al Libro I del Nuevo CC holandés. Dicho notario proponía añadir al régimen convencional de la separación de bienes una cláusula disponiendo que al final de cada año los cónyuges ponían en común sus economías al objeto de dividir las por mitad, cesando tal reparto al cesar la vida en común (29). Finalmente critica el régimen de separación absoluta de bienes al estimarlo contrario a la realidad, ya que si bien frente a los terceros los cónyuges lo han pactado, en realidad –y según su opinión– se comportan a menudo como si entre ellos rigiera la comunidad; ello puede originar problemas en caso de divorcio, que reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo neerlandés ha resuelto (ss. de 2003 y 2004) sin atender a las reglas estrictas de la separación (30). La lectura de esta ponencia permite asomarse a la sugestiva problemática que la reforma de los regímenes matrimoniales está suscitando en Holanda. Lástima que la bibliografía seleccionada está casi íntegramente en neerlandés.

Dimitri ANDRIOTIS, *assistant de recherche* en el CDCE, es el autor de la ponencia *Les régimes matrimoniaux en droit grec*. El jurista español no tiene muchas oportunidades de adentrarse y profundizar en el Derecho civil griego, por lo que la lee con agrado (pp. 201-230), agradeciendo el esfuerzo del autor de explicar, no tanto el detalle cuanto la *ultima ratio* del Derecho griego en vigor, brindando en la selección bibliográfica la posibilidad de ampliar datos con tres trabajos publicados en francés. El CC de 1940 estableció como régimen legal el de separación combinado con el dotal, de profundas raíces históricas, y la total supremacía marital. En 1983 se acometió una profunda reforma matrimonial, que comportaba la transformación del matrimonio religioso ortodoxo en facultativo y, sobre todo, que trataba de introducir el principio de igualdad entre los cónyuges, tanto en las relaciones personales como patrimoniales; en éstas se introdujo como legal el régimen de separación unido al de participación en las ganancias. El autor constata el relativo fracaso de la reforma en lo relativo a los regímenes matrimoniales. Se ha reglamentado detalladamente el régimen matrimonial convencional, creándose, al efecto, un Registro especial; pero parece que se hace escaso uso del mismo. A modo de evaluación conclusiva (31), dice el autor que la reforma legislativa de 1983, consecuencia de la Constitución de 1975, resultaba indispensable tanto por razones internas como para respetar los compromisos internacionales asumidos por Grecia; pero debe observarse que la institución de la dote de la mujer y el amplio derecho de disposición del marido sobre los bienes de aquélla eran dos conceptos profundamente anclados en la conciencia colectiva y social, no obstante las incontestables críticas suscitadas. Pese a las buenas intenciones del legislador, tanto desde el punto de vista histórico como de la práctica, el

(29) Parece que la mitad de los regímenes convencionales holandeses han aceptado esta cláusula, según afirma BRAAT: *loc. cit.*, p. 196.

(30) BRAAT: *loc. cit.*, p. 198.

(31) ANDRIOTIS: *loc. cit.*, pp. 228 y ss.

régimen convencional de la comunidad limitada de bienes no ha tenido acogida entre los ciudadanos, señaladamente por la desconfianza suscitada, curiosamente, por el Registro. Con todo, la principal crítica recae sobre el régimen legal de participación de adquisiciones, por la existencia de numerosas imprecisiones y lagunas que hace particularmente difícil e imprevisible su aplicación, con las consecuencias nefastas que se derivan para la seguridad jurídica; así ocurre que si las disposiciones generales de los artículos 1.386-1.396 CC no presentan mayores dificultades a los jueces, en cambio, el carácter lacónico e incompleto de los artículos 1.400-1.402 origina problemas muy serios de interpretación, tanto a los jueces como a la doctrina. Critica también la falta de coordinación entre las normas sobre el crédito de participación y los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Todo lo cual se agrava a la vista de la rigidez del Derecho internacional privado heleno, que perjudica notoriamente a los ciudadanos griegos en el extranjero y complica la situación jurídica de las minorías del Oriente Próximo que emigran a Grecia.

C) Los regímenes matrimoniales en América del Norte y en Derecho musulmán. Este último apartado del volumen representa, a mi juicio, un modo de combatir acertadamente el denostado etno-europeísmo de los estudios comparativos, y comprende las siguientes ponencias:

Karen JEANNERET-KUCKMAN (32): *Les régimes matrimoniaux en droit américain – Aspects de droit civil et fiscal.*

STEINER (33): *Les régimes matrimoniaux au Canada – Entre “Common Law” et “Civil Law”.*

Sami A. ALDEEB ABU-SAHLEH (34): *Les régimes matrimoniaux en droit arabe et musulman – Cas de l’Égypte et du Maroc: Normes matérielles et normes de conflict.*

Para Karen JEANNERET-KUCKMAN el estudio de la legislación norteamericana muestra una diversidad de soluciones en materia de regímenes matrimoniales en el interior de cada uno de los Estados federados; con todo, es posible distinguir dos grandes familias de regímenes matrimoniales: el de la *Common Law* y el llamado de la *Community Property*. En realidad, ningún Estado ofrece la posibilidad de elegir el régimen matrimonial, pero es posible modular el reparto de derechos y obligaciones entre los cónyuges a través de un contrato.

En sus orígenes, en el régimen del *Common Law*, la Ley obligaba al ma-

(32) *Collaboratrice scientifique* del Instituto Suizo de Derecho Comparado (Lausanne) y *Chargée de course* en la Universidad de Lausanne.

(33) *Assistant de recherche* en el CDCE.

(34) Responsable de Derecho árabe y musulmán en el Instituto Suizo de Derecho Comparado (Lausanne).

rido a mantener a su mujer cualquiera que fuese la capacidad financiera que ésta tuviera; pero la mujer nunca tenía la obligación de mantener a su marido. Dicha regla hoy sería inconstitucional. Históricamente, al celebrarse el matrimonio, la mujer perdía su derecho de propiedad y de gestión de sus bienes; pero esta solución se abandonó en el siglo XIX al adoptarse por todos los Estados la *Married Women's Property Act*, y desde entonces cada cónyuge es propietario a título principal de sus bienes propios, con independencia de que tenga, o no, descendientes; en consecuencia, los bienes de los cónyuges se dividen en dos categorías: la de los bienes propios (*separate property*), y los bienes conyugales (*marital property*), divididos, a su vez, en varias categorías. Con todo, la verdad económica y social de esta época era que el hombre aportaba la principal fuente de recursos del matrimonio, dado que muy raramente la mujer disponía de bienes propios de cierta cuantía. Pero esta Ley se olvidó de atribuir a la mujer algún derecho sobre el fruto del trabajo de su marido; en caso de divorcio, y para evitar la iniquidad de sus consecuencias, se establecieron cierto número de presunciones (por ejemplo, se presumía la intención de donar a la mujer cuando el marido había adquirido bienes a nombre de los dos). Hoy tales presunciones también serían inconstitucionales.

Siguiendo al Estado de Florida, en la mayoría de ellos se admiten cuatro formas de propiedad de los bienes matrimoniales:

- Bienes poseídos a título individual: *separate property*.
- Bienes detentados por la comunidad de los cónyuges en tanto que *tenants in common* (propiedad común).
- Bienes detentados por la comunidad de los cónyuges en tanto que *joints tenants* (bienes indivisos).
- Bienes detentados por la comunidad de los cónyuges en tanto que *tenants by the entirety*; en tal caso el bien no pertenece ni al marido ni a la mujer, sino a una entidad distinta creada por el matrimonio, de modo que la enajenación requiere el consentimiento de ambos.

Ya se advierte la importancia de la última categoría cuando se afirma que la compra de un bien inmueble por uno de los cónyuges, en nombre de ambos, crea automáticamente un derecho de propiedad *by the entirety* (35), si bien dicho efecto puede derogarse por acuerdo de las partes. Pero si un cónyuge contribuye a la adquisición, ya sea por la totalidad o por una parte superior a la participación del otro, la Ley presume que el primer cónyuge dona al otro la suma necesaria para que se adquiera por mitad.

(35) JEANNERET-KUCKMAN, Karen: *loc. cit.*, p. 237.

La creación de esta modalidad de propiedad conyugal –aplicable también a los muebles– requiere: 1) comunidad de posesión; 2) comunidad e identidad de derechos; 3) comunidad en el título adquisitivo; 4) comunidad de duración; 5) el derecho de sobrevivencia (*right of survivorship*), y 6) comunidad matrimonial (los cónyuges deben estar casados en el momento en que la propiedad se adquiere a nombre de ambos).

Diversa de la *propertie by entireties* es el régimen de la *Community Property* que, por influencia de Francia, España y México, se ha introducido en los Estados de Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, Nuevo México, Texas, Washington y, recientemente, Wisconsin. Dicho régimen tiene cierto parentesco con nuestra sociedad de gananciales, pues atribuye a cada cónyuge la mitad de cada bien adquirido durante el matrimonio, a excepción de los bienes recibidos durante el matrimonio por herencia o donación. Ciertamente hay diferencias de regulación entre los referidos Estados, pero en todo caso cabe afirmar que la *Community Property* no tiene nada que ver, en principio, con el régimen de la *Common Law* antes descrito.

La autora muestra el modo de funcionar de ambos sistemas, advirtiendo la dificultad que supone la existencia de diferencias entre los Estados que integran cada uno de aquéllos. En todo caso, las diferencias eran abismales inicialmente, en perjuicio sobre todo del cónyuge que se dedicaba a las tareas domésticas. Pero a partir de las leyes promulgadas en el período 1970-1980, en los Estados del *Common Law* se ha producido un acercamiento a las soluciones del grupo de la *Community Property*, al otorgarse a los jueces facultades discrecionales para distribuir equitativamente los bienes adquiridos durante el matrimonio (36); pero obsérvese que en el sistema de la *Community Property* no se concedían al juez semejantes facultades, sino que se aplicaba, sin más, la Ley del reparto por mitad. Si el régimen matrimonial se disuelve por causa de muerte sigue habiendo todavía diferencias entre ambos sistemas (37).

Cuando la autora se refiere al *établissement du régime par contrat* no se ocupa en realidad de los regímenes convencionales —que en USA propiamente no existen—, sino de la validez de los contratos pactados en previsión de una crisis matrimonial, regulados por la *Uniform Premarital Agreement Act* de 1976, cuya aplicación ha suscitado en USA no pocas discusiones y que recientemente se ha puesto de moda entre nosotros.

Desde un punto de vista fiscal, la imposición sobre los bienes conyugales es de la competencia federal, de donde deriva que el nivel de aquélla es idéntico en todos los Estados.

A modo de conclusión, dice la autora que subsisten muy grandes variaciones de un Estado a otro en relación con los regímenes matrimoniales y por ello es difícil hacer generalizaciones. Es posible, no obstante, constatar que los dos grandes regímenes, inicialmente muy diferentes, y anteriormente descritos, se han aproximado hoy para dirigirse hacia un reparto equitativo de los bienes entre los cónyuges. Otra evolución común es la de una mayor autonomía de los cónyuges mediante la acogida cada vez más favorable de acuer-

(36) Pueden verse con gran detalle los criterios seguidos por los Tribunales en JEANNERET-KUCKMAN, Karen: *loc. cit.*, pp. 242 y s.

(37) JEANNERET-KUCKMAN, Karen: *loc. cit.*, p. 244.

dos contractuales sobre la distribución de sus derechos y obligaciones en caso de divorcio.

En opinión del recensor español —agradeciendo la muy estimable labor pedagógica para los no expertos que cumple esta ponencia—, no parece que haya razones objetivas para entusiasmarse, en general, con las soluciones norteamericanas en esta materia y que eventualmente puedan servir como modelo para nuestros problemas en la materia. Sin perjuicio, por lo demás, de congratularse uno ante la huella jurídica hispana que supone la existencia de un régimen similar al de gananciales en algunos Estados norteamericanos.

También resulta compleja la situación político-jurídica del Estado federal canadiense, a cuyo frente se encuentra, como se sabe, la reina de Inglaterra, correspondiendo a uno de los coeditores del volumen recensionado la redacción de la ponencia sobre los regímenes matrimoniales de este país, que significativamente se subtitula *Entre Common Law et droit civil*. El autor se ocupa, en primer lugar, de las diez provincias sujetas al *Common Law*, observando que tradicionalmente y hasta 1975 la noción de regímenes económicos matrimoniales, tal como se dan en los sistemas de tradición romano-germánica, no existía en aquéllas, de modo que la doctrina trataba de la liquidación de bienes conyugales en diversas partes del Derecho civil (además del Derecho de familia, en el marco de las sucesiones, de los derechos reales, de los contratos, de la quiebra y del *trust*). El punto de partida podía situarse en la opinión de BLACKSTONE, hacia 1770, cuando escribía que, *en virtud del matrimonio, el hombre y la mujer devienen una sola persona a ojos de la ley; es decir, que la existencia legal de la mujer queda como suspendida durante el matrimonio, o, al menos, incorporada y encerrada en la del marido*. Pero las provincias canadienses, a lo largo del siglo XIX, establecieron un régimen de separación de bienes, el cual, a la larga, resultó perjudicial para la mujer que se dedicaba a las tareas domésticas, especialmente cuando se desencadenó la ola de divorcios hacia los años 1960, obligando a las provincias a modificar el régimen matrimonial en el sentido de reconocer el trabajo de la mujer en el hogar, estableciendo una presunción de reparto por igual de los bienes matrimoniales. En consecuencia, durante el matrimonio rige la separación de bienes, aunque hay un régimen especial sobre el inmueble que constituye el hogar matrimonial. Al disolverse el matrimonio por muerte o divorcio, y también en caso de nulidad o de dilapidación del patrimonio conyugal por uno de los cónyuges, se procede a un reparto, en principio, por igual de lo que se denomina *comunidad diferida* (38). Siguiendo el ejemplo norteamericano, se ha abandonado la presunción tradicional del *Common Law* contra la validez de los contratos entre cónyuges, y se acepta con amplitud la figura del *contrato*

(38) Se excluyen por lo general las donaciones o legados de un tercero a favor de uno solo de los cónyuges, los bienes adquiridos por permuta con otros excluidos, las donaciones de un cónyuge a favor del otro, así como los excluidos por acuerdo (STEINER: *loc. cit.*, p. 262).

doméstico, sujeto, bajo pena de nulidad, a la exigencia de documento privado firmado por las partes ante testigos, en el que pueden regularse aspectos patrimoniales entre los cónyuges. Asimismo, las leyes relativas a los bienes matrimoniales de las provincias canadienses del *Common Law* permiten en general que el contrato matrimonial pueda establecer los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio, y también en caso de nulidad, separación, divorcio o muerte; en particular pueden recaer sobre la titularidad de los bienes o sobre su reparto, y también sobre la distribución de las tareas domésticas, pero no sobre la guarda o respecto del derecho de visita de los hijos.

El *Civil Law* rige exclusivamente en la provincia de Québec, en la cual se promulgó el CC de 1866 (sustituido en 1994 por el actualmente en vigor), siguiendo el modelo del CC francés, inspirado en la idea de que los cónyuges son dueños de regular las relaciones pecuniarias de su matrimonio a través de los diversos regímenes económicos. La regulación inicial ha sido rectificada sucesivamente para mejorar la condición jurídica de la mujer casada hasta llegar a un régimen de igualdad jurídica; en 1981 entra en vigor la protección de la residencia familiar; en 1982, la regulación de la prestación compensatoria en caso de divorcio (39), y en 1988 las disposiciones sobre el régimen del patrimonio familiar, que ha venido a restringir en la práctica la libertad de pactos nupciales (40). En 2002 una Ley federal introduce una unión civil con efectos similares al matrimonio, y en 2005 se admite al matrimonio a las parejas homosexuales. El régimen legal está constituido por la sociedad de adquisiciones, pudiendo pactar los cónyuges el régimen de separación o uno de comunidad de bienes.

A modo de conclusiones se dice (41) que resulta evidentemente difícil, y aún imposible, obtener conclusiones generales y definitivas de la comparación de once sistemas provinciales que rigen el patrimonio de las personas casadas en Canadá, y ello aunque diez de ellas pertenezcan al *Common Law*, ya que, aunque en estas últimas se basen en los mismos principios, subsisten numerosas diferencias, más o menos significativas, en su regulación concreta. Con estas reservas cabe, no obstante, proceder a una comparación global –forzosamente superficial– entre los sistemas en vigor en las provincias del *Common Law* y el vigente en Québec. Se constata, de una parte, que las diferen-

(39) Constituye una aplicación del enriquecimiento injusto, pudiendo solicitarla el cónyuge que con su actividad ha permitido que el otro incrementara su patrimonio; la figura se ha mantenido después de la creación del patrimonio familiar, pero la existencia de este último puede hacer disminuir la cuantía de aquella.

(40) STEINER: *loc. cit.*, p. 271. Subsiste la libre elección de régimen matrimonial, pero sólo puede recaer sobre los bienes no comprendidos en el patrimonio familiar, el cual no es propiamente un régimen de aquella naturaleza, sino un conjunto de normas imperativas que sólo entran en funcionamiento en caso de crisis matrimonial y forman parte del orden público interno de Québec.

(41) STEINER: *loc. cit.*, p. 277.

cias entre ambas tienden a difuminarse; así cabe observar que la introducción del patrimonio familiar en Québec se aproxima al régimen de comunidad diferida de las provincias anglófonas. Pero también hay que destacar que en Québec se ha restringido la libertad patrimonial de los cónyuges con la introducción del patrimonio familiar.

Las apretadas páginas de este volumen (279-305) que tratan de los regímenes matrimoniales en Derecho árabe y musulmán, con especial referencia a Egipto y Marruecos, cumplen una innegable función pedagógica en relación con el lector europeo, cuyos conocimientos comparativos en este punto suelen ser muy elementales. Pero la presencia del Islam en los países de la UE se intensifica año tras año y sería de desear que las Facultades de Derecho españolas presten a aquél la atención debida. Hay que rechazar una actitud meramente elusiva que consistiría en decir que el derecho musulmán no conoce el concepto de régimen económico matrimonial tal como se utiliza en Europa continental. Más bien hay que dar la razón al autor al recordarnos (42) que *les mariages sous tous les cieux posent les mêmes problèmes patrimoniaux, même si les solutions qui leur sont consacrées diffèrent d'un pays à l'autre*.

A diferencia de los países occidentales del *Civil Law*, los Códigos civiles de Egipto, Marruecos y los restantes países del Oriente Próximo y del Norte de Africa, no incluyen el Derecho de familia en sus respectivos Códigos civiles; ello se debe a que dicha rama del Derecho civil se rige por el principio de personalidad de las leyes. El Derecho musulmán de la familia, comprendidas en él también las reglas sobre el régimen matrimonial, es un derecho de inspiración religiosa y también ha sido influido por las corrientes codificadoras. En Egipto se realizó en 1875 un compilación privada de normas islámicas, según la enseñanza de la Escuela hanafita, redactada por Quadri Pachá, que comprende el Derecho familiar y sucesorio en 647 artículos (según la ed. de El Cairo de 1900). Dicho texto se completa con numerosas disposiciones promulgadas a lo largo del siglo xx en materia de estatuto personal. Las materias no reguladas se inspiran en las opiniones de la Escuela de Abu-Hanifah. Criterio que también utilizan Siria y Jordania. En Marruecos se publicó la *Moudawana* (1957-1958), Código de estatuto personal y de sucesiones, sustituido por el nuevo Código de Familia de 2004, de 400 artículos, que se remite a la Escuela Malekita para suplir las lagunas. Con carácter general advierte el autor (43) que ni las leyes egipcias, ni el actual, ni el precedente Código marroquí de Familia, ni los códigos de otros países árabes, incluyen en sus textos una sección relativa a los regímenes económicos del matrimonio, similares a las secciones que se encuentran, por ejemplo, en el CC francés o en el CC suizo. Las cuestiones cubiertas por esta noción se tratan en diferentes rúbricas: la dote, la pensión alimenticia, los bienes de los cónyu-

(42) ALDEEB ABU-SAHLIEH: *loc. cit.*, p. 279.

(43) ALDEEB ABU-SAHLIEH: *loc. cit.*, p. 282.

ges, las consecuencias patrimoniales del divorcio y de la muerte. Propone, por ello, sustituir la expresión de *régimes matrimoniaux* por la de *rapports patrimoniaux entre époux*.

Como la base de estas reglas jurídicas se encuentra en el Corán, el autor las transcribe literalmente (44), y a continuación expone las normas materiales de Derecho egipcio y marroquí que se refieren a la dote, a la pensión alimenticia (*nafaqah*) a favor de la mujer, la pensión a favor de los hijos y de los parientes, los bienes de los cónyuges, consecuencias patrimoniales en caso de divorcio y de muerte. Se concluye con una sumaria descripción de las normas de conflicto egipcias y marroquíes.

En cuanto al Derecho egipcio, dice el autor que, traducido a conceptos occidentales, puede afirmarse que el marido y la mujer viven bajo un régimen de separación de bienes, sin que exista norma que prohíba a los cónyuges someterse a un régimen diverso (45). Para el Derecho marroquí también se reconoce el régimen de separación, si bien la Escuela Malekita prohíbe a la mujer casada disponer a título gratuito de más del tercio de sus bienes. Pero el nuevo CCom de 1996 permite a la mujer casada el libre ejercicio del comercio sin licencia de su marido. La posibilidad de convenir un régimen diverso de la separación se niega por parte de la doctrina marroquí, opinión que no comparte el autor (46).

En caso de divorcio, la situación jurídica de la mujer tanto egipcia como marroquí parece bastante desfavorable. En Egipto, la mujer puede solicitar el divorcio pagando a su marido una compensación (*khul*), pero se requiere el consentimiento del marido, cuya obtención obliga a seguir un procedimiento largo, costoso e incierto. Con todo, una discutida Ley del 2000 ha permitido a la mujer obtener rápidamente el divorcio, sin alegar causa, manifestando que la vida en común se le ha hecho intolerable; a cambio, ella deberá renunciar a toda indemnización pecuniaria en su favor, conservando en cambio la guarda de sus hijos y los alimentos a favor de éstos.

4. Juicio de conjunto

Desde un punto de vista comparatista, el volumen recensionado ofrece datos abundantes sobre el régimen vigente en materia de relaciones patrimoniales de los cónyuges en buen número de países europeos, americanos de habla inglesa y norteafricanos; en otros (Holanda), la perspectiva es de *lege ferenda*; algunas veces se adopta, con buen sentido, la perspectiva de la iniciación (USA, Canadá, Egipto, Marruecos). Menos logrado es el loable intento de informar sobre legislación fiscal en la materia, la cual sólo aparece en

(44) ALDEEB ABU-SHLIEH: pp. 283-286.

(45) ALDEEB ABU-SHLIEH: *loc. cit.*, p. 293.

(46) ALDEEB ABU-SHLIEH: *loc. cit.*, p. 295.

contadas ponencias (Francia, Alemania, Suiza, USA, España), casi siempre en sentido descriptivo. Hay parciales presentaciones del Derecho Internacional privado (Suiza).

Las últimas conclusiones comparatistas, por su generalidad y dificultad de homogeneización (¿cómo aproximar un Derecho de directa inspiración religiosa, como el Islam, a los Derechos secularizados de Occidente?), se prestan al debate. El supuesto acercamiento de los países anglosajones –a excepción, probablemente, del Canadá– a los países inspirados en el sistema romano-germánico, dista, a mi juicio, de ser real. La actitud con que afrontan estos temas los jueces norteamericanos difiere radicalmente de los españoles o de los europeos continentales en general.

No obstante lo anterior, la lectura retrospectiva del número 76 de la colección *Comparativa* muestra el acierto en la selección de los temas y de los participantes en el Coloquio de Lausanne del 2005. Enhorabuena a los actuales dirigentes del CDCE.

Retomando la idea inicialmente avanzada, creo que el presente volumen podría constituir un excelente punto de partida comparatista para reflexionar sobre una eventual reforma de nuestro régimen patrimonial de la familia.